

**Sistemi costituzionali comparati**  
*Diretto da Lucio Pegoraro e Angelo Rinella*

**Lucio Pegoraro - Angelo Rinella**

# **Sistemi costituzionali**

*Seconda edizione*



**G. Giappichelli Editore**

# Capitolo I

## *Il metodo comparativo*

SOMMARIO: 1. Delimitare il campo: “diritto”; “costituzione”; “comparare”. – 2. Formanti, crittotipi, diritto muto. – 3. Per una lettura non “domocratica” del diritto comparato: al di là di *finisterrae*. – 4. Scienze non giuridiche, scienze giuridiche e la conoscenza del diritto comparato. – 4.1. Linguistica, traduttologia, diritto. – 4.2. Storia del diritto, il diritto come storia e storia delle dottrine politiche. – 4.3. Filosofia del diritto, sociologia e antropologia giuridica, teoria generale del diritto. – 4.4. Scienza politica e diritto comparato. – 4.5. Scienze sociali e comparazione: economia, statistica, psicologia; gli studi geografici. – 5. Classificazioni. – 6. Modelli e dinamica dei modelli. – 7. Livelli di comparazione. – 8. Le funzioni ausiliarie. – 8.1. Capire sé stessi attraverso gli altri: lo studio del proprio diritto. – 8.2. Assistere il legislatore. – 8.3. Costruire diritti comuni: unificazione e armonizzazione del diritto. – 8.4. Offrire basi al *reasoning* giudiziale. – 9. 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”. I giuristi occidentali, quando studiano gli altri diritti, applicano a essi, spesso anche se non sempre, la concezione occidentale di “diritto”<sup>1</sup>. Se vogliamo capire il mondo – soprattutto il mondo d’oggi, ormai senza frontiere, tranne quelle fisiche ogni tanto erette dai politici “populisti” e “sovranisti”, e quelle culturali patrocinata da giuristi interessati solo al loro paese, o all’Occidente – dobbiamo accettare che le regole vincolanti le comunità non sono solo quelle costruite secondo i nostri schemi. Milioni di *latinos* vivono negli Stati Uniti d’America; milioni di persone di fede islamica in Europa, e non meno cinesi nelle città del mondo occidentale. Allo stesso tempo, le imprese occidentali e orientali penetrano in tutto il globo, e dietro di loro gli Stati promuovono operazioni di conquista economica, ricorrendo anche a guerre non dichiarate, e di penetrazione culturale. Le migrazioni, da millenni generate dalla fame e dalle guerre, mescolano le carte, e si portano dietro visioni diverse di società e di Stato, di cultura e di religione.

---

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

Diversamente dai comparatisti civilisti, che dal 1900 hanno saputo allargare il senso della parola “diritto”<sup>2</sup>, la maggioranza dei costituzionalisti di tutti i paesi resta tenacemente abbarbicata all’idea che il diritto è solo quello occidentale<sup>3</sup>, e tutto il resto dell’umanità rappresenta una mera curiosità antropologica: studia “i barbari”, assumendo il proprio diritto a metro di paragone, come Leni Riefenstahl – la famosa e brava fotografa e cineasta del terzo *Reich* – raffigurava le etnie “inferiori”.

Occorre uno sforzo in più, per i comparatisti/costituzionalisti occidentali e liberal-democratici che studiano il diritto costituzionale: accettare e impadronirsi di concetti che sono estranei, come quelli di “*amae*” (armonia) nel diritto giapponese, di “*hexie*” (di nuovo, armonia) nel diritto cinese, di “*dharma*” (più o meno: dovere) nel diritto indù, di *ubuntu* o di “*fanahy maha-olona*” (principio di esistenza), rispettivamente nei diritti africano e malgascio, di “*sumak kawsay*” (“*buen vivir*”) 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 nostra cultura giuridica, pena il rischio di mescolarsi con scienze considerate autonome e distinte, co-

---

<sup>2</sup>Tra i manuali più noti, in italiano: L.-J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1996; ID, *Il metodo comparativo*, Giappichelli, Torino, 2000; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, e II, *Istituti*, Giuffrè, Milano, 1998 e 1995; M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici*, Laterza, Roma-Bari, 2000; U. MATTEI, P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997; R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 5ª ed., Cedam, Padova, 2004 (ed. originale aggiornata, R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12ª ed., Dalloz, Paris, 2016); B. MARKESINIS, *Il metodo della comparazione*, Giuffrè, Milano, 2004; A. GAMBARO, R. SACCO (eds), *Sistemi giuridici comparati*, 3ª ed., Utet, Torino, 2008; L. ACQUARONE ET AL., *Sistemi giuridici nel mondo*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2016; G. AJANI, D. FRANCAVILLA, B. PASA, *Diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2018; R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, 7ª ed., Utet, Torino, 2019; A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2019.

<sup>3</sup>L. PEGORARO, *Le categorie civilistiche e il parassitismo metodologico dei costituzionalisti nello studio del diritto comparato*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013, p. 305 ss. I manuali di diritto costituzionale o pubblico comparato o non trattano del tutto i diritti “altri” [P.G. LUCIFREDI, *Appunti di diritto costituzionale comparato*, dedicati ai sistemi britannico, francese, statunitense, tedesco, 4 voll., Giuffrè, Milano, varie date di edizione; e, con esplicita scelta di campo a favore della superiorità del diritto occidentale (e conseguente estromissione del diverso), T.E. FROSINI (ed.), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, 2ª ed., il Mulino, Bologna, 2022]; oppure accentuano le esperienze occidentali rispetto a ogni altra, se pure in misura e con sensibilità diverse [P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, 6ª ed., Giuffrè, Milano, 1988; P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (eds), *Diritto costituzionale comparato*, 2ª ed., Laterza, Roma-Bari, 2014; G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. RINELLA, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2015; A. DI GIOVINE, A. ALGOSTINO, F. LONGO, A. MASTROMARINO, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Le Monnier, Firenze, 2017; G. MORBIDELLI, M. VOLPI, G. CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 2020; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, 2 voll., I, 11ª ed., Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2022, e II, 6ª ed., Cedam, Padova, 2004].

me la sociologia o l'antropologia, ma dando a esse il rilievo che esige una osservazione "esterna" delle norme<sup>4</sup>.

C'è inoltre la variabile di "costituzione". L'aggettivo "costituzionale" deriva dal sostantivo "costituzione". I vari significati di questa espressione – formale, sostanziale, materiale – saranno illustrati nel cap. IV. Sia che accettino, sia che rifiutino 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 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, vuol dire "paragonare", "confrontare"<sup>5</sup>. In questa corretta accezione, comparare significa – dopo avere analizzato quello che si assume a oggetto di analisi – fare i confronti, con tutte le premesse, le implicazioni, e le scelte valutative che ciò comporta. Si è sviluppato però anche un senso di "diritto costituzionale comparato" che non tiene conto dell'etimologia e del senso comune della parola: in questa (e impropria) accezione, il significato include operazioni comparative, ma è un sinonimo di "diritto straniero".

Lo studio del diritto straniero – cioè altro, diverso da quello proprio dell'ordinamento statale cui appartiene l'autore, ritenuto pertanto noto – costituisce il *pre-supposto* 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 e si concreta nel raffronto con un altro diritto (spesso, il diritto dell'autore) al fine di coglierne somiglianze e differenze (e trarne ulteriori conseguenze)<sup>6</sup>. Questa fase presenta insidie notevoli; si pensi al pericolo di trasferire nel diritto straniero i concetti, i modi, gli atteggiamenti mentali del proprio diritto di origine. Lo testimoniano molti studi in materia di diritti e libertà: per lo più, i

---

<sup>4</sup> Sul metodo nella comparazione giuspubblicistica: 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; ID., *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, Padova, 2007; ID., *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Cedam, Padova, 2013; 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.

<sup>5</sup> Sulle definizioni di "diritto comparato" v. le voci di: M. ROTONDI, *Diritto comparato*, in *Nss. dig. it.*, V, 1960, rist. 1981, p. 819 ss.; A. GAMBARO, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Comparazione*, in *Dig. priv., Sez. civ.*, III, 1988, p. 48 ss.; G. GORLA, *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, XI, 1989, p. 1 ss.

<sup>6</sup> A. WATSON, *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2006.

costituzionalisti continuano ad applicare le loro categorie nell'interpretazione di disposizioni e di sistemi che mai hanno elaborato dottrine e teorie dei diritti individuali. L'accostamento culturale del comparatista è però profondamente diverso: il costituzionalista e in genere il giuspubblicista "domestico" muovono da un quadro dato, che interpretano con operazioni concettuali esclusivamente interne (in somma, 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 classificare e di individuare analogie e differenze (il suo lavoro è dunque *bottom-up*), in esse sussumendo poi, se del caso, le fattispecie concrete.

Il comparatista non può avere l'ambizione di conoscere *tutti* i diritti interni; potrà penetrarne alcuni, oltre a quello di appartenenza, 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. La difficoltà per i comparatisti 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, la sociologia, l'antropologia, la storia).

Le operazioni concettuali fatte da 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 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 comparazione.

Come ricorda Rodolfo 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»<sup>7</sup>.

## 2. Formanti, crittotipi, diritto muto

L'espressione "formanti dell'ordinamento" è stata proposta da Sacco per indicare i diversi insiemi di regole e proposizioni che, nell'ambito di un ordinamento,

---

<sup>7</sup> R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 14, nt. 30.

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<sup>8</sup>. 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. Non ci si può 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, la religione dominante, 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 (gli studiosi, i professori); l'insieme delle decisioni dei giudici, oltre ai formanti “non verbalizzati”, ossia i crittotipi.

Tutti i formanti esercitano un ruolo nella elaborazione del diritto; si può però distinguere i formanti a seconda del rilievo della loro funzione in ciascun ordinamento. Per “formanti attivi” o “dinamici” intendiamo 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 e ai 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. Nel diritto romano, e fino alla Rivoluzione francese (e persino dopo, in Germania, grazie all'alimento della Pandettistica, nel Transvaal, dove la costituzione del 1858 stabiliva una gerarchia tra i giuristi romano-olandesi in sede di interpretazione, 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* (scala gerarchica) 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 *niban-*

---

<sup>8</sup> R. SACCO, *Legal Formants*, in *Am. journ. comp. law*, n. 2, 1991, p. 343 ss.

*dhas*, commentari del *Manusmrti*, o *Codice di Manu*. Il diritto musulmano, che vincola circa 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 formulata.

La distinzione tra i formanti attivi e gli altri è una variante di famiglie ed epoche: solo nell'interpretazione stretta e chiusa del positivismo legistico la legge è l'unica fonte, il giudice mera *bouche de la loi* (bocca della legge), 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.

La comparazione nel diritto costituzionale implica lo studio del diritto vigente (quello "ufficiale") 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 esito.

Nel diritto costituzionale esiste più che altrove un formante vuoto, costituito da disposizioni (che ci sono formalmente) inattuata o inattuabili, per scelta (o incapacità di scelta) dei legislatori. Molte disposizioni costituzionali che prevedono l'istituzione di organi, o l'attivazione di procedure o persino di diritti, sono corredate solo da sanzioni politiche; dove sia prevista, l'incostituzionalità per omissione non riesce a colmare i vuoti. (V. cap. X, sez. I, § 11.2 e sez. II, § 3.2.) Occorre dunque fare i conti con la pulsione continua tra disposizioni inattuata e tensioni giurisprudenziali (o dottrinarie) nel senso dell'attuazione. In qualche caso, è come se non ci fossero le disposizioni in parola. 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 alcuni casi può provvedere la giurisprudenza a riempire i vuoti (come a volte nel caso di alcuni diritti sociali).

Inoltre, 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.

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 dimostrazio-

ne e nella determinazione di questioni giuridiche; anche se non espressi, 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. [...] 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»<sup>9</sup>.

L'espressione "diritto muto" designa, nella 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». Anche nel diritto ci sono "regole opache", modi di agire automatici, come l'andare in bicicletta o distinguere un vino da un altro<sup>10</sup>.

### 3. Per una lettura non "democratica" del diritto comparato: al di là di finisterrae

Per infrangere il mito dell'"univocità della regola", il diritto comparato «rappresenta una minaccia per l'intera scienza giuridica» e adempie a una «funzione sovversiva»<sup>11</sup>. Un risvolto importante di questa funzione sovversiva 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)<sup>12</sup>. Anche oggi, buona parte dei costituzionalisti che si avventurano nel "diritto comparato" si dimostrano d'accordo con Mary Shelley, là dove nel *Frankenstein* scrive che è molto più felice l'uomo convinto che il suo paesello sia tutto il mondo, di quello che aspira a superare i limiti della conoscenza.

<sup>9</sup> R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 119.

<sup>10</sup> R. CATERINA, *Il crittotipo, muto e inattuato*, in L. ANTONIOLLI, G.A. BENACCHIO, R. TONIATTI (eds), *Le nuove frontiere della comparazione*, Un. di Trento, Trento, 2012, p. 85; R. SACCO, *Il diritto muto*, il Mulino, Bologna, 2015.

<sup>11</sup> H. MUIR WATT, *La fonction subversive du droit comparé*, in *Rev. int. dr. comp.*, n. 3, 2000, p. 503 ss.; e già G.P. FLETCHER, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, in *Am. Journ. comp. law*, n. 4, 1988, p. 683 ss.

<sup>12</sup> H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, il Mulino, Bologna, 2011; M.A. GLENDON, M.W. GORDON, P.G. CAROZZA, *Comparative Legal Traditions*, 3<sup>a</sup> ed., West Group, St. Paul, 2008; 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 Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 817 ss.

La differenza è tra una impostazione *democratica* del diritto comparato (dove *demos* va declinato al plurale, ancorato alle scelte dei popoli, nel rispetto delle loro tradizioni) e una *domocratica* (da *domus*, casa), nella quale la propria casa, il proprio paese, la propria tradizione giuridica rappresenta l'intero universo e il parametro di valutazione, oltre che scelta di cosa studiare.

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, così come illustrate dagli studi macrocomparativi (*infra*, § 7). Naturalmente le differenze rappresentano la ragione stessa della comparazione. Ci sono però distanze tra ordinamenti giuridici che, se mal ponderate, potrebbero frustrare gli obiettivi scientifici della ricerca. Oggi, specie nel diritto costituzionale, esistono contrapposizioni ben più profonde di quelle che, a inizio '900, marcavano la distanza tra *common law* e *civil law*, nella quale si esaurivano gli studi macrocomparativi e che oggi tende a sfumare in nome dei principi comuni del costituzionalismo.

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. Muovendo da una conoscenza primordiale (che 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.

Il c.d. *tertium comparationis*, o modello di riferimento nel giudizio comparativo, è l'"idea" di ciò che unisce, per risaltare anche ciò che divide. Con un esempio: a) abbiamo idea che una Ferrari e una Fiat 500 siano unite da caratteristiche comuni, che fanno di entrambe un'automobile; b) ma ci sono differenze: di potenza, di carrozzeria, di accessori, di prezzo, ecc.<sup>13</sup>: il *tertium comparationis* è implicito, frutto di nozioni comuni o di ricerche precedenti che ne hanno definito i contorni.

«Il pluralismo e il relativismo: sono questi i primi insegnamenti che un corso di diritto comparato deve dispensare»<sup>14</sup>. 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.

---

<sup>13</sup>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. 312 ss. (2ª ed., 2019).

<sup>14</sup>B. FAUVARQUE-COSSON, *L'enseignement du droit comparé*, in *Rev. int. dr. comp.*, n. 2, 2002, p. 308.

L'*a priori* giusnaturalistico, la scelta di campo ideologica, l'opzione investigativa non suffragata da categorie scientificamente elaborate concorre allo "scontro di civiltà"<sup>15</sup>, non attraverso l'analisi scientifica, ma attraverso la rinuncia consapevole o inconsapevole a percorrere le indagini con metodo scientifico. Con il risultato 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. Queste teorie partono di solito dall'alto, come il neocostituzionalismo, e non dall'analisi empirica. 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). La comparazione assolve quindi a una funzione estrinsecamente etica anziché a un ruolo scientifico, etico intrinsecamente.

#### **4. Scienze non giuridiche, scienze giuridiche e la conoscenza del diritto comparato**

Gli studi comparatistici intersecano 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"<sup>16</sup>.

##### **4.1. Linguistica, traduttologia, diritto**

In primo luogo, il diritto comparato è costretto a confrontarsi con la linguistica<sup>17</sup>. L'accostamento alla linguistica concorre a marcare un'importante linea di

---

<sup>15</sup> S.P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Garzanti, Milano, 2000.

<sup>16</sup> 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; G. RESTA, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (eds), *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, Mimesis, Milano-Udine, 2020.

<sup>17</sup> 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; P. GOODRICH, *Legal*

confine tra comparatisti e studiosi dei diritti interni. Una differenza che non è solo quantitativa, imputabile alla maggiore difficoltà nel gestire i materiali, ma pure 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 costituzionale, specie per le traduzioni<sup>18</sup>.

Prima, nella sfera del pubblico, le difficoltà traduttive erano in parte mitigate dalla base comune del costituzionalismo, e dalla continuità ideale tra cultura e strutture linguistiche (restando però sempre presente il conflitto tra i concetti, gli istituti e il linguaggio del *common law* e del *civil law*). Oggi, non solo l'Occidente, sopra le strutture basilari comuni, continua a sperimentare soluzioni organizzative nuove e variegate, alla rincorsa di modelli 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).

Un profilo di notevole impatto linguistico è rappresentato dal ruolo dei trattati (o della normazione comune, come nell'UE). Nel caso, non si tratta solo di trasportare 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); poi, nella fase discendente, di dare a essi significati omologhi.

Ad es., nel parlare di "diritti", il costituzionalista europeo continentale tenderà ad ancorarsi alle teorie maturate dall'illuminismo, come pure alla divisione dei poteri e a quanto ne segue, diversamente dagli studiosi e dagli operatori appartenenti a ordinamenti lontani (l'Oriente, l'Islam, l'Africa, ma solo in parte l'America latina, di fatto culturalmente colonizzata). 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 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 definisce "diritti". Ma 2/3 dell'umanità si basano su concezioni sociali che non partono

---

*Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis*, MacMillan, London, 1987; 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. MATTILA, *Comparative Legal Linguistics*, 2ª ed., Routledge, London-New York, 2013; inoltre U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, nuova ed., Giuffrè, Milano, 1985.

<sup>18</sup> E. NIDA, *Toward a Science of Translating*, Brill, Leiden, 1964; J. CUNNISON CATFORD, *A Linguistic Theory of Translation*, Oxford U.P., Oxford, 1965; U. ECO, *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, Bompiani, Milano, 2004.

dai diritti individuali, bensì dalla comunità, o dal dovere interiore, o comunque da visioni trascendenti l'individuo.

#### **4.2. 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 politiche. (Resta impregiudicata la buona conoscenza della storia generale.)

La storia alimenta trasversalmente gli studi comparatistici e il suo uso è per essi imprescindibile; in particolare, «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»<sup>19</sup>.

Si usa 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»<sup>20</sup>. Questa distinzione può ricondursi a quella tra il diritto comparato e la storia del diritto: oggetto di entrambe le discipline sono 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.

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. Nel settore del diritto costituzionale (soprattutto se aperto a modi non liberal-democratici di produrre il diritto; ma anche dentro la liberal-democrazia) lo studio storico può illuminare le genesi e l'evoluzione degli istituti, consentendo di evitare fraintendimenti<sup>21</sup>.

Non diversamente dalla storia del diritto, la storia delle dottrine politiche, più ancora che per il diritto costituzionale, funge da base e supporto per gli studi

---

<sup>19</sup> G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, cit., p. 27.

<sup>20</sup> M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici*, cit., p. 447 s.

<sup>21</sup> M. BRUTTI, A. SOMMA (eds), *Diritto: storia e comparazione*, Max Planck, Frankfurt a.M., 2018.

comparatistici<sup>22</sup>. Essa permette non solo di gettare luce sul contesto da cui sono generate e in cui operano le istituzioni di ciascun singolo ordinamento, ma anche di cogliere l'evoluzione complessiva del pensiero, giustificando le differenti evoluzioni, nonché le analogie e le differenze.

Le università del mondo occidentale sono poche (se non del tutto assenti) nell'offrire le benché minime conoscenze di dottrine politiche (e sociali) diverse dalla propria. Alla base delle incomprensioni – e delle affermazioni di egemonia culturale – sta anche la quasi totale ignoranza, da parte degli studiosi e degli operatori, dei testi che influenzano interi sistemi giuridici e miliardi di persone: dal Corano ai Veda, da Confucio a Buddha fino alle tradizioni ctonie.

#### **4.3. Filosofia del diritto, sociologia e antropologia giuridica, teoria generale del diritto**

La filosofia del diritto, non diversamente dalla teoria generale del diritto, col diritto comparato intrattiene intense relazioni. Gli studi comparatistici vengono orientati dalle visioni filosofiche che permeano ciascun ricercatore. Ci riferiamo alla 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 idealista, e ai vari corollari che ne derivano<sup>23</sup>.

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-democratico. A entrambe la scienza comparatistica deve riferirsi sopra tutto quando si proceda a classificazioni o a macrocomparazioni estese a regioni giuridiche disomogenee.

La sociologia del diritto ha influenzato in modo particolarmente penetrante gli studi giuridici, orientandone importanti correnti e per ciò attirandosi spesso gli strali dei custodi del metodo giuridico: disciplina che ha per oggetto lo studio dei rapporti reciproci tra diritto e società, 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 interpreta-

---

<sup>22</sup> E. OPOCHER, *Lezioni di storia delle dottrine politiche. Parte generale*, Cedam, Padova, 1963.

<sup>23</sup> M. TROPER, *Cos'è la filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 2003; M. BARBERIS, *Breve storia della filosofia del diritto*, il Mulino, Bologna, 2004; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, 3 voll., Laterza, Roma-Bari, 2012.

zioni del diritto accettate in determinati contesti, ma non in altri. Sollecita insomma un accostamento critico a ogni costruzione universale del diritto, enfatizzando il pluralismo espresso dalla e dalle società<sup>24</sup>.

A sua volta l'antropologia giuridica – dedita allo studio della cultura giuridica delle comunità umane – rappresenta una chiave di lettura essenziale per comprendere i fenomeni di società basate su concezioni non occidentali del diritto. L'antropologia per sua stessa natura non è scienza eurocentrica: 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 accentuata dai flussi migratori<sup>25</sup>.

Infine, l'apporto del diritto comparato deve coniugarsi con quello della teoria generale del diritto: scienze che sono reciprocamente tributarie, giacché la ricerca empirica delle soluzioni consente di operare concettualizzazioni e classi non certo "assolute" temporalmente e spazialmente ma, quanto meno, generali e durevoli, e a loro volta tali classi e modelli consentono di razionalizzare l'esistente a livello scientifico e cognitivo, prestandosi anche a utilizzazioni pratiche in sede normativa o giurisprudenziale<sup>26</sup>. G. Tusseau ricorda in proposito quanto scriveva nel suo trattato J. Bentham, a proposito della teoria generale del diritto: «Faciliterà una comparazione tra i diritti delle differenti nazioni. [...] Se una persona è portata a confrontare delle parti qualunque dei sistemi giuridici di due nazioni diverse, deve necessariamente concepire un piano comune, al quale ridurle. [...] Offrirebbe, per ciascuno di questi labirinti [ovvero i diversi diritti nazionali], una guida uniforme e coerente»<sup>27</sup>.

#### 4.4. *Scienza politica e diritto comparato*

Scienza del *sein* (essere), e non del *sollen* (dover essere), la scienza politica utilizza prevalentemente il metodo empirico, e non pone al centro della sua speculazione le prescrizioni normative e il linguaggio in cui sono formulate, ma semmai i fenomeni che le ispirano o i risultati che esse determinano; si interessa solo in parte del rapporto tra esse e la loro concreta realizzazione, a vantaggio di que-

<sup>24</sup> R. TREVES, *Introduzione alla sociologia del diritto*, 2ª ed., Einaudi, Torino, 1980.

<sup>25</sup> L. BONIN, A. MARAZZI (eds), *Antropologia culturale*, Hoepli, Milano, 1970; R. SACCO, *Antropologia giuridica*, il Mulino, Bologna, 2007.

<sup>26</sup> J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, in H.L.A. HART (ed.), *Of Laws in General*, Althone, London, 1970; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Etas Compass, Milano, 1966.

<sup>27</sup> Le parole di J. BENTHAM, nelle conclusioni del trattato *Of Laws in General*, cit., sono ricordate da G. TUSSEAU, *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica*, Bup, Bologna, 2009.

sto secondo elemento. Esistono però aree di sovrapposizione, che a volte danno vita a ibridazioni. Ciò in particolare si verifica negli studi di diritto costituzionale comparato che hanno a oggetto le forme di governo, i sistemi elettorali, i partiti.

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 interpretano, integrano e cambiano la costituzione. Chi invece considera i problemi del linguaggio (nella formula di U. Scarpelli) «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 contornate da frange grigie, esprimono aree di significato consacrato dagli usi, contribuisce a mortificare il ruolo stesso del diritto, e riduce la scienza comparatistica, così come quella costituzionalistica, a criterio ordinatore delle esperienze, e la costituzione (formale) a pezzo di carta suscettibile di ogni deroga o violazione<sup>28</sup>. Dove si afferma l'impero della costituzione e 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.

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, lì 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 esprimenti l'assunzione della regolarità a regola direttiva della condotta»<sup>29</sup>, 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, e 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.

#### **4.5. Scienze sociali e comparazione: economia, statistica, psicologia; gli studi geografici**

Tra le scienze sociali che intersecano il diritto costituzionale comparato, si annoverano anche l'economia, la statistica, la psicologia, alle quali vanno aggiunte la geografia e la geopolitica.

---

<sup>28</sup> Vedi U. SCARPELLI, *Metodo giuridico*, in *Enc. Feltrinelli Fisher, Diritto 2*, Milano, 1972, e in *ID.*, *L'etica senza verità*, il Mulino, Bologna, 1982.

<sup>29</sup> U. SCARPELLI, *Metodo giuridico*, cit.

Gli studi economici si rivelano di interesse per i comparatisti costituzionalisti, nell'alveo di indagini macro, 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. 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<sup>30</sup>.

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, 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 settori<sup>31</sup>.

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'argomentazione<sup>32</sup>. Ancora 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, per non dire dei profili costituzionali del diritto penale<sup>33</sup>.

Il tema delle relazioni tra geografia e diritto – spesso ignorate in dottrina, o che quanto meno restano in ombra – sollecita interessanti spunti in relazione alla circolazione di modelli e formanti. Già Montesquieu aveva enfatizzato i rapporti tra

---

<sup>30</sup> D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, il Mulino, Bologna, 2004; G. DE GEEST, R. VAN DEN BERGH (eds), *Comparative Law and Economics*, Elgar, Cheltenham, 2004; M. NICOLINI, *El impacto de la economía en las mutaciones constitucionales*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 26, 2019.

<sup>31</sup> Sull'analisi quantitativa, v. *Ann. dir. comp. st. leg.* 2012, parte I, "Misurare il diritto".

<sup>32</sup> V. CH. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, Einaudi, Torino, 1976; CH. PERELMAN, P. FORIERS (eds), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978.

<sup>33</sup> L. PEGORARO, *La propaganda politica*, in AA.VV., *Studi Pedrazza Gorlero*, 2 voll., Esi, Napoli, 2015, II, *La libertà di informazione e la democrazia costituzionale*, p. 503 ss.

geografia, clima e produzione normativa, ed è di tutta evidenza che la conformazione del territorio influisce tanto sul diritto internazionale quanto su quello interno: orografia e idrografia lasciano segni importanti sia sull'evoluzione del linguaggio che sui costumi<sup>34</sup>. Sono da segnalare pure le connessioni tra geografia e antropologia (nonché i loro riflessi anche sulla ripartizione territoriale – a livello regionale e locale – e sulle variazioni territoriali).

## 5. Classificazioni

Perché classificare?<sup>35</sup> «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 [...] 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»<sup>36</sup>.

Le classificazioni aiutano la comprensione di fenomeni complessi, semplificando i dati del mondo reale mediante schemi concettuali che danno vita a modelli generali e astratti. 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 possibile.

Gli 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, c'è la tendenza a dividere il mondo in due classi: le democrazie (i buoni) e tutti gli altri (i cattivi). È evidente che il semplicismo clas-

---

<sup>34</sup> M. NICOLINI, *Legal Geography: Comparative Law and the Production of Space*, Springer, Cham, 2022. Sulla geopolitica, P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2013; M. LOSANO, *La geopolitica del Novecento*, Mondadori, Milano, 2011.

<sup>35</sup> E. ROSCH, B.B. LLOYD (eds), *Cognition and Categorization*, Erlbaum, Hillsdale, 1978; A. MARRADI, *Classificazioni, tipologie, tassonomie*, in *Enc. sc. soc.*, II, Treccani, Roma, 1992, p. 22 ss.; CH. EISENMANN, *Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique*, in *Arch. phil. dr.*, n. 11, 1966; M. TROPER, *Le classificazioni nel diritto costituzionale*, in ID., *Per una teoria giuridica dello Stato*, Guida, Napoli, 1998, p. 233 ss.

<sup>36</sup> U. SCARPELLI, *Classi logiche e discriminazioni fra i sessi*, in *Lavoro e dir.*, n. 4, 1988, p. 615 ss.

sificatorio 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, e si perde dunque l'opportunità di razionalizzare l'esperienza. L'iride è un buon esempio di classificazione: riconduce l'infinita varietà di colori a sette: né troppi, né troppo pochi, anche se ciascun colore si identifica, pur sfumando 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 comparativa<sup>37</sup>. Per classificare occorre servirsi di elementi pertinenti di aggregazione soggettivi, ma importanti. 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'altrezza media dei giudici.

La *fuzzy sets theory*, prospettata dal matematico 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»<sup>38</sup>.

Il metodo tradizionale usato per classificare con maggiore precisione è un “ri-taglio 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”<sup>39</sup>. Il suo van-

---

<sup>37</sup> G. TUSSEAU, *Classificazioni*, in L. PEGORARO (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Carocci, Roma, 2009, p. 29 s.

<sup>38</sup> S. BALDIN, *Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 10, 2012.

<sup>39</sup> A. MARRADI, *Classificazioni*, cit., p. 22 ss.

taggio consiste nella semplicità e nella chiarezza delle classi create, alle quali possono essere facilmente e inequivocabilmente assegnati nuovi elementi.

Il secondo metodo 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 rigidi<sup>40</sup>.

Così, nel prosieguo, una volta scelti gli elementi pertinenti, non classificheremo, per es., gli ordinamenti in "democratici" e "non democratici", ma una volta individuate le tante caratteristiche della democrazia parleremo di sistemi più o meno democratici, o più o meno autocratici, accettando parziali sovrapposizioni. Lo stesso varrà per il decentramento, la giustizia costituzionale, la rigidità delle costituzioni, ecc.

## 6. 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 ad archetipi ideali, a "ciò che deve essere"<sup>41</sup>. Il termine "modello", anche nel linguaggio comune, evoca l'idea di una classificazione, di una sintesi della complessità attraverso categorie logiche; l'espressione "modello" significa una 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 dinamica<sup>42</sup>. C'è chi afferma che «il trapianto di regole giuridiche è socialmente facile».

<sup>40</sup> R. NEEDHAM, *Polythetic Classification*, in *Man*, n. 3, 1975, p. 356.

<sup>41</sup> E. DI ROBILANT, *Modelli nella filosofia del diritto*, il Mulino, Bologna, 1968.

<sup>42</sup> E. AGOSTINI, *La circulation des modèles juridiques*, in *Rev. int. dr. comp.*, n. 3, 1990, p. 461 ss.; S. CHOUDHRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge U.P., New York, 2006; M. GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 458; R. TONIATTI, *La circolazione del diritto costituzionale*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 2, 2012, p. 115 ss.; M. CARDUCCI, *I "flussi giuridici" tra complessità transdisciplinare e geopolitica*, in *Rev. gen.*

Altri viceversa nega totalmente 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 diversa<sup>43</sup>.

La circolazione-imitazione di modelli giuridici può generare dall'immigrazione di un popolo in un altro territorio (trapianto), da una conquista (imposizione), da una azione volontaria (recezione). Spesso però si parla genericamente di trapianti per indicare qualsiasi modalità di circolazione; si usano anche termini quali (in inglese): “*transposition*”, “*borrowing*”, “*migration*”, e persino “*legal tourism*”, nonché “*cross fertilization*”<sup>44</sup>.

Nel suo significato più ristretto, un trapianto presuppone prima un “espianto”. 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. 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 inizia a circolare nel secondo dopoguerra tra i paesi europei comunisti: è il c.d. modello normativo sovietico.

Le recezioni volontarie comprenderebbero tutte le forme di circolazione residuali. Su tale piano, si manifestano nell'esperienza: imitazioni legali, quando il legislatore imita direttamente il modello prodotto da altro legislatore; imitazioni dottrinali, le quali operano a livello squisitamente teorico; infine, le imitazioni giudiziali, dirette o a mezzo di intermediari (la legislazione e soprattutto la dottrina). Nell'imitazione di istituti costituzionali, a volte prevarrebbe il prestigio del modello; altre, invece, la sua efficacia rispetto ai fini perseguiti.

---

*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, *Trasplantes, injertos, diálogos*, 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.

<sup>43</sup> Rispettivamente: A. WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche*, Esi, Napoli, 1984; ID., *The Making of the Civil Law*, Harvard U.P., Cambridge, 1981; e P. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplants*, in *Maastricht journ. eur. and comp. law*, n. 4, 1997, p. 111 ss.; ID., *Le droit comparé*, 5<sup>a</sup> ed., Puf, Paris, 2016.

<sup>44</sup> CHEN LEI, *Contextualizing Legal Transplant: China and Hong Kong*, in P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, Elgar, Cheltenham, 2012, p. 192.