

Come opera la macchina della diversità

Comparazione giuridica. Due studi misurano l'evoluzione del sistema

Negli ultimi anni gli Stati hanno perduto quota e con essi l'ostilità per i principi comuni

Sabino Cassese

Interesse per la comparazione degli ordinamenti giuridici nasce – secondo il nostro grande comparatista Gino Gorla – nel '500. Altri segnano la data di nascita al 1748, l'anno di pubblicazione dell'opera fondamentale di Montesquieu, *De l'esprit des lois*. Nel lungo percorso moderno della cultura comparatistica, quando sono finiti i “mondi comunicanti” e si sono affermati gli Stati con le loro barriere, sono divenuti dominanti due dogmi: la comparazione serve a mettere in rapporto istituzioni diverse, presuppone la diversità, ricerca più divergenze che concordanze; c'è la comparazione giuridica, non il diritto comparato, ovvero questo è un modo di studiare il diritto, non una branca del diritto.

Negli ultimi anni, i due paradigmi sono andati cambiando. Gli Stati hanno perduto quota, e con essi il dogma della diversità e l'ostilità per i principi comuni. Emerge la nostra incapacità di cogliere alcuni tratti comuni, ad esempio, la circostanza che due beni essenziali come la vita e la proprietà sono dovunque protetti (omicidio e furto sono sanzionati), sia pure in modi diversi, dovunque vi è qualche forma di esecutore imparziale della legge (un giudice), in quattro quinti dei Paesi del mondo vi è persino un giudizio costituzionale. La rottura del pregiudizio nazionalistico della comparazione non vuol dire che non vi siano differenze, ma queste discendono dalle diversità dei contesti, piuttosto che dalle diversità delle istituzioni.

Anche il secondo dogma vacilla, perché la comparazione diventa diritto comparato. Questo

processo avviene su base volontaria (quando le corti costituzionali indicano precedenti stranieri come vincolanti, o almeno esemplari), oppure su base necessaria (l'articolo 10 della Costituzione italiana, quando dispone che ha diritto di asilo lo straniero al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche o l'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea, quando fa discendere principi comunitari dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno entrare la comparazione giuridica nel processo di produzione del diritto e la fanno uscire dal mero dominio della scienza, perché danno alla comparazione una conseguenza pratica, una portata precettiva).

Chi voglia approfondire questi problemi (e capire dove va il mondo) dispone ora di due opere capitali, tanto diverse tra di loro, eppure con molti tratti comuni. La prima è la seconda voluminosa edizione di una raccolta di quasi cinquanta studi, opera di autori di molte parti del mondo, edita dall'Oxford University Press e curata con estrema precisione da due grandi maestri tedeschi (ma con esperienze varie di studio e di insegnamento in altre parti del mondo). L'opera è divisa in tre parti, dedicate alla disciplina, come si è sviluppata in molti Paesi; agli approcci, e cioè ai punti di vista e ai rapporti della comparazione con linguaggio, cultura, economia, religione, globalizzazione; ai temi, quali contratto, proprietà, famiglia, successioni, e aree come quella penale, amministrativa (importante sul diritto amministrativo, in particolare, il conciso e acuto contributo del cantabrigense John Bell), costituzionale (ma con prevalenza del diritto civile).

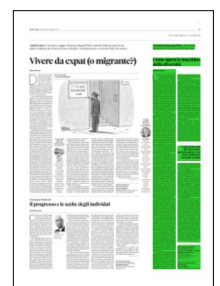
I saggi metodologicamente più importanti sono quelli di Gerhard Dannemann, di Patrick Glenn (aggiornato dai curatori) e di Michele Graziadei, che si pongono problemi quali: occorre studiare somiglianze o differenze, istituzioni nazionali, o loro famiglie o

tradizioni giuridiche? e come considerare recezioni, trapianti e prestiti tra sistemi giuridici, dovuti a imposizioni esterne o a influenze reciproche?

Questa opera, pur fondamentale, ha quasi inevitabili lacune e differenze interne. Il lettore avrebbe voluto maggiore attenzione alle famiglie e alle tradizioni comuni; avrebbe desiderato sentire maggiormente gli echi delle voci di maestri come Gino Gorla (in particolare sui “mondi comunicanti” e sui rapporti con la storia) e come John Merryman (in particolare sul concetto di tradizione e sui modelli folklorici), e meno quella del sostenitore della non-convergenza, Pierre Legend; sarebbe stato interessato a capire come il progresso della globalizzazione abbia influenzato scambi reciproci di diritti e istituzioni (le organizzazioni internazionali e sovranazionali sono costrette quotidianamente alla comparazione).

Il secondo volume, quello di Marco d'Alberti, compara un'area più limitata (Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti e Italia), un settore più ristretto (il diritto amministrativo) e un'epoca più breve (gli ultimi due secoli). Con scrittura ricchissima di riferimenti anche letterari e politologici e facendo tesoro dell'insegnamento gorliano sui rapporti tra storia e comparazione, D'Alberti analizza le distanze iniziali, le convergenze progressive dei quattro ordinamenti, i contesti europeo e globali.

La sua conclusione è che «la pretesa contrapposizione fra le virtù garantistiche della “common law” inglese e americana, da un lato, e i peccati di autoritari-



simo del diritto amministrativo francese ed europeo continentale dall'altro, è stata smentita». Il diritto amministrativo - conclude D'Alberti - è cambiato profondamente: da diritto molto diverso nei vari Stati è divenuto diritto con forte dimensione ultranazionale e consistente convergenza tra i sistemi amministrativi dei diversi ordinamenti.

Non è più vero che non vi sia alcun interesse nella comparazione di ciò che è identico e poco nella comparazione di istituzioni che non hanno nulla in comune. I problemi di oggi, quali scaturiscono da queste due importanti opere, riguardano il tramonto dell'epoca nella quale si riteneva che la cultura giuridica comune dominasse le differenze e che queste fossero variazioni su un tema comune; la fine dell'epoca nella quale si poteva applicare la legge di un Paese vicino; la nascita e lo sviluppo dell'idea di alterità; le ragioni dell'influenza straordinaria esercitata dal nazionalismo e dal positivismo sulla comparazione giuridica; il modo in cui opera la macchina della diversità, e, alla fine, le ragioni che dovrebbero spingere ad andare oltre la (sola) comparazione.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

**THE OXFORD HANDBOOK
OF COMPARATIVE LAW**
a cura di **Mathias Reimann,
Reinhard Zimmermann**
II edizione, Oxford
University Press, Oxford,
pagg. 1.403, £ 146

**DIRITTO AMMINISTRATIVO
COMPARATO**
Marco D'Alberti
il Mulino, Bologna, pagg. 230, € 21