



SPECIAL ISSUE: “WHO NEEDS COMPARATIVE LAW?”

LE FUNZIONI DELLA COMPARAZIONE

TULLIO FENUCCI

Se ci si interroga sulle funzioni della comparazione oggi, viene naturale innanzitutto chiedersi cosa sia effettivamente la comparazione. Sembrerebbe infatti preliminarmente tentare di sgombrare il campo dal problema definitorio.

Gli studiosi da sempre si cimentano con un simile compito e si preoccupano di assumere posizione sul dilemma della natura del diritto comparato, se cioè esso sia una scienza o un metodo oppure l'una e l'altra cosa insieme¹.

Per molti è ormai assodata l'idea che la comparazione giuridica sia una scienza, cioè un insieme organico e sistematico di conoscenze; nondimeno pare potersi affermare che la comparazione giuridica sia innanzitutto un metodo, cioè un modo logico di procedere nella soluzione dei problemi, che viene utilizzato nello studio del diritto². Qualunque scienza, infatti, non può definirsi tale senza l'utilizzazione di uno o più metodi di indagine³.

Fondamentale per la comparazione giuridica sul piano metodologico è l'identificazione di tre aspetti essenziali: perché comparare, cioè la funzione della comparazione, cosa comparare, quindi l'oggetto della comparazione, e come comparare, cioè il metodo da utilizzare⁴.

Soffermandoci sulla funzione in particolare, quindi sul perché comparare, si può preliminarmente notare che la comparazione giuridica riguarda il raffronto e la valutazione di regole o istituti giuridici. Pertanto la comparazione

¹ Per un riepilogo delle posizioni della migliore dottrina v. L. Pegoraro e A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, 8-9. In proposito v. anche G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, IX ed., Torino, 2014, 1 ss.

² In merito v. anche G. Bognetti, *Introduzione al Diritto costituzionale comparato*, Torino, 1994, 71.

³ Sul metodo nel diritto comparato v., tra gli altri, P. Biscaretti Di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1974, 13 ss.; A. Pizzorusso, *Carlo Lavagna e la comparazione giuridica*, in F. Lanchester, *Il pensiero giuridico di Carlo Lavagna*, Milano, 1996, 176 ss.; R. Sacco (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980.

⁴ V. R. Scariglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Padova, 2016, 47.



giuridica è diretta a realizzare una migliore comprensione del modo in cui concretamente norme, istituzioni e più in generale sistemi giuridici funzionano o hanno funzionato. In tale ambito appare fondamentale sottolineare che la comparazione non si riferisce al raffronto tra formule normative operanti all'interno di un dato ordinamento giuridico ma tra ordinamenti giuridici differenti⁵.

La comparazione può definirsi come lo strumento attraverso il quale si rende più facile la comprensione dei singoli ordinamenti giuridici⁶. Regola fondamentale del diritto comparato è che non può effettuarsi alcuna comparazione tra elementi che di fatto non possono essere comparati e, pertanto, presupposto stesso della comparazione è che l'oggetto di studio possa essere comparato⁷.

Principio determinante in merito parrebbe essere quello della funzionalità: si può comparare solo quello che adempie la medesima funzione⁸. Infatti ogni società assegna al diritto la soluzione di problemi simili, affrontati in maniera diversa dai differenti sistemi giuridici.

Con queste premesse è ragionevole pensare che la comparazione sia possibile solo tra ordinamenti appartenenti alla stessa famiglia o sistema. A questo proposito è nota la querelle sulla possibilità di procedere alla comparazione tra istituti appartenenti ai diversi sistemi di *Civil Law* e di *Common Law*. In ogni modo sembrerebbe possibile accomunare gli ordinamenti di *Civil Law* a quelli di *Common Law* nella più generale categoria degli ordinamenti occidentali che, sia pur nella loro diversità, si riconoscono nei medesimi principi fondamentali, come il principio della separazione dei poteri⁹, quello

⁵ In proposito bisogna notare che, accanto al raffronto tra elementi particolari di ordinamenti giuridici differenti, gli studiosi di diritto comparato mirano anche a realizzare analisi comparative di carattere generale che prendono in considerazione le caratteristiche di ampio respiro di più ordinamenti o addirittura di sistemi intorno ai quali si raggruppano molteplici distinti ordinamenti: come è noto a tal proposito si discute rispettivamente di micro-comparazione e macro-comparazione; sul punto v. anche G. Bognetti, *Introduzione al Diritto costituzionale comparato*, cit., 89.

⁶ V. R. David e C. Jauffret-Spinozi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, a cura di R. Sacco, V ed., Padova, 2004, 1 ss. Inoltre v. F. Lanchester, *Gli strumenti della democrazia*, Milano, 2004, 9, secondo cui la comparazione in ambito giuridico costituisce un metodo indispensabile per l'analisi della complessità degli ordinamenti.

⁷ Sul punto v. L. Pegoraro, *Introduzione metodologica*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella e M. Volpi, *Diritto Pubblico Comparato*, V ed., Torino, 2016, 6.

⁸ Sul punto v. K. Zweigert e H. Kötz, *Introduzione al Diritto Comparato. I, Principi fondamentali*, Milano, 1998, 37 (titolo originale *Einführung in die Rechtsvergleichung. Band 1: Grundlagen*, Tübingen, 1984).

⁹ Sul punto v. P. Ridola, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine e G. F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, II ed., Roma-Bari, 2017, 749, che ricorda che il principio della separazione dei poteri, già presente nel pensiero politico classico e



rappresentativo o la tutela dei diritti fondamentali. Infatti tali ordinamenti sono storicamente accomunati dall'influenza che su di essi ha esercitato la dottrina politica del costituzionalismo¹⁰: su tale dottrina si fonda il modello dello Stato costituzionale, che è qualificato da una serie di caratteristiche essenziali, come ad esempio la tutela della dignità dell'uomo e della libertà della persona, la divisione dei poteri sia in senso orizzontale che verticale etc.

Alle origini della dottrina del costituzionalismo, anzi quale suo stesso simbolo¹¹, si rinviene l'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, secondo cui la società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata e la separazione dei poteri non è determinata non ha Costituzione. Con tale disposizione viene identificato il nucleo essenziale primordiale di ogni sistema costituzionale. Il sistema costituzionale liberale, in particolare, si fonda sulla garanzia dei diritti e la separazione dei poteri. Questi ultimi si pongono come idee universali che costituiscono la traduzione in principi e regole giuridiche di verità preesistenti alla volontà di qualunque legislatore¹².

Pertanto proprio una simile comunanza originaria potrebbe giustificare l'eventuale comparazione tra ordinamenti appartenenti a sistemi giuridici diversi. Il citato articolo 16 può costituire il punto di partenza sul quale costruire un comune nucleo essenziale, fondato appunto sulla tutela dei diritti umani e sui principi ad essa collegati. Perciò i diversi sistemi costituzionali democratici possono considerarsi accomunati da un nucleo minimo essenziale di diritti che costituisce il patrimonio irrettrabile di ciascun individuo, suscettibile di essere riconosciuto e garantito anche al di là dei confini di un singolo Stato¹³. Su queste basi la comparazione giuridica, in una prospettiva più specificamente costituzionalistica anche se non necessariamente ristretta in tale

medievale, è stato alimentato dalla polemica contro l'assolutismo monarchico e dall'osservazione del complesso equilibrio tra Re, Camera dei Lords e Camera dei Comuni sviluppatosi nell'ordinamento inglese; l'elaborazione di tale principio agli albori del costituzionalismo è, come è noto, dovuta a Locke e a Montesquieu.

¹⁰ A tal proposito v. P. Ridola, *Il costituzionalismo: itinerari storici e percorsi concettuali*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Torino, 2005, 293, secondo cui il termine costituzionalismo deve essere riferito alla dottrina politica e costituzionale che costituì lo sfondo delle grandi rivoluzioni borghesi avvenute tra il XVII e il XVIII secolo e che impose i diritti individuali e i principi della limitazione e della divisione del potere come fondamento di radicali trasformazioni degli ordinamenti politici in Europa e nell'America del nord.

¹¹ V. Q. Camerlengo, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007, 100 ss. V. in merito anche F. Modugno, Voce *Costituzione I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 3.

¹² V. V. Onida, *La Costituzione*, Bologna, 2004, 10.

¹³ V. sul punto Q. Camerlengo, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, cit., 112 ss.



ambito, può svolgere una funzione unificante e uniformante del diritto a livello globale.

Bisogna notare che la comparazione ha come risultato diretto la conoscenza di somiglianze e differenze che sussistono tra gli oggetti comparati¹⁴. Si tratta di una forma di conoscenza aggiuntiva rispetto a quella dei singoli ordinamenti e dei loro dati storici, che però è indispensabile e prodromica alla possibilità di effettuare l'operazione intellettuale della comparazione giuridica. Peraltro la migliore comprensione dell'ordinamento interno è favorita proprio dal confronto con altri ordinamenti, visto che soltanto attraverso l'osservazione di somiglianze e differenze sembra si possa comprendere pienamente qual è il concreto significato e ambito di efficacia delle norme di un ordinamento dato.

Perciò, volendo predisporre una possibile classificazione, tra gli obiettivi teorici perseguiti dal diritto comparato va considerato forse primariamente proprio il contributo dato alla migliore comprensione del diritto nazionale, sebbene non esista davvero alcun motivo per stabilire una gerarchia tra i diversi possibili scopi del diritto comparato¹⁵.

Altro importante scopo teorico della comparazione, talvolta ritenuto il principale¹⁶, è l'acquisizione di nuove conoscenze, che possono provenire dall'analisi dei diritti stranieri o del medesimo ordinamento di provenienza del ricercatore. In effetti la conoscenza è la premessa necessaria per l'utilizzazione delle risultanze derivanti dallo svolgimento dell'analisi comparatistica e per un positivo scambio di conoscenze, consentendo anche migliori relazioni tra individui provenienti dai paesi oggetto di comparazione. L'acquisizione della conoscenza viene così ritenuta prodromica alla comprensione dei diversi elementi dell'ordinamento e degli stessi termini da comparare, attività preliminare a quella di comparazione in senso stretto¹⁷.

Altrettanto importante appare comunque anche una terza funzione della comparazione, quella cioè di contribuire all'educazione e alla formazione del giurista interno.

Sul piano pratico la comparazione ha ormai acquisito un ruolo fondamentale nella ricerca scientifica di tipo dottrinario, tramite il confronto con modelli derivanti da diritti stranieri.

Naturalmente le funzioni pratiche della comparazione vanno ben al di là della mera ricerca scientifica.

Infatti il diritto comparato fornisce innanzitutto un apporto importante all'interpretazione del diritto, laddove, fra i possibili significati delle disposizioni

¹⁴ V. G. Bognetti, *Introduzione al Diritto costituzionale comparato*, cit., 90.

¹⁵ V. in tal senso A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1995, 143.

¹⁶ V. R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, cit., 17.

¹⁷ V. R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, cit., 102 ss.



legislative o di altro materiale normativo, si deve procedere alla scelta del più adatto e funzionale all'ordinamento giuridico considerato; in un simile caso i modelli stranieri possono essere illuminanti. Se l'interprete per eccellenza è il giudice, giocoforza si deve concludere che nell'ambito della normale attività giudiziale oggi, alla luce della crescente interrelazione tra gli ordinamenti del mondo globalizzato, un ruolo molto importante svolgono le indagini comparatistiche. Peraltro la comparazione può svolgere un ruolo importante anche nella concreta preparazione dei materiali di cui poi il giudice si avvale nello svolgimento della sua attività.

Le indagini comparatistiche possono essere utilizzate anche da funzionari amministrativi o dal legislatore, quale ausilio alla redazione di testi normativi. A tale ultimo fine nei Parlamenti sono istituiti appositi uffici che analizzano le esperienze sperimentate in altri ordinamenti.

Di particolare evidenza è altresì l'utilizzazione della comparazione giuridica negli ordinamenti delle organizzazioni internazionali o allo scopo di elaborare trattati o convenzioni internazionali.

Per concludere, richiamandosi a quanto affermato in merito alla funzione unificante tra ordinamenti appartenenti a famiglie diverse svolta dalla comparazione (o, se si vuole, come già osservato, più specificamente dal diritto costituzionale comparato anche se non necessariamente solo da esso) sulla scorta dell'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del cittadino del 1789, pietra angolare del moderno costituzionalismo, si può provare a proiettare i principi contenuti in tale disposizione nella prospettiva del costituzionalismo globale e, in tal modo, favorire lo sviluppo della funzione che forse rappresenta la nuova frontiera della comparazione giuridica, che senz'altro non va limitata alla prospettiva pubblicistico-costituzionale, cioè lo sforzo di comprendere la complessità dei fenomeni che si dipanano a livello internazionale, con le loro ricadute negli ordinamenti interni, nell'epoca della globalizzazione¹⁸.

¹⁸ In merito v. anche R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, cit., 111 ss.