

SISTEMI GIURIDICI COMPARATI

Goethe da una definizione di comparazione, secondo lui la comparazione non è che un modo comodo per l'ignorante per evitare di giudicare, in questa affermazione c'è una verità profonda, e cioè il comparatista fa tutto tranne che giudicare. Comparare ha un elemento che esprime parità il presupposto del lavoro del comparatista è proprio questa idea di parità, non posso mai partire dall'idea che ci sia un ordinamento migliore degli altri, parto dall'idea che tutti gli ordinamenti sono diversi ma che non sono altro che il riflesso della storia della società e rispondono all'evoluzione di questi. In questo atteggiamento neutro trovo uno degli elementi che caratterizza la ricerca comparatistica ossia un relativismo assoluto il comparatista deve essere pronto mettere in dubbio qualsiasi assioma, non deve dare niente per scontato es. non posso dare per scontato il significato di diritto, Il concetto di diritto ha conformazioni diverse a seconda degli ordinamenti. In Inghilterra è il frutto di un ragionamento che viene esplicitato all'interno di una sentenza, in altri ordinamenti il diritto è principalmente espressione di modelli di comportamento. Già quando si parla di diritto bisogna stare attenti in quanto la disposizione operativa di diritto è diversa.

Dire sistemi giuridici comparati è già un modo di essere parziali in quanto significa dare per scontato che il diritto esprime le regole della convivenza sociale, per capire le regole della convivenza sociale vado a vedere il diritto, ma ciò non è vero dappertutto ci sono molti ordinamenti in cui il diritto è un pezzo dell'insieme delle regole di convivenza sociale, non posso isolare il diritto rispetto ad altre forme, parlando di diritto ci stiamo già ponendo in un'ottica euro-americana in cui il fenomeno giuridico ha una sua autonomia e può essere utilizzato come oggetto di ricerca a sé stante, il giurista non ha questa autonomia, Il giurista deve andare a cercare quello che è il diritto nelle pieghe di sistemi più complessi ma deve anche tener conto che il diritto non può vivere senza altre regole es. l'art 2 della costituzione egiziana dice che la sharia è fonte.

La comparazione è una scienza che usa il metodo giuridico e in questo senso si può definire giuridica, l'oggetto di studio è il diritto anche se l'oggetto di studio è un po' spurio, la comparazione parte sostanzialmente dalla curiosità innata di un soggetto. Quando i giuristi romani guardano agli altri ordinamenti non si può dire che facciano comparazione in quanto manca il presupposto principale, non fanno comparazione mettendo alla pari, manca quindi il presupposto della parità. Partire dal presupposto che l'altro ordinamento non è necessariamente inferiore sposta l'inizio della possibilità di parlare di diritto comparato parecchio in là nel tempo, possiamo cominciare a parlare di diritto comparato non con la formazione degli ordinamenti giuridici statali nel 1648 con la pace di Vestfalia in quanto le condizioni sociopolitiche non sono compatibili con la comparazione giuridica perché la comparazione giuridica è l'esatto opposto del nazionalismo. Di diritto comparato si comincia a ragionare già dalla seconda metà dell'ottocento, nel 1869 viene fondata a Parigi la Société de législation comparée, Questa associazione è un primo Embrione di comparazione, cioè c'è l'idea che sia importante conoscere l'altro, è sicuramente un'associazione che rifiuta il nazionalismo. Tale associazione vuol però far comparazione con il presupposto che il diritto sia legislazione che è ovvio per il giurista francese ma molto meno ovvio per gli altri, siamo quindi proprio agli albori del diritto comparato. Le condizioni perché davvero si possa parlare di diritto comparato ci sono solo dopo la seconda guerra mondiale e limitatamente ad una parte del mondo perché vi sono le colonie è quindi non vi è parità bisognerà aspettare quindi il momento in cui la scienza giuridica comprata prende coscienza della decolonizzazione. Dopo la seconda guerra mondiale si ha una progressiva presa di coscienza dell'ottica di parità tra gli ordinamenti, Il diritto comparato in senso pieno infatti è una scienza che ha pochi decenni.

Differenze tra diritto comparato e le altre scienze giuridiche

Per quanto riguarda le discipline giuridiche positive esse guardano ad un ordinamento mentre strutturalmente il diritto comparato guarda a più di un ordinamento. Quando si parla di ordinamenti stranieri nelle discipline positive non si fa una comparazione ma si parla di acquisizioni comparatistiche al fine di meglio illustrare l'ordinamento, il comparatista utilizza invece le esperienze giuridiche positive per compararle e trarre delle conclusioni da questa comparazioni. Per quanto riguarda invece le discipline storiche la storia del diritto riguarda una pluralità di

ordinamenti la differenza è che lo storico fa una Comparazione diacronica, comparazione che si sviluppa nel tempo ma che riguarda un ordinamento ad esempio la comparazione tra Repubblica e impero, il comparatista fa invece una comparazione sincronica, guarda agli ordinamenti per come sono oggi. La comparazione giuridica postula l'attività Prodromica dello storico, lo storico fa un'attività necessaria anche al comparatista e non solo al giurista positivo, il comparatista si inserisce fra lo storico il giurista positivo perché ha bisogno dell'apporto dello storico per capire a grandi linee gli ordinamenti che compara.

Un obiettivo del diritto comparato è quello di spiegare perché un ordinamento è così. es. il presidente della repubblica ha un mandato di 7 anni perché è una recezione della soluzione francese, nel 1875 la Francia è devastata dopo la guerra franco prussiana è necessario edificare un nuovo sistema, c'erano gli Orleanisti monarchici, i filo borbonici monarchici, i napoleonici bonapartisti e i repubblicani, la maggioranza era monarchica ma questi discutevano tra di loro per decidere chi sarebbe dovuto salire al trono, uno dei borbone sarebbe dovuto essere l'erede al trono ma era molto anziano pertanto i monarchici accettano un emendamento fatto dei repubblicani per rendere elettivo il capo dello stato dandogli un mandato di 7 anni (emendamento che vince con un voto di maggioranza). Sette anni sono quindi un termine sufficiente a che la situazione Politica cambi e per dare stabilità alla presidenza.

Un altro obiettivo è quello di migliorare un ordinamento, Comparare oltre che a mettere alla pari significa anche conoscere perciò se conosco senza pregiudizio la comparazione può servire per migliorare. Determinate soluzioni che trovo un ordinamento sono soluzioni più performanti rispetto a quelle che ho nel mio. Es. se analizzo la stabilità dei governi e faccio una comparazione tra l'Italia e la Germania mi accorgo che i cancellieri tedeschi nel secondo dopo guerra si contano con le dita delle mani per contare invece i presidenti del consiglio italiano serve un pallottoliere, c'è qualcosa nell'ordinamento tedesco che assicura una maggiore stabilità degli esecutivi rispetto a quello che c'è italiano una ragione potrebbe essere la presenza della sfiducia costruttiva secondo la quale non si può sfiduciare un governo se non c'è pronto il sostituto, questo è stato applicato anche in Spagna. Il comparatista in questo caso non spiega l'ordinamento italiano ma trova una possibile soluzione per migliorarlo.

Il comparatista ha inoltre l'obiettivo della omogeneizzazione tra gli ordinamenti, obiettivo molto complesso ma importantissimo, ci sono ordinamenti in cui la comparazione serve come omogeneizzatore, la comparazione può sempre servire come omogeneizzatore in quanto fa conoscere, ma in questi casi la comparazione serve per creare delle unificazioni ha quindi una portata molto concreta, ad esempio le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'UE risultano essere fonti primarie del diritto dell'UE e sono tradizioni comuni in quanto stabilito dalla corte di giustizia che si basa sull'attività comparatistica. In questo caso il comparatista ha ruolo di rintracciare il diritto positivo per il resto ha una funzione servente.