

Capitolo I

La comparazione giuridica: profili introduttivi

di Ginevra Cerrina Feroni, Giuseppe Morbidelli

SOMMARIO: 1. La comparazione costituzionale: strumenti e problemi di metodo. – 1.1. Problemi dibattuti della comparazione giuridica: denominazione della disciplina, autonomia scientifica, funzioni. – 1.2. Comparazione e scienze non giuridiche. – 1.3. La comparazione costituzionale. – 2. Le tradizioni giuridiche. – 2.1. Formanti e tradizioni giuridiche: inquadramento generale. – 2.2. La distinzione *civil law-common law*. – 2.3. Ulteriori tradizioni giuridiche. – Riferimenti bibliografici.

1. La comparazione costituzionale: strumenti e problemi di metodo

1.1. Problemi dibattuti della comparazione giuridica: denominazione della disciplina, autonomia scientifica, funzioni

Il concetto di **comparazione giuridica** – il quale è maturato all'interno della tradizione giuridica occidentale (v. *infra* § 2) – è un concetto strutturalmente aperto alla discussione e suscettibile di essere ricostruito secondo significati anche molto diversi fra loro. Nel quadro di tale discussione almeno tre aspetti appaiono fortemente dibattuti: la denominazione della disciplina, il suo *status* scientifico e le funzioni svolte dalla comparazione.

Muovendo dalla **denominazione**, alcuni indirizzi¹ hanno contestato l'utilizzo della espressione “diritto comparato”, la quale non evidenzerebbe a sufficienza la specificità di questa disciplina, consistente nella sua intersettorialità rispetto ai tradizionali rami del diritto positivo (diritto privato, diritto penale, diritto amministrativo, ecc.).

Invero, il sintagma diritto comparato sembra aver conseguito ormai una am-

¹ R.B. SCHLESINGER *et al.*, *Comparative Law*, The Foundation Press, New York, 1988.

pia e capillare diffusione, non solo nella comunità scientifica ma anche nell'ambito degli ordinamenti didattici, i quali sempre più spesso prevedono l'insegnamento a livello universitario del diritto pubblico/privato comparato. La formula "diritto comparato" è altresì quella che corrisponde alla denominazione originaria della disciplina, la cui nascita viene convenzionalmente fatta risalire al primo Congresso di diritto comparato, organizzato a Parigi nel 1900 sotto l'impulso di Édouard Lambert e Raymond Saleilles.

In secondo luogo, lo *status scientifico* della comparazione è stato a lungo posto in discussione. In una prima fase della propria storia, la comparazione giuridica è stata spesso considerata esclusivamente come un metodo, ossia come un insieme di procedure intellettuali finalizzate alla conoscenza, interpretazione e sistematizzazione del dato giuridico. In una fase successiva, gli studiosi che praticavano in maniera sistematica e non occasionale la comparazione hanno invece rivendicato con sempre maggiore insistenza il riconoscimento a questa disciplina della natura – oltreché di metodo – anche di scienza.

Almeno due argomenti sembrerebbero decisivi nel confermare lo *status* della comparazione quale scienza.

Innanzitutto, la comunità dei comparatisti – al pari di quanto accade nelle altre discipline scientifiche – ha nel tempo affinato un complesso di direttive metodologiche e criteri di controllo in grado di guidare i propri studi.

Basti pensare, solo per richiamare uno degli standard metodologici universalmente riconosciuti dalla comunità scientifica, alla identificazione del requisito della **omogeneità dei termini di raffronto** quale condizione di comparabilità. Per fare un esempio, la comparazione sincronica fra istituti caratterizzanti le forme di governo di una pluralità di ordinamenti costituzionali è generalmente considerata ammissibile solo all'interno della medesima forma di stato. Il criterio della omogeneità trova una rigorosa applicazione a livello di **micro-comparazione**, la quale concerne lo studio di un singolo istituto (ad esempio il rapporto di fiducia, il bicameralismo, ecc.), mentre non appare indispensabile in relazione alla **macro-comparazione**, la quale ha invece ad oggetto lo stile o lo spirito di più esperienze o tradizioni giuridiche. In quest'ultimo caso, infatti, proprio la disomogeneità dei termini della comparazione conduce solitamente a ragionare in termini di "famiglie" o gruppi di esperienze giuridiche.

Un ulteriore argomento a sostegno della natura scientifica della comparazione giuridica attiene al perimetro del campo di studio della disciplina, il quale ricomprende – oltre ovviamente al confronto critico fra più ordinamenti – anche un proprio ambito particolare, specifico della comparazione giuridica in quanto tale: l'analisi dei processi di comunicazione fra esperienze giuridiche ed in particolare la creazione di circuiti di mutue e reciproche contaminazioni anche per il tramite di "migrazioni" di idee costituzionali e l'uso dell'argomento comparativo da parte delle corti (v. cap. II, § 4).

La comparazione giuridica è dunque sia scienza sia metodo. In quest'ultima

veste, non si è mancato di individuare nel diritto comparato un potente “antidoto” rispetto ai rischi di uno studio meramente dogmatico del diritto, ossia basato sulla costruzione di reti di concetti i quali non ammettono eccezioni nel tempo e nello spazio (i c.d. “dogmi”). Come ad esempio ha avuto modo di sottolineare Tullio Ascarelli, il metodo comparativo consente di portare alla luce la relatività storica e il processo di continua trasformazione dell’armamentario concettuale del giurista².

Un terzo aspetto problematico attiene alle **funzioni** della comparazione. Al netto delle posizioni che escludono l’esigenza per la comparazione di interrogarsi sui propri fini (Sacco), ricordiamo alcune delle principali funzioni individuate dalla dottrina.

Secondo un primo orientamento, la comparazione giuridica – al pari di altre scienze comparatistiche – svolgerebbe una **funzione di conoscenza** pura, mirando alla acquisizione di una migliore conoscenza del proprio ambito di studio. È questo, in particolare, il nucleo centrale della I tesi di Trento, ossia il “manifesto” elaborato nel 1987 dagli studiosi italiani di diritto comparato (Gambaro – Monateri – Sacco).

In secondo luogo, la comparazione è stata considerata come una risorsa operativa *de jure condendo*. Da questo punto di vista, la comparazione ha offerto un importante **strumento di politica legislativa** finalizzata al miglioramento del diritto vigente, anche attraverso l’individuazione di “*best practices*” e percorsi di unificazione e armonizzazione di una pluralità di discipline nazionali.

In terzo luogo, le potenzialità della comparazione sono state apprezzate anche sul terreno *de iure condito*. Nel confronto con “diritti altri” è stato così rintracciato un percorso di autocoscienza finalizzato a consentire una **migliore comprensione del proprio diritto**, eventualmente anche utilizzando la comparazione quale ausilio interpretativo nella pratica giudiziaria.

È possibile ricondurre a questa funzione anche l’identificazione della comparazione con uno **strumento di gestione delle complessità e potenziali conflittualità in contesti di pluralismo ordinamentale**. Basti pensare all’uso dell’argomento comparativo che emerge nella giurisprudenza della Corte EDU, la quale – come si vedrà fra poco (v. cap. II, § 3) – fa ricorso alla comparazione per determinare l’ampiezza del “margine di apprezzamento” riconosciuto agli Stati contraenti nella applicazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Anche sotto questo profilo, la comparazione è stata considerata come un fattore in grado di assicurare un “equilibrio sostenibile” fra identità e differenza.

In quarto luogo, la comparazione è stata identificata con una risorsa idonea a rafforzare la comunicazione fra giuristi appartenenti a sistemi o tradizioni cultu-

² Cfr. T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato*, in ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1952, 45.

rali diverse. In questa prospettiva, compito della comparazione giuridica – «in uno spirito di modestia che a sua volta comporta tolleranza e libertà» scriveva Tullio Ascarelli – sarebbe quello di porsi al servizio della pace e della cooperazione fra i popoli³.

Pur all'interno di un dibattito per molti versi ancora frastagliato è possibile identificare alcuni punti fermi nella definizione del concetto di comparazione giuridica e delle principali caratteristiche di uno studio comparativo del diritto.

Innanzitutto è possibile definire la comparazione giuridica in negativo. Sotto questo profilo, la comparazione non è **diritto straniero**, ossia l'attività di ricerca limitata ad un ordinamento diverso da quello di provenienza dello studioso. Naturalmente, anche lo studio del diritto straniero può svolgere un ruolo fondamentale nell'ambito delle ricerche comparatistiche, costituendone in particolare una premessa logica. Peraltro, esso sembra mantenere una propria autonomia concettuale rispetto alla comparazione in senso proprio, la quale richiede invece un confronto critico e ragionato fra più esperienze giuridiche.

Sempre nell'ottica di una definizione in negativo, non è comparazione l'attività di confronto fra **discipline di ordinamenti territoriali appartenenti al medesimo Stato** (si pensi, ad esempio, alla comparazione fra la legislazione elettorale di due o più Regioni). Tale attività potrà invece rientrare, a seconda dei casi, nell'ambito dello studio del diritto pubblico o del diritto privato.

Guardando invece alle caratteristiche che consentono di valorizzare una definizione in positivo, la comparazione giuridica può innanzitutto essere considerata come una "provincia" dell'attività comparativa *tout court*, la quale è una disciplina presente anche in altre scienze (la storia comparata, la letteratura comparata, la politica comparata, ecc.). In questo senso, come è stato osservato con riferimento alla storia comparata ma nell'ambito di conclusioni che possono agevolmente essere estese anche ad altre forme di comparazione, comparare significa selezionare due o più oggetti di analisi che «sembrino, a prima vista, presentare tra di loro certe analogie, descrivere le curve della loro evoluzione, constatare le rassomiglianze e le differenze, e, nella misura del possibile, spiegare le une e le altre»⁴.

Nel caso specifico della comparazione giuridica, l'oggetto di analisi è rappresentato dallo studio delle esperienze giuridiche. In particolare viene rilievo l'esame di singoli istituti o soluzioni normative a livello di micro-comparazione nonché lo stile e lo spirito delle tradizioni giuridiche a livello di macro-comparazione.

La precedente citazione di Marc Bloch consente altresì di introdurre una ulteriore caratteristica in positivo della comparazione, vale a dire la **polarità "so-**

³ Così T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., 3.

⁴ M. BLOCH, *Per una storia comparata delle società europee* (1928), in ID., *Lavoro e tecnica nel Medioevo*, Bari, 1977, 31 ss.

miglianza” vs “**differenza**”. L’attività di comparazione è infatti chiamata a tenere in equilibrio entrambe queste dimensioni. Con specifico riferimento alla comparazione giuridica, ciò implica la necessità di non sacrificare la ricerca delle somiglianze, anche allo scopo di mettere in luce l’esistenza di circuiti comunicativi fra esperienze giuridiche e la crescente tendenza alla generalizzazione di un patrimonio costituzionale comune. Al tempo stesso, la comparazione neppure può trascurare la ricerca delle differenze, onde evitare di mortificare la ricchezza delle tante esperienze giuridiche particolari.

Alla polarità somiglianza-differenza è strettamente collegata un’ulteriore linea di divisione che attraversa gli studi comparatistici fin dalle origini della disciplina, vale a dire la coppia **universale-particolare**. A partire dal già richiamato Congresso di Parigi del 1900, un filone di ricerca ha individuato nella comparazione uno strumento propedeutico alla creazione di un diritto comune dell’umanità. In altre parole, attraverso la comparazione i giuristi si proponevano di restituire alla scienza del diritto la perduta universalità che l’aveva caratterizzata in altre fasi storiche, in primo luogo nell’ambito del diritto romano e poi del diritto comune. Al tempo stesso, fra i cultori della comparazione giuridica è diffusa la consapevolezza della esistenza di esperienze particolari irriducibili ad unità. Anche per tale ragione tende a prevalere oggi un certo scetticismo di fondo verso i progetti volti a trapiantare meccanicamente grandi corpi normativi da un ordinamento all’altro, senza tenere conto delle specificità storiche, sociali, politiche e ambientali dei diversi ordinamenti (v. cap. II, § 4).

1.2. Comparazione e scienze non giuridiche

Una ulteriore caratteristica della comparazione giuridica è rappresentata dalla sua vocazione interdisciplinare, e dunque da una spiccata sensibilità per il “gioco di squadra” con altri saperi: la filosofia, l’economia, la statistica, la geografia, la psicologia, la linguistica, la geografia, ecc.

Significative, soprattutto, sono le interconnessioni fra la comparazione giuridica e la **storia**, le quali consentono al giurista di portare alla luce i diversi “strati temporali” alla base della evoluzione delle esperienze giuridiche o di singoli concetti ed istituti. In altre parole, la storia consente, anche nel campo della comparazione giuridica, di far emergere la «contemporaneità del non contemporaneo» per riprendere una celebre immagine di Ernst Bloch⁵.

Proprio in considerazione della importanza della storia negli studi comparatistici, si tende a distinguere fra **comparazione diacronica** – la quale si concentra sul confronto fra esperienze giuridiche collocate in epoche diverse – e **comparazione sincronica**, la quale mette invece a raffronto ordinamenti coevi nel tempo.

⁵ Cfr. E. BLOCH, *Eredità di questo tempo* (1935), Mimesis, Milano-Udine, 2015.

Anche in questo caso si tratta tuttavia di una distinzione meramente convenzionale, nel senso che gli studi comparatistici ben possono (e anzi, nei limiti del possibile dovrebbero) alimentarsi del confronto con entrambe queste dimensioni di ricerca.

La comparazione giuridica non può inoltre fare a meno del confronto con la **scienza politica**, la quale studia il fenomeno politico attraverso la metodologia delle scienze empiriche. Soprattutto in materia di assetti di organizzazione costituzionale, la scienza politica può dunque aiutare il costituzional-comparatista a misurare eventuali sfasature fra il *law in the books* ed il *law in action*, ossia fra il diritto come ancora viene oggi descritto nei manuali e quello che vive nella quotidiana esperienza degli operatori giuridici. Dunque, gli oggetti di osservazione del giurista comparatista e dello scienziato politico in molti casi coincidono, sebbene distinte rimangano le metodologie e le prospettive di analisi. Infatti, mentre per lo scienziato politico il dato giuridico è solo una delle tante variabili che possono incidere sul concreto funzionamento dei sistemi politici, esso rimane invece la principale guida nell'ambito di uno studio comparativo del diritto costituzionale.

Ulteriori intersezioni emergono con riferimento alla sociologia e antropologia giuridica: la **sociologia giuridica** – la quale studia i rapporti tra diritto e società – funge per il comparatista da criterio di controllo al fine di verificare l'aderenza dei propri schemi concettuali a dati empiricamente verificabili; l'**antropologia giuridica** – intesa invece come studio dei fondamenti culturali e simbolici alla base del diritto di una determinata società – può aiutare a spostare le “frontiere” della comparazione oltre la tradizione giuridica occidentale, ad esempio prendendo in esame l'esperienza di gruppi minoritari non integrati.

Proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto è stata messa in luce l'esistenza di una «*fonction subversive*» della comparazione, la cui natura “transfrontaliera” consentirebbe di porre lo sguardo anche oltre il diritto occidentale e anzi di portare allo scoperto gli assetti di potere consolidati e gli interessi specifici che stanno dietro alla costruzione delle tradizionali categorie della tradizione giuridica occidentale (Muir Watt).

1.3. La comparazione costituzionale

Tradizionalmente, l'oggetto della scienza giuridica è articolato nei due rami del diritto pubblico e del diritto privato. Mentre il **diritto pubblico** abbraccia le varie discipline giuridiche che si occupano del complesso dei poteri pubblici (diritto costituzionale, diritto amministrativo, diritto penale, ecc.), il **diritto privato** individua limiti e modalità con i quali i privati – in una posizione di parità e nell'ambito della loro autonomia – possono regolare i propri rapporti intersoggettivi.

Si tratta di una distinzione che oggi tende ad essere problematizzata o quanto meno storicizzata alla luce della esistenza di profondi intrecci fra le due macro-aree della scienza giuridica. Da un lato, infatti, il diritto privato è sempre maggiormente condizionato dai vincoli posti dalle costituzioni di democrazia pluralista. Dall'altro lato, le esperienze giuridiche contemporanee segnalano un intenso processo di "privatizzazione" del diritto pubblico, con il ricorso a strumenti del diritto privato per perseguire interessi pubblici o per definire i conflitti tra amministrazione e privati.

Alla coppia diritto pubblico – diritto privato corrisponde altresì l'ulteriore e speculare articolazione della comparazione giuridica nei due micro-settori del **diritto pubblico comparato** e del **diritto privato comparato**.

Anche tale distinzione assume carattere convenzionale, sicché occorre tenere conto delle importanti intersezioni fra i due rami della comparazione giuridica. Basti pensare, solo per citare un esempio, al tema del matrimonio o delle unioni fra coppie dello stesso sesso, il quale è oggetto di studio sia in una prospettiva privato-comparatista, sia pubblico-comparatista. Pur con questa indispensabile precisazione occorre soffermarsi su alcune trasformazioni che hanno interessato specificamente il campo di studio del diritto costituzionale comparato.

Il **diritto costituzionale** è identificato generalmente con lo studio dei «rami alti» di un ordinamento giuridico (organizzazione costituzionale, diritti fondamentali, fonti del diritto, giustizia costituzionale). Del resto, una definizione della "materia costituzionale" si ricava implicitamente dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, in base al quale «Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione». Peraltro, ancora nell'immediato secondo dopoguerra il diritto costituzionale così inteso tendeva ad essere considerato come la «prima armatura» ed i «muri maestri» del diritto dello Stato⁶. A seguito della crescente apertura delle costituzioni ad interdipendenze normative con altri ordinamenti (CEDU, UE, diritto internazionale, ecc.) nonché alla conseguente formazione di un patrimonio costituzionale comune (v. cap. II, § 5), il diritto costituzionale ha mutato in parte la propria originaria natura. Esso è stato infatti interessato da un massiccio processo di diffusione di contenuti materialmente costituzionali (nel senso indicato dall'art. 16 della Dichiarazione del 1789) su più livelli ordinamentali. Basti pensare, solo per citare un esempio, al principio del "giusto" o "equo" processo, il quale è regolato contemporaneamente dalle costituzioni nazionali (in Italia, l'art. 111 Cost.), sia a livello sovranazionale (art. 6 della CEDU, art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Tali trasformazioni non sono prive di importanti ripercussioni rispetto al "posto" della comparazione nello studio del diritto costituzionale. Anche la comparazione è chiamata così ad offrire un contributo centrale nel tracciare la cornice di riferi-

⁶ Cfr. S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*², Giuffrè, Milano, 1947, 3 ss.

mento delle interconnessioni e integrazioni fra ordinamenti nell'ambito di uno spazio multilivello (sul quale, cap. II, § 2). Non a caso, l'argomento comparativo tende sempre di più ad affacciarsi all'interno degli itinerari argomentativi delle corti costituzionali ed europee (v. cap. II, § 3).

Un problema particolarmente dibattuto nella comunità dei costituzional-comparatisti attiene all'uso delle **classificazioni**. Secondo un primo indirizzo, la modellistica svolgerebbe un ruolo fondamentale all'interno di uno studio comparato del diritto costituzionale, consentendo di includere gli ordinamenti oggetto di analisi entro tassonomie basate su gerarchie di inclusione. Per fare un esempio, le forme di governo contemporanee tendono ad essere distinte in quattro fondamentali categorie (parlamentare, presidenziale, semi-presidenziale, direttoriale). Tuttavia, la difficoltà di "incasellare" tutte le possibili esperienze giuridiche all'interno di rigide griglie tassonomiche – così perdendo di vista il già richiamato e necessario punto di equilibrio fra somiglianza e differenza (*supra* § 1.1) – ha condotto una parte della dottrina a ridimensionare il ruolo delle classificazioni, individuando nella modellistica un punto di partenza più che di arrivo dello studio comparativo del diritto costituzionale.

Una alternativa alla comparazione per modelli è stata rintracciata nell'uso dello strumento analitico del **paradigma**. Esso consente di selezionare una esperienza considerata esemplare e in grado di "illuminare" un panorama di esperienze molto più vasto, senza tuttavia la pretesa di incasellare tutte le possibili esperienze entro rigide griglie tassonomiche. L'approccio per paradigmi – unito alla considerazione del dato storico – offre così al comparatista l'opportunità di assumere «un punto di vista privilegiato, che può essere quello del proprio ordinamento di provenienza (il "diritto nostrano", secondo la formula di Gino Gorla) o di un'esperienza particolarmente importante (e spesso simpatetica) dei suoi percorsi di studio e di ricerca»⁷.

Un esempio della difficoltà di ricorrere a classificazioni costruite secondo rigide gerarchie di inclusione emerge in relazione al tema della integrazione nelle società multiculturali. I tradizionali "tipi" (modello assimilazionista, multiculturale, interculturale) tendono infatti ad essere ridefiniti attraverso una combinazione pragmatica di elementi tratti dall'uno e dall'altro modello⁸. La crisi dei

⁷ Così P. RIDOLA, *Metodo comparativo e storia costituzionale nell'opera di Giovanni Bognetti*, in G.F. FERRARI (ed.), *Giovanni Bognetti comparatista*, Gruppo 24ore, Milano, 2014, 55 ss.

⁸ Secondo la tradizionale tassonomia dei modelli di integrazione, l'assimilazionismo – tipico dell'esperienza francese – si basa sulla identità di trattamento, con esclusione di qualsiasi misura speciale per le minoranze immigrate. Queste ultime sono così chiamate ad integrarsi nella società di ricezione, perdendo gradualmente le caratteristiche specifiche della propria cultura di origine. Sul versante opposto è stato rintracciato nell'esperienza britannica il prototipo di un modello multiculturale, il quale si propone di assicurare una stabile convivenza fra i diversi gruppi culturali ed etnici mediante l'adeguamento dell'ordinamento normativo alle diversità, anche attribuendo diritti collettivi agli specifici gruppi. Infine, con il termine "interculturale" si è inteso indicare un mo-

modelli non impedisce tuttavia di individuare, per specifici profili, determinate esperienze paradigmatiche, come ad esempio avviene in relazione all'ordinamento tedesco, il quale appare come un caso esemplare dell'approccio “*Fördern*” und “*Fordern*” (“promuovere e pretendere”)⁹.

Una ultima considerazione riguarda la trasformazione del raggio di interessi del costituzional-comparatista. Ancora negli anni Settanta del secolo scorso, gli studi italiani di diritto costituzionale comparato apparivano quasi esclusivamente focalizzati sulle tematiche relative agli assetti di organizzazione costituzionale, principalmente con riferimento alla tradizione giuridica occidentale (Mortati) o al massimo degli ordinamenti socialisti (Biscaretti di Ruffia). Tendenze non dissimili si registravano anche in altre aree culturali, come avveniva ad esempio in Francia nell'ambito dello studio comparativo delle *institutions politiques* oppure in Spagna, prima della costituzione del 1978, nel quadro del c.d. *derecho político*. Oggi la comparazione costituzionale sembra aver ampliato notevolmente i propri confini di ricerca, investendo tutte le tematiche di rilevanza materialmente costituzionale. Particolare rilievo assume in particolare il tema dei diritti fondamentali, il quale – anche in connessione con la strutturazione di ampi cataloghi dei diritti e strumenti di tutela giurisdizionale a livello sovranazionale – è diventata una delle frontiere più avanzate della ricerca comparatistica.

Come pure ha assunto forte rilievo il **diritto dell'economia e quello della concorrenza**. Come si vedrà fra poco, la globalizzazione ha infatti investito le comunicazioni ed i processi economici di ogni genere, incrementando le interdipendenze fra ordinamenti giuridici. Basti pensare, ad esempio, alla giurisprudenza statunitense in materia di *anti-trust*, la quale ha profondamente influenzato e condizionato le decisioni della Commissione europea nonché la giurisprudenza degli Stati membri.

2. Le tradizioni giuridiche

2.1. Formanti e tradizioni giuridiche: inquadramento generale

Lo studio in chiave storico-comparativa delle forme e delle manifestazioni del fenomeno giuridico ha messo in luce l'esistenza di concezioni del rapporto fra diritto e società profondamente disomogenee fra loro.

dello come quello del Québec il quale prefigura il dialogo e l'interazione tra le singole culture quale strumento di arricchimento reciproco. In tale contesto, l'autorità pubblica dovrebbe limitarsi ad assicurare la possibilità di tale confronto dialogico attraverso una tavola di principi sostanziali e procedurali, senza tuttavia predeterminare il nucleo di valori in grado di unire le diverse realtà culturali.

⁹ In altre parole, al dovere delle istituzioni di tutelare le diversità culturali corrisponde un obbligo dei nuovi arrivati di avviare un percorso di conoscenza delle tradizioni e dei valori della società di accoglienza.

Anche all'interno di una medesima area culturale non sono mancate ricostruzioni differenti del fenomeno giuridico. Nei Paesi occidentali, ad esempio, il diritto è stato considerato, fra l'altro, come: (i) un ordinamento giuridico, quest'ultimo inteso quale complesso di norme giuridiche prodotte nel rispetto di procedure tipiche di produzione normativa (Kelsen); (ii) organizzazione sociale, ossia una istituzione produttrice di norme giuridiche (Santi Romano); (iii) legge di natura, sulla cui perfetta e unica struttura dovrebbero esemplarsi i diversi diritti positivi ad essa comunque subordinati (giusnaturalismo); (iv) fatto sociale, e precisamente quale insieme delle sole norme giuridiche effettivamente osservate dai destinatari (realismo scandinavo); (v) la "profezia" di ciò che le corti faranno (Holmes).

Non è questa la sede per poter approfondire ulteriormente la questione. È sufficiente sottolineare come tutte queste definizioni siano maturate nell'ambito della c.d. "*western legal tradition*", una tradizione nella quale il diritto occupa una posizione preminente nella organizzazione e regolazione della società. Al contrario, esse non corrispondono affatto all'idea del rapporto fra diritto e società sviluppata in altri ambienti e aree culturali. Basti pensare alla tradizione islamica, nella quale la regola giuridica risulta subordinata ad una regola religiosa superiore. Oppure si pensi agli ordinamenti degli ex Paesi socialisti, nei quali il diritto era considerato come uno strumento propedeutico alla formazione di un nuovo modello di società, la quale – una volta costituita – non avrebbe avuto più bisogno di ulteriori "sovrastrutture" giuridiche (v. *infra* § 2.3).

Viene così in rilievo uno dei fondamentali strumenti analitici della comparazione, vale a dire il concetto di **tradizione giuridica**, il quale consente di evidenziare la relatività nel tempo e nello spazio delle principali concezioni del rapporto fra diritto e società. Da questo punto di vista, secondo una definizione tradizionale, la tradizione giuridica può essere identificata con «un complesso di atteggiamenti profondamente radicati, storicamente condizionati sulla natura del diritto, sul ruolo del diritto nella società e nell'assetto politico, sull'organizzazione e il funzionamento di un sistema giuridico, e sul modo in cui il diritto è o deve essere creato, applicato, studiato, perfezionato e insegnato». Attraverso lo studio delle tradizioni giuridiche è così possibile collegare «il sistema giuridico alla cultura di cui essa è espressione parziale», immettendolo «in una prospettiva culturale» (Merryman).

Al concetto di tradizione giuridica è strettamente legato quello di **formante**, ossia la base sulla quale si sviluppa una determinata tradizione giuridica. Secondo la ricostruzione elaborata da Rodolfo Sacco, tre sarebbero i formanti alla base delle tradizioni giuridiche: (i) il diritto prodotto dall'autorità politica (formante legislativo); (ii) le decisioni delle corti (formante giurisprudenziale); (iii) le opinioni della dottrina (formante dottrinario).

Generalmente, i tre formanti convivono, sia pure con la prevalenza di uno di essi. Ad esempio, la tradizione giuridica di *civil law* è principalmente basata sul

diritto di derivazione politica, mentre il formante giurisprudenziale costituisce il perno della famiglia di *common law*. Il formante dottrinario ha invece giocato un ruolo significativo nella esperienza del diritto romano e del diritto comune fino alla rivoluzione francese, nell'ambito dei quali anche i giureconsulti creavano diritto. Ancora oggi alcune tradizioni riconoscono un ruolo tutt'altro che trascurabile al formante dottrinario. Ad esempio, la tradizione giuridica indù si basa largamente sulle interpretazioni dei dotti raccolte tra il XII e il XVII secolo nei *nibandhas*. Il diritto musulmano ha tra le sue fonti la *ijma*, ovvero l'opinione concorde della comunità dei giuristi-teologi.

Diversi sono stati i tentativi di classificazione delle tradizioni giuridiche. In Francia, René David – nella prima edizione del *Traité élémentaire de droit civil comparé* – individuò cinque sistemi giuridici alla luce di fattori ideologici e tecnico-giuridici: sistema occidentale (a sua volta suddiviso in anglo-americano e francese), sovietico, musulmano, indù, cinese.

In Germania, Zweigert e Kötz – in base allo stile di ciascuna tradizione – hanno distinto fra quattro principali famiglie: romanistica, germanica, di *common law*, nordica.

In Italia, Mattei e Monateri hanno proposto la tripartizione fra: (i) famiglia caratterizzata dall'egemonia del diritto; (ii) famiglia caratterizzata dall'egemonia della politica, inclusiva anche dei Paesi socialisti; (iii) famiglia caratterizzata dall'egemonia della tradizione religiosa o filosofica.

Il comparatista canadese Patrick Glenn ha invece enucleato sette diverse tradizioni giuridiche: *civil law*, *common law*, tradizione giuridica ctonia, talmudica, islamica, indù, e confuciana.

Come peraltro è stato osservato, queste classificazioni – pur conservando un ruolo essenziale a fini didattici – presentano oggi sempre maggiori elementi di criticità, specialmente in connessione con i processi di globalizzazione, i quali hanno così favorito la diffusione di sistemi ibridi, non facilmente inquadrabili all'interno delle categorie tradizionali.

Pur dunque con l'avvertenza di non sopravvalutare la capacità esplicativa di tali classificazioni, nelle pagine seguenti ci si soffermerà in primo luogo sulla dicotomia *civil law* – *common law*, in quanto essa assume carattere fondativo della sistemologia comparativa. Queste due tradizioni giuridiche sono generalmente inserite dalla dottrina all'interno di una macro-categoria più ampia, quella della *western legal tradition* (cfr. *infra* § 2.2). Alle tradizioni giuridiche non appartenenti alla area occidentale si avrà comunque modo di accennare fra poco (cfr. *infra* § 2.3).

2.2. La distinzione *civil law*-*common law*

Le tradizioni di *civil law* e *common law* si distinguono in primo luogo per le loro origini storiche: la prima comprende le esperienze europee-continentali for-

matesi a partire dal tronco del diritto romano; la seconda incontra invece il suo nucleo originario nel diritto inglese, poi esteso per effetto della colonizzazione a numerosi altri contesti (Stati Uniti, Canada, ecc.).

Ancora oggi il perno della distinzione *civil law* – *common law* investe il diverso equilibrio fra formante legislativo e formante giurisprudenziale: i sistemi di *civil law* si basano sul primato del formante legislativo, con conseguente negazione alla giurisprudenza del ruolo di fonte del diritto. Al contrario, negli ordinamenti di *common law* si registra un primato almeno sostanziale del formante giurisprudenziale, sicché al giudice è riconosciuto il ruolo di produttore e non di mero interprete del diritto.

Da questo diverso equilibrio fra formanti discendono ulteriori conseguenze, le quali riguardano non soltanto le tecniche di normazione utilizzate o il valore del precedente ma innanzitutto la mentalità operativa del giurista. Mentre infatti il giurista di *civil law* ambisce a ricavare dalla produzione legislativa grandi reti di concetti, la forma di pensiero del giurista di *common law* rifugge invece da qualsiasi astrattismo, ponendo come guida il caso concreto. È sufficiente confrontare l'indice di un manuale di un giurista statunitense per poter apprezzare appieno tale differenza: mentre negli Stati Uniti il manuale – in ossequio al *case-method* – è costruito come una raccolta ragionata di casi giudiziari, quello europeo-continentale mira alla sistematicità e di conseguenza è organizzato per istituti.

Esaminando più nel dettaglio le differenze fra le due famiglie, occorre innanzitutto osservare che nei Paesi di *civil law* la produzione legislativa tende ad essere organizzata intorno a **codici**, ossia grandi corpi normativi i quali ambiscono alla sistematicità, organicità e completezza. All'interno della legislazione codicistica è possibile trovare traccia di numerose clausole generali, anche formulate in chiave metaforica. Basti pensare ad una disposizione quale l'art. 1176 del codice civile italiano («nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del *buon padre di famiglia*»), la quale non sarebbe neppure immaginabile da un *drafter* britannico.

Nell'ordinamento inglese, il quale è privo dello strumento della codificazione, la norma legislativa risulta invece estremamente casistica e dettagliata, mentre l'individuazione dei principi generali è affidata in prima battuta alla giurisprudenza. Con queste parole Radbruch nel suo classico lavoro su *Lo spirito del diritto inglese* ha colto questa specificità dell'esperienza giuridica britannica: «Maitland, il grande storico inglese del diritto, parla (...) di “*stumbling forward in our empirical fashion, blundering in to wisdom*” (procedere avanti a forza di inciampi secondo la nostra maniera empirica, e andare a finire nella saggezza). (...) In modo del tutto analogo dice Macaulay della legislazione inglese: “non curarsi della buona e simmetrica disposizione; eliminare una anomalia solo perché era una anomalia; nessuna innovazione se non sia stato avvertito direttamente un disagio, e in tal caso solo se essa era necessaria per eliminare appunto quel disagio; nessun progetto di legge più vasto di quanto non abbia richiesto la ne-

cessità di venire incontro al caso particolare: questi erano i principi che hanno guidato, in generale, le discussioni delle nostre 250 sessioni parlamentari» (Gustav Radbruch).

La particolare struttura della disposizione legislativa inglese si riflette sulle regole della interpretazione. In Gran Bretagna, il giudice si ritiene in particolare soggetto a tre principali direttive interpretative: (i) la rigorosa applicazione della *literal rule*, la quale impone di interpretare la legge attenendosi strettamente ad una analisi lessicale del testo; (ii) la regola del *casus omissus*, in base alla quale una norma si estende a quei casi, e solo a quelli, che il suo testo (interpretato letteralmente) prevede in modo espresso; (iii) il tendenziale rifiuto dei lavori preparatori quale ausilio nella interpretazione¹⁰.

Assai più eclettici sono peraltro i metodi interpretativi utilizzati negli Stati Uniti, dove le correnti testualiste e originaliste (fra le quali spiccano in particolare le posizioni Scalia) convivono e competono con scuole più sensibili al carattere dinamico ed evolutivo dell'interpretazione giuridica, e specialmente di quella costituzionale. Ne è un esempio il realismo del giudice Holmes ed in particolare un passaggio emblematico della sua *dissenting opinion* in occasione della decisione *Missouri v. Holland* (1920): «quando abbiamo a che fare con parole che sono anche un atto costitutivo, come la Costituzione degli Stati Uniti, dobbiamo renderci conto che esse hanno creato un essere il cui sviluppo non avrebbe potuto essere interamente previsto dal più brillante dei suoi creatori. Per loro era già abbastanza (...) sperare di aver creato un organismo; c'è voluto un secolo, ed è costato ai loro successori sudore e sangue, per mostrare che essi avevano creato una nazione (...). Il caso che abbiamo di fronte deve essere considerato alla luce della nostra intera esperienza costituzionale e non solo in base a quanto è stato detto cent'anni fa»¹¹.

A seguito della transizione dallo Stato liberale allo Stato costituzionale di democrazia pluralista nonché in connessione con i processi di globalizzazione, la dottrina dei Paesi di *civil law* ha segnalato la progressiva erosione del “codice”, la cui centralità è sempre più posta sotto pressione dall'emergere di “statuti di gruppo”, leggi speciali e altre espressioni di un policentrismo legislativo. In questo senso, si è parlato di “età della decodificazione” (Natalino Irti). Per converso, i codici hanno fatto la loro apparizione in alcuni ordinamenti di *common law*, come ad esempio in Canada, Australia e Nuova Zelanda. Inoltre, anche nei sistemi di *common law* ancora privi di tale strumento normativo si è assistito alla esplosione quantitativa dello *statutory law*, il diritto di matrice legislativa.

Quanto, infine, al problema del valore del **precedente giudiziario**, quest'ultimo

¹⁰ Peraltro, a partire dal 1992 è venuto meno il tradizionale divieto di citazione degli atti parlamentari (*Hansard*). Il numero di decisioni che hanno richiamato i lavori preparatori rimane tuttavia estremamente circoscritto.

¹¹ Cfr. *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920).

assume carattere tendenzialmente vincolante (“*binding precedent*”) negli ordinamenti di *common law*, in ossequio al c.d. principio di *stare decisis*. Nei sistemi di *civil law* il precedente giudiziario non ha invece valore vincolante. Nell’ordinamento italiano, ad esempio, la vincolatività del precedente è stata esclusa implicitamente dall’art. 101, c. 2, Cost., in base al quale «I giudici sono soggetti soltanto alla legge». In ogni caso, esso può assumere carattere autoritativo, influenzando di fatto il giudice successivo, specialmente se reso dalle giurisdizioni di vertice.

All’interno dei sistemi di *common law* si distingue ulteriormente fra la portata orizzontale e verticale del principio dello *stare decisis*. In Gran Bretagna, dove lo *stare decisis* è declinato (anche) nel suo carattere orizzontale, il giudice non può discostarsi dai propri stessi precedenti¹². Negli Stati Uniti, il principio dello *stare decisis* assume prevalentemente carattere verticale, sicché i giudici sono tenuti a rispettare i precedenti delle Corti superiori, ma non anche i propri stessi precedenti. In particolare, la Corte Suprema statunitense si ritiene libera di modificare i propri orientamenti giurisprudenziali.

Come è stato sottolineato, se è vero che il principio del precedente vincolante ha costituito tradizionalmente la più significativa contrapposizione sistemologica, vi è da chiedersi tuttavia se essa non abbia condotto ad offuscare la vera portata delle differenze fra *common law* e *civil law* (Mattei).

Da un lato, infatti, il giudice di *common law* dispone di numerose tecniche di lavoro sul precedente che consentono di superare o aggirare una determinata interpretazione giudiziaria. Basti pensare alle tecniche dell’*overruling* e del *distinguishing*. L’*overruling* è la tecnica con la quale il precedente è oggetto di ripudio o reiezione, venendo così sostituito da una diversa soluzione interpretativa¹³. Con il *distinguishing*, il giudice riconosce spessore giuridico ad alcuni elementi di diversità fra il caso oggetto del precedente e quello sottoposto al proprio esame, decidendo così di applicare una differente soluzione interpretativa senza peraltro “rinnegare” la regola precedente¹⁴. Viene così in rilievo il con-

¹² Prima della istituzione della Corte Suprema, l’*House of Lords* – quale organo di vertice del sistema giudiziario – si era formalmente svincolata dall’obbligo del rispetto dei propri precedenti con il *practice statement* del 1966. Peraltro, i *revirement* giurisprudenziali tendono ancora ad essere tutto sommato inconsueti nell’ordinamento britannico.

¹³ Un esempio di *overruling* è rappresentato dalla decisione con la quale nel 1954, la Corte Suprema statunitense rovesciò il precedente della sentenza *Plessy v. Ferguson* (1896), il quale aveva giustificato la segregazione razziale nelle scuole sulla base della dottrina “*separate but equal*”. Nel caso *Brown vs Board education*, la Corte Suprema – presieduta dal giudice Warren – inaugurò il nuovo orientamento giurisprudenziale, chiarendo di non poter «portare le lancette dell’orologio indietro, nel 1868, anno di approvazione del XIV Emendamento» relativo alla *equal protection clause* e di dover valutare in quel momento gli effetti, ritenuti discriminatori, della segregazione nelle scuole. Anche appoggiandosi a studi sociologici, la Corte affermò dunque che la separazione razziale nel campo dell’istruzione nel 1954 generava fra i neri «un sentimento di inferiorità» e che dunque scuole separate dovevano considerarsi «intrinsecamente diseguali», e quindi incostituzionali.

¹⁴ A titolo esemplificativo può ricordarsi la sentenza *South v. Staffordshire Water Company v.*

retto di *narrow*, la tecnica con la quale il giudice restringe la portata del principio giuridico contenuto nel precedente oggetto di erosione al fine di giustificare un *distinguishing*. Si parla al contrario di *harmonized* allorché il giudice successivo si proponga di far scomparire o comunque ridimensionare alcune differenze che potrebbero potenzialmente giustificare un *distinguishing*. Una ulteriore tecnica di lavoro sul precedente è rappresentata dal *prospective overruling*, la quale conduce il giudice ad elaborare una diversa soluzione interpretativa per i casi futuri, pur decidendo la questione *sub iudice* sulla base del precedente. Infine, con specifico riferimento agli Stati Uniti, si parla di *anticipatory overruling*, allorché il giudice si discosti dal precedente in quanto convinto che in futuro tale soluzione interpretativa non sarà più seguita dalle corti di grado superiore. Per richiamare dunque la celebre massima del giudice Brandeis, «*stare decisis is not (...) a universal, inexorable command*»¹⁵.

Dall'altro lato, non mancano nei sistemi di *civil law* vari casi nei quali il precedente assume un valore "rinforzato". Basti pensare, per esempio, a quegli ordinamenti europeo-continentali nei quali il superamento di un precedente impone di ricorrere ad uno speciale organo o comunque una sezione particolare della corte giudicante (Germania, Francia). Oppure si pensi a quelle esperienze nelle quali la decisione di distaccarsi dal precedente dell'organo di vertice del sistema giudiziario – pur non comportando automaticamente l'invalidità della sentenza – costituisce motivo di ricorso in cassazione (Spagna).

In ultima analisi, come è stato sottolineato, ciò che ancora separa *common law* e *civil law* non è tanto l'esistenza di un obbligo giuridico di attenersi ai precedenti, quanto piuttosto le diverse modalità di ragionamento ed i fattori culturali che rendono più o meno agevole per il giudice successivo l'esercizio di un controllo critico su una precedente interpretazione giudiziaria (Ugo Mattei).

Un campo di osservazione privilegiato delle differenze fra la *common law inglese* ed i sistemi europeo-continentali è poi rappresentato dalla diversa declinazione del principio del governo della legge. L'idea della subordinazione del potere politico a regole giuridiche preordinate a tutelare la libertà dei cittadini ha infatti trovato un diverso sviluppo anche sul piano terminologico, attraverso con-

Sherman risalente al 1896. In tale occasione, i giudici britannici erano chiamati a stabilire se un tesoro ritrovato in uno stagno – consistente di due anelli d'oro – appartenesse all'inventore (ossia colui che lo aveva trovato) oppure al proprietario dello stagno. La prima soluzione trovava conforto nel precedente *Bridges v. Hawkesworth* del 1851, con il quale era stato riconosciuto al cliente l'appartenenza del denaro ritrovato all'interno di un negozio. In *South v. Staffordshire Water Company* i giudici britannici ritennero tuttavia di dover procedere ad un *distinguishing* sulla base di una differenza giuridicamente rilevante fra i due casi: mentre infatti in *Bridges* il ritrovamento era avvenuto in un luogo aperto al pubblico, in *South v. Staffordshire Water Company* esso aveva avuto luogo all'interno di un luogo privato. Da qui la decisione di riconoscere il diritto del proprietario dello stagno sul tesoro.

¹⁵ Opinione dissenziente redatta nell'ambito della decisione *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 u.s. 393 (1932).

cetti non facilmente interscambiabili: *rule of law* in Inghilterra, Stato di diritto nell'Europa continentale.

Nell'Europa continentale si afferma l'idea dello Stato che si sottopone al proprio stesso diritto (*Rechtsstaat, Etat de droit*, Stato di diritto). Peculiarità della versione continentale dello Stato di diritto sono in particolare: (i) l'esclusione del carattere di fonte del diritto alla giurisprudenza e la prevalenza del formante legislativo; (ii) la sottoposizione della pubblica amministrazione alla giurisdizione speciale del giudice amministrativo (anziché alla giurisdizione ordinaria); (iii) la riserva di legge: le costituzioni riservano la disciplina di determinate materie (e in particolare le limitazioni dei diritti e la disciplina delle fattispecie di reato) alla legge, escludendo interferenze degli atti normativi del Governo¹⁶; (iv) il principio di legalità: l'azione dei pubblici poteri deve trovare copertura normativa in una previsione di legge.

In base al modello inglese della *rule of law*, tutti i consociati e le autorità pubbliche sono sottoposte senza eccezioni al "dominio del diritto", il quale tuttavia non è prodotto in via esclusiva dall'autorità politica ma è anche il frutto di principi giurisprudenziali. Secondo la tradizione ricostruzione di Albert Dicey, tre sono i principali contenuti della *rule of law*: (i) nessuno può essere punito se non in forza di una precisa figura di reato fatta valere dinanzi alle corti giudiziarie; (ii) l'eguaglianza giuridica dinanzi alla legge: ciò implica l'ulteriore corollario della soggezione della amministrazione alla giurisdizione ordinaria anziché a quella amministrativa (come invece nella tradizione francese); (iii) il carattere *judge-made* dei principi generali del diritto che sono il frutto di decisioni giurisprudenziali maturate in relazione alla risoluzione di casi concreti (e non di un processo di astrazione come nelle costituzioni scritte e codificazioni continentali).

Tale declinazione del principio della *rule of law* potrebbe comportare delle potenziali tensioni con un altro dei principi cardine dell'ordinamento inglese: la *parliamentary sovereignty*¹⁷. In realtà, i due principi trovano un punto di equilibrio pragmatico proprio nella divisione del lavoro fra giudice e legislatore: mentre l'individuazione dei principi generali spetta soprattutto al primo, al secondo compete la definizione di norme casistiche e dettagliate. A ciò occorre aggiungere che la tensione fra *rule of law* e sovranità del Parlamento è stata fino al 2005

¹⁶ Nato in epoca liberale al fine di tutelare il Parlamento dalle ingerenze dell'Esecutivo, nelle successive democrazie pluraliste l'istituto subirà un parziale mutamento di *ratio*: esso diventerà limite al principio di maggioranza, imponendo il rispetto delle garanzie del contraddittorio previste dall'*iter legis*.

¹⁷ La centralità del principio della sovranità parlamentare è stata di recente richiamata dalla Corte Suprema britannica nell'ambito del caso *Miller*: nel quadro della controversia relativa alla individuazione dell'organo abilitato ad attivare la procedura di recesso dall'UE, la Corte ha ribadito che la *royal prerogative* del Governo in materia di politica estera non può portare a comprimere la sovranità del Parlamento, al quale compete dunque il potere di autorizzare l'uscita del Regno Unito dall'Unione europea.

temperata dalla collocazione della Camera alta del Parlamento britannico (la *House of Lords*) al vertice del sistema giudiziario.

2.3. Ulteriori tradizioni giuridiche

Ci si è soffermati fin qui sulla distinzione fra *civil law* e *common law*, le quali sono generalmente considerate come i due principali “*asset*” della tradizione giuridica occidentale.

Alcune classificazioni riconoscono peraltro ad una terza famiglia un ruolo autonomo all'interno della *western legal tradition*. Si tratta della **tradizione giuridica nordica** (Svezia, Finlandia, Danimarca, Norvegia e Islanda). In effetti essa non è agevolmente classificabile all'interno dei modelli di *civil law* e *common law*, in quanto non ha avuto origine storica nel diritto inglese ma neppure ha registrato una significativa penetrazione del diritto romano. Essa condivide tuttavia con gli ordinamenti della tradizione giuridica occidentale l'attribuzione al diritto di una posizione preminente nella organizzazione e regolazione della società. Al tempo stesso, diversamente dalle due principali famiglie occidentali, la tradizione giuridica nordica non ha accolto né un modello di codificazione di tipo europeo-continentale (salvo che per il settore commerciale) né il primato del formante giurisprudenziale. Essa è invece caratterizzata da un positivismo legislativo particolarmente marcato e da originali esperimenti di unificazione su base regionale.

Ben diverso è invece il quadro delle tradizioni giuridiche non occidentali. Risalendo indietro nel tempo, la prima di queste tradizioni è costituita dal **diritto ctonio**, ossia delle popolazioni tribali sopravvissute alla dominazione europea, come nel caso degli Inuit, dei Dinka e delle tribù polinesiane. Esso si fonda sulla oralità, informalità e normatività del passato, nel senso che soltanto ciò che la memoria può conservare è considerato meritevole di essere preservato. Il diritto ctonio non è dunque né comando né decisione giudiziaria. Esso risulta intrecciato invece con norme sociali di natura morale e religiosa, ed in particolare con quelle che impongono la visione di una vita ecologica in armonia con la terra, così disincentivando qualsiasi forma di evoluzione tecnologica. Si tratta di esperienze giuridiche senza dubbio molto meno avanzate rispetto a quelle familiari al giurista della *western legal tradition*. Come tuttavia è stato notato, occorre evitare di dare giudizi troppo affrettati: non a caso, «quando i francesi arrivarono negli altopiani a nord dei Grandi Laghi americani, le popolazioni ctonie restarono disgustate da alcune delle loro pratiche», come ad esempio «la proibizione del divorzio» o «dalle punizioni corporali dei bambini» (Patrick Glenn). È interessante rilevare che la normatività del diritto ctonio è stata altresì confermata da Hart nel suo fondamentale volume *The concept of law*. Ciò che secondo Hart distinguerebbe gli ordinamenti primitivi da quelli moderni consisterebbe nell'as-

senza all'interno dei primi di norme di secondo grado, ossia di regole in grado di organizzare la produzione di altre norme¹⁸.

Con la rivelazione concessa a Mosé, una nuova tradizione giuridica si separa dal tronco del diritto ctonio. Si tratta della **tradizione giuridica talmudica**, la quale consiste in parte nel diritto rivelato da Dio (la *Torah* quale insieme dei testi biblici che contengono la rivelazione divina) ed in parte nel diritto dei dotti (il *Talmud*, ossia le interpretazioni che di tali testi sono state offerte dalla dottrina teologica). Il diritto ebraico non coincide tuttavia con il diritto israeliano, ossia con il diritto positivo vigente nello Stato di Israele, sebbene esso continui a trovare applicazione in relazione a specifici istituti di diritto privato.

Tra le tradizioni giuridiche non occidentali particolare rilievo assume il **diritto islamico**. All'interno di questa tradizione, la principale fonte è costituita dalla rivelazione divina per il tramite del profeta Maometto, così come raccolta nel Corano. Ad essa è subordinata la *Sunna*, ossia l'insieme di regole desunte, grazie all'opera degli interpreti, dalle azioni e dalle parole del Profeta. Il quadro delle fonti del diritto islamico è completato infine dall'*ijma* (le regole sulle quali si è formato il comune consenso della dottrina) ed il *qiyas* (il ragionamento analogico applicato dal giureconsulto islamico in caso di dubbi o lacune). L'insieme del diritto islamico così composto prende il nome di *shari'a*, alla quale ancora oggi alcuni ordinamenti statali riconoscono prevalenza rispetto alle norme giuridiche poste dall'autorità politica. La *shari'a* è in particolare richiamata da diversi testi costituzionali, come ad esempio dal preambolo e dall'art. 2 Cost. egiziana del 2014, la quale tuttavia assegna alla Corte costituzionale – anziché alle autorità religiose – un ruolo preminente nella interpretazione di tali principi.

Pur avvicinandosi ai sistemi di *common law* quanto al ricorso al metodo casistico ed al valore riconosciuto alle pronunce giudiziarie, il diritto islamico se ne discosta per altri aspetti, costituendo il diritto dei giuristi (*rectius*, dei “giuristi-teologi”) piuttosto che non il diritto dei giudici. Peraltro, l'assenza di una autorità centrale ha favorito l'emergere di una pluralità e talvolta frammentazione di interpretazioni della *shari'a*, generando in alcuni casi anche violente contrapposizioni all'interno della società islamica. Basti pensare ai tentativi di superare interpretazioni, per così dire, “originaliste” e maggiormente moderate del Corano allo scopo di accreditare letture radicali ed integraliste del testo sacro, anche al fine di delegittimare le *leadership* religiose tradizionali.

Alcune analogie con il diritto islamico presenta la **tradizione giuridica indù**. Similare è in particolare la struttura delle fonti, le quali includono la rivelazione (*Veda*), la tradizione (*Smṛti*), le opinioni e le interpretazioni dei giuristi (*Nibandha* e commentari). Al pari dunque di quanto avviene con il diritto islamico, anche in questo caso siamo dunque dinanzi ad una tradizione incardinata sulla

¹⁸ Cfr. H.L.A. HART, *The concept of Law*, OUP, New York-London, 1961, trad. it.: *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002, spec. 118 ss.

prevalenza del diritto di derivazione religiosa rispetto a quello posto dall'auto-rità politica nonché sul ruolo tutt'altro che trascurabile del formante dottrinario. Peraltro, una specificità del diritto indù è rappresentata dalla sua articolazione in una pluralità di "strati" (diritto islamico, *common law*, diritto brahmanico), i quali sono andati sovrapponendosi nel corso del tempo, dando vita ad un "sistema di sistemi giuridici". Dopo l'indipendenza ottenuta dal Regno Unito nel 1947, l'India ha tuttavia dato vita ad un ordinamento prevalentemente caratterizzato dalla componente di *common law*, e dunque con un forte ruolo del formante giurisprudenziale.

Una ulteriore tradizione giuridica è quella **confuciana**, la quale riconosce alla norma giuridica un ruolo sussidiario rispetto alla norma sociale. Non a caso, le controversie fra privati sono in prima battuta risolte all'interno dei circuiti sociali (famiglia, clan, corporazioni, villaggi). In questo quadro, è possibile identificare due fondamentali dimensioni della tradizione giuridica confuciana: il *fa*, ossia il diritto scritto adottato dall'autorità civile (riguardante solo il diritto penale e amministrativo); e il *li*, ossia la regola rituale, convenzionale, radicata a livello sociale. I processi di occidentalizzazione dell'estremo Oriente – anche per mezzo di trapianti giuridici – e l'instaurazione di regimi socialisti hanno peraltro condotto ad un progressivo arretramento di questa tradizione giuridica.

Infine – in una prospettiva storica – assume rilevanza la tradizione degli **ordinamenti socialisti**. Essa si distingue sia dalle tradizioni che riconoscono un primato al diritto quale modello di organizzazione sociale, sia da quelle caratterizzate dalla prevalenza di una determinata tradizione religiosa o filosofica. Gli ordinamenti socialisti sono invece caratterizzati dal dominio della politica, cosicché alla norma giuridica viene attribuito un ruolo preparatorio e strumentale rispetto alla affermazione degli ideali della società marxista la quale – una volta costituita – non avrà più bisogno di ulteriori sovrastrutture giuridiche.

Questo sintetico spaccato sulle diverse tradizioni giuridiche nel mondo conferma la difficoltà di individuare una concezione universalmente condivisa del rapporto fra diritto e società. Diverse sono infatti la natura di queste tradizioni, le loro giustificazioni di fondo, ma anche il modo con il quale esse concepiscono il cambiamento nonché l'atteggiamento rispetto alle altre tradizioni. Volendo tuttavia rintracciare un filo rosso in grado di unire le varie tradizioni giuridiche esso può forse essere rintracciato nell'idea del diritto quale metodo di gestione del disaccordo e dunque di strumento di cooperazione nel cuore del conflitto. Non a caso, tanto più le regole sociali sono apparse insufficienti ad assicurare uno spazio unificante nel quale minimizzare gli effetti negativi delle interferenze umane, quanto più le tradizioni giuridiche hanno avvertito l'esigenza di potenziare il proprio grado di normatività.

Riferimenti bibliografici

Sul metodo comparativo ed in particolare sulle funzioni del diritto comparato, v. T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato*, in ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1952; G. GORLA, *Il diritto comparato*, in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981, 79 ss.; A. GAMBARO, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Comparazione giuridica*, in *Digesto IV, sezione civile*, vol. III, Utet, Torino, 1988; R.B. SCHLESINGER *et al.*, *Comparative Law*, The Foundation Press, New York, 1988; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino, 1992; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, rist. 1998; P. LEGRAND, *Le droit comparé*, PUF, Paris, 1999; H. MUIR WATT, *La fonction subversive du droit comparé*, in *Rev. int. dr. comp.*, n. 3, 2000.

Sul rapporto fra comparazione giuridica e interdisciplinarietà, v. A. VEDASCHI, *Diritto comparato e interdisciplinarietà: tra innata vocazione e incompiuta realizzazione?*, 2, 2021, 301 ss. Con riferimento alle relazioni fra scienza politica e diritto costituzionale, cfr. T.E. FROSINI, *Diritto costituzionale e scienza politica: ovvero delle “convergenze parallele”*, in *Rivista AIC*, 1, 2022, 1 ss.

Sulla storia comparata, v. M. BLOCH, *Per una storia comparata delle società europee* (1928), in ID., *Lavoro e tecnica nel Medioevo*, Bari, 1977, 31 ss.; T. AMICO DI MEANA, *Sulle spalle dei giganti? La questione metodologica del diritto comparato e il suo racconto*, Esi, Napoli, 2022.

Sui criteri di selezione delle esperienze, v. R. HIRSCHL, *The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2005, 125 ss.

Sull'uso della comparazione nel processo legislativo, cfr. L. SCAFFARDI (ed.), *Parlamenti in dialogo. L'uso della comparazione nella funzione legislativa*, Jovene, Napoli, 2011; N. LUPO, L. SCAFFARDI (cur.), *Comparative Law in the Legislative Drafting. The Increasing Importance of Dialogue amongst Parliaments*, The Hague, Eleven International Publishing, 2014.

Sulla comparazione in materia di forme di governo e di forme di stato, v. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le strutture organizzative e funzionali degli stati socialisti dell'Europa centro orientale*, Giuffrè, Milano, 1960; C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Cedam, Padova, 1973; L. PEGORARO, *Forme di governo, definizioni, classificazioni*, in *Studi in onore di L. Elia*, Giuffrè, Milano, 1999, 1217 ss.

Sul ruolo della modellistica nello studio comparato dei modelli di integrazione, v. G. CERRINA FERONI-V. FEDERICO, *Introduzione. Percorsi di integrazione nelle società multiculturali. Uno sguardo comparato*, in ID., *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Esi, Napoli, 2018, 13 ss.

Sulla forma di ragionamento per paradigmi, v. G. AGAMBEN, *Che cos'è un paradigma?*, in ID., *Signatura rerum. Sul metodo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008, 11 ss. e spec. 24 e 32-34.

Sull'ampliamento dei confini tematici della comparazione, v. P. RIDOLA, *Il “dialogo tra le corti”: comunicazione o interazione*, in *Percorsi costituzionali*, 3, 2011, 273 ss.

Sulle diverse concezioni del fenomeno giuridico, limitatamente agli autori richiamati

nel testo, v., O.W. HOLMES, *The Paths of the Law*, in *Harvard Law Review*, 10, 1897; H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1967; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1967; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, New York-London, OUP, 1961, trad. it.: *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002.

Sul concetto di esperienza giuridica, v. R. ORESTANO, *Della "esperienza giuridica" vista da un giurista*, in ID., *Diritto. Incontri e scontri*, il Mulino, Bologna, 1981, 487 ss.

Sulla distinzione fra "law in the books" e "law in action", v. R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, in *American Law Review*, 1, 1910, 12 ss.

Sulle tecniche interpretative con le quali i giudici risolvono i conflitti multiculturali, v. I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milano, 2013; P. PANNIA, *La diversità rivendicata. Giudici, diritti e culture tra Italia e Regno Unito*, Milano, Wolters Kluwer, 2021.

Sulla tendenza al superamento della tradizionale dicotomia diritto pubblico/diritto privato, v. G. ALPA, *Dal diritto pubblico al diritto privato*, Mucchi, Modena, 2017, spec. 8.

Sulle tradizioni giuridiche e la loro classificazione, v. R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil compare*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1950; J.M. MERRYMAN, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Giuffrè, Milano, 1973; U. MATTEI, P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997; K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, rist. 1998; P.H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 2^a ed., OUP, Oxford, 2004, trad. it. *Tradizioni giuridiche nel mondo*, il Mulino, Bologna, 2011; V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Giappichelli, Torino, 2021.

Sulla cultura giuridica inglese, v. G. RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts*, Heidelberg, Adolf Rausch, 1946, trad. it.: *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 1962.

Sui processi di decodificazione, v. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979.

Sulla tradizione giuridica islamica, v. N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti. Otto lezioni su Islam e diritto*, FUP, Firenze, 2006; A. PREDIERI, *Shari'a e Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 2006; C. SBAILÒ, *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo. Linea evolutive degli ordinamenti nordafricani contemporanei: Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto*, Wolters Kluwer, Assago, 2014. Sul rapporto fra comparazione e diritto islamico, cfr. M. OLIVIERO, *Il ruolo della comparazione giuridica negli studi sul diritto islamico e sul diritto dei Paesi islam*, in DPCE, fasc. spec., 2019, 515 ss.

Sui formanti giuridici, v. R. SACCO, *Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law*, in *Am. Journ. comp. law*, n. 2, 1991.

Sul principio di *stare decisis* e le tecniche di lavoro sul precedente, v. U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. civ.*, Utet, Torino, 1996, 148 ss.; V. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Giuffrè, Milano, 2002, 871 ss.; A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Wolters Kluwer, Milano, 2017.

Sull'interpretazione degli *statute*, cfr. F. BENNION, *Statutory Interpretation*⁵, Lexis Nexis, London, 2008; V. CASAMASSIMA, *Le "regole" sull'interpretazione tra giudice e legislatore. Intenzione del legislatore e ricorso ai lavori preparatori della legge nell'esperienza*

inglese, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (cur.), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008, 78 ss.

Sull'originalismo ed il dibattito sulla interpretazione costituzionale negli Stati Uniti, v. A. SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University, Princeton, 1997; L.H. TRIBE, M.C. DORF, *On Reading the Constitution*, CUP, Cambridge, 1991, trad. it.: *Leggere la Costituzione*, Bologna, il Mulino, 2005; D.A. STRAUSS, *The Living Constitution*, OUP, New York, 2010; J.M. BALKIN, *Living Originalism*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)-London, 2011; N.G. CEZZI, *L'interpretazione costituzionale negli Stati Uniti d'America: la storia e il testo*, Jovene, Napoli, 2019.

Sulla soggezione del giudice al diritto, v. D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto": contributo allo studio dell'art. 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, Jovene, 2008.

Sul principio della *rule of law* nell'esperienza giuridica britannica, v. A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*⁸, MacMillan, London, 1915, trad. it.: *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, il Mulino, Bologna, 2003, spec. 33 ss. e 343 ss.