MASTER COPY
Tel. 050 8312126
Cell. 388 9837745

SISTEMI GIURIDICI -TARCHI
non frequentanti
-tradizione giuridica occidentale 2018
-dispensa diritto islamico su e Learning
-**frequentante:** capitolo tradizione di common law sul libro + appunti. preappello primi di maggio
il corso finita prima di pasqua.
martedì dalle 15:45 e poi alle 17:30
ricevimento mercoledì pomeriggio piazza dei cavalieri

18 febbraio

CONCETTO DI COMPARAZIONE
comparazione, cosa vuol dire? vuol dire paragone, confronto . comparare significa confrontare , pendere in considerazione due o più fenomeni giuridici e dal loro confronto evidenziare quelle che sono le analogie e le differenze che intercorrono tra questi fenomeni. comparare significa far emergere le somiglianze ma anche le differenze che allo stesso modo si pongono. la comparazione consente agli studi giuridici di svilupparsi in una dimensione ulteriore rispetto a come li abbiamo finora considerati.
-la prima dimensione degli studi giuridici è il diritto positivo: valuta come un istituto è considerato.
-la seconda dimensione degli studi giuridici è la prospettiva storica che ci fa capire come è nato quell'istituto e l'evoluzione che ha avuto nel tempo.
-in terzo luogo il diritto può essere studiato nella dimensione teorica:ad esempio, perché nasce lo stato?ce lo spiega Hobbes, Locke ecc ecc. ciascuno all'epoca in cui ha elaborato le dottrine ci dice il fondamento delle istituzioni.
la comparazione è la seconda dimensione rispetto alle altre perché consente di sviluppare il diritto dell'ordinamento confrontando con gli altri ordinamenti, ad esempio comparando la disciplina del contratto nostro con quello francese o inglese. attraverso l'individuazione di ciò che è simile possiamo capire alcuni profili.
Di recente, sull'onda della scuola di Chicago è emersa una quinta dimensione che affrontano *l'analisi economica del diritto* e cioè l'impatto, capire quale è il costo di una determinata disciplina piuttosto che un altra. oggi si prescrive ad esempio che ogni progetto di legge sia determinato dall'impatto finanziario.
qual è la differenza tra il diritto comparato e le altre dimensioni? il diritto comparato hanno una natura positiva, non vanno a vedere il fondamento, l'obiettivo è confrontare le diverse discipline esistenti. la comparazione può essere
SINCRONICA: vedere due oggetti per come oggi sono disciplinati
DIACRONICA: guardare all'evoluzione storica degli istituti considerati.
anche quando si tratta di comparazione diacronica la finalità ultima è arrivare sempre alla disciplina attuale, non si studia la storia per rimanere nella storia.
esempio: non potrei mai capire la struttura del common law inglese se non parto dal modo in cui è nato e cioè dai write.
c'è un altro aspetto che fa capire i cardini del common, nel diritto inglese non si scinde il diritto sostanziale dal processuale, il sostanziale esiste solo se c'è un giudice che può applicarlo.
per avere una visione completa, tutte le dimensioni devono essere valutate: la teorica, la storica, la disciplina e la comparazione che oltre al confronto registra il profilo della diffusione di un istituto giuridico; quanto è diffuso? in quanti e quali ordinamenti?
la comparazione serve a capire l'estensione anche dal punto di vista geografico che gli istituti sono riusciti ad acquistare.
la comparazione ha pero dei **presupposti** dai quali **non** si può **prescindere**

1. è necessario che esistano più elementi (ordinamenti e istituti) per comparare (concetto di ordinamento: sistema costituito da soggetti che rispetta determinate norme, che regolano la vita dei soggetti facenti parte dell'ordinamento, l'ordinamento persegue delle finalità).
2. omogeneità relativa dei soggetti che vengono comparati, io posso comprare facendo un esempio tra i mille possibili (mela renetta con mela golden, due specie dello stesso genere. mela vs pera posso compararle facendo un confronto, non posso ovviamente comparare oggetti disomogenei come la mela e il maglione.) questa regola dell'omogeneità riguarda ovviamente anche la comparazione giuridica —> si sviluppa tra ordinamenti di solito di dimensione statuale come ad esempio ordinamento della italia-germania-francia o ordinamento inglese-americano. la comparazione è fatta anche tra ordinamenti che hanno natura diversa. il diritto islamico ad esempio non ha una dimensione statuale, sono una comunità. se comparo il nostro con il diritto islamico e prendo in considerazione ad esempio il matrimonio non lo faccio tra diritti di stati ma tra uno stato e un altro che ha una dimensione più ampia, trasversale. questa diversità relativa non impedisce in ogni caso la comparazione. il diritto statale viene in comparazione con altri ordinamenti che si sono nel periodo più recente consolidati, nessun ordinamento può prescindere dal diritto dell'unione. la presenza di stati nella dimensione sovranazionale rimane prevalente, gli stati che si autoproclamano tali sono 206, 5 di questi non sono considerati tali e 196 aderenza alle nazioni unite.

3. in un discorso di macro-comparazione possono comparire gli enti territoriali interni ovvero le province canadesi, le comunità autonome spagnole ecc. quando parliamo infatti di omogeneità facciamo riferimento anche agli enti sovrastatuali, organizzazioni sovranazionali o sistemi di diritto che hanno un antica tradizione come il diritto islamico o il diritto indù. la comparazione giuridica è possibile tra questi soggetti.

parlavamo di **macro-comparazione:** il nome di questa disciplina è sistemi giuridici comparati che è caratterizzante dei contenuti della disciplina stessa .

nasce prima il diritto privato comparato che nel contesto europeo mette a confronto le discipline codicistiche e solo successivamente la comparazione si è estesa agli istituti del diritto pubblico utilizzata inizialmente per confrontare le forme di governo e le forme di stato. In Italia la comparazione pubblicistica ha scontrato dei ritardi enormi rispetto a quanto avvenuto in altri paesi perché alla fine del 19 secolo Vittorio Emanuele Orlando teorizzò che il metodo giuridico doveva essere positivista e dogmatico, contava solo la teoria trascurando tutto il resto. la chiusura verso la comparazione si rafforza ovviamente durante la dittatura fascista. è soltanto dalla fine degli anni 50 del secolo scorso che la comparazione viene ripresa per lo studio di nuovi istituti, non solo forme di governo o di stato ma anche per esempio i diritti di libertà che come sappiamo è integrata all interno dei sistemi come la convenzione europea dei diritti dell'uomo e cosi via. questa storia fa capire che questo dogma abbia reso tardiva la diffusione della comparazione, solo 15 anni fa il diritto comparato divenne obbligatorio.

tradizionalmente si parte da una bipartizione:
privato comparato :civilistica
pubblico comparato: pubblicistica
la comparazione non è pero un insieme della disciplina privatistica e pubblicistica anche perché sarebbe impossibile per un compartiste conoscere a menadito le due discipline più tutti gli ordinamenti. la comparazione non è altro che la sintesi dei problemi di essi.

MACRO-COMPARAZIONE—>
CI RIFERIAMO AL COMPLESSO DEI PROBLE I GENERALI DALLA CUI SOLUZIONE SO RICAVANO I CONNOTATI ESSENZIALI DEI SINGOLI ORDINAMENTI, ciò che porta poi a costruire le famiglie dei sistemi giuridici.
spieghiamoci meglio: il sistema giuridico è un insieme di regole di un ordinamento, vedendo i tratti comuni e le differenze posso poi raggruppare ogni sistema in un gruppo più ampio che chiamiamo famiglia e quindi distinguendo le famiglie per i quali le analogie sono minori rispetto alle differenze. esempio: prendo come criterio ordinatore la presenza di un c.c posso creare la famiglia della tradizione codicistica dalla famiglia non codicistica.
ciò che differenzia i sistemi giuridici tra loro non sono tanto le regole di diritto positivo, ma le tecniche, i concetti, le categorie generali che corrispondono a una determinata cultura più generale, la mentalità che prevale in una società. se distinguo la famiglia di soviet law cioè quelle regole che caratterizzavano l unione sovietica e altri ordinamenti che hanno ripreso quel modello il riferimento principale sta nell'ideologia, vediamo che c'è un riferimento ideologico. perché in Inghilterra non si è mai arrivati all'adozione di un codice? in particolare i positivisti ne hanno discusso a lungo, proposero in più riprese di tradurre in inglese il codice di Napoleone perché a loro giudizio era un sistema ordinato rispetto a quello di common ad es che si è evoluto per stratificazioni successive e quindi confuso. prendere un modello efficiente era più semplice e trapiantarlo. si arriva pero a una soluzione diversa: SEMPLIFICARE IL SISTEMA DI COMMON, semplificazione del sistema giudiziario. un sistema come quello inglese ha sempre utilizzato un **sistema induttivo—>** cosa si intende per sistema induttivo? si fa un esperimento, se i risultati coincidono si elabora una regola generale. il metodo induttivo portato al diritto porta a vedere la regola dal caso concreto.
da un lato abbiamo il sistema induttivo e dall'altro il
metodo deduttivo—> io ho una fattispecie astratta definita dal legislatore una volta per tutte alla quale devo riportare le fattispecie concrete che rientrano in quella previsione. il metodo quindi non è dal particolare al generale come nell'induttivo ma dal generale al particolare che si applica in matematica. il trapianto un sistema completamento diverso diventa difficile ance per una questione banale, per il modo in cui il diritto viene studiato e per il modo in cui i giuristi si formano. i giuristi dell'800 si formavano studiando i casi, i giuristi inglesi si formavano studiando il codice.
nei corsi di diritto americani ancora oggi non ci sono manuali come i nostri che sistematizzano una materia, i manuali dove si formano sono manuali dove vengono riportati decisioni della corte suprema.
quando noi parliamo di sistemi giuridici e parliamo di macro comparazione facciamo riferimento ai metodi con il quale il diritto viene insegnato, che ha radici storiche e che difficilmente può cambiare. alla macro-comparazione va aggiunta la micro comparazione che ha come oggetto il confronto tra istituti particolari, se io mi occupo di responsabilità del medico devo tener conto sia del nostro ordinamento che come funziona in altri, mi occupo pero di una materia speciale.
c'è una terza comparazione che si chiama meso-comparazione : considera una parte importante di un sistema, faccio una comparazione a metà tra la micro e la macro. vedo se ci sono i sistemi elettorali vedo se c'è la democrazia diretta, quali sono le corti, vedo una pluralità di questioni.
attenzione pero, perché se comparare significa confrontare, bisogna distinguere la comparazione giuridica dallo studio del diritto straniero, il diritto comparato e il diritto straniero non coincidono, per compararli si è soliti far riferimento alla metafora dei mattoni e del cemento, per costruire il muro servono i mattoni che coincidono con le regole di ogni ordinamento poi pero il muro per stare in piedi hanno bisogno di qualcosa che li unisca, il cemento, l'analisi comparativa.
Le **origini** della comparazione moderna è il 1900, non è che prima non si comparasse , alcuni addirittura dicono che la cooperazione sia antica come il diritto stesso. prima di allora la comparazione viene usata come un metodo senza averne la consapevolezza ne senso che uno studioso lo usa per perseguire finalità che in quel momento non le interessano, la comparazione è un mezzo non un fine, alcuni esempi di comparazione inconsapevole potrebbero essere: Solone 6 secolo a.C per modificare il corpus delle leggi di Atene ormai inadeguate, abbia prima girato tuto il mondo per conoscere le regole del altri, per capire tra quali può trovare le più adatte per il governo della città di Atene.

MASTER COPY
Tel. 050 8312126
Cell. 388 9837745

19 febbraio

FORME DI COMPARAZIONE INCONSAPEVOLE

ci eravamo occupati di due legislatori che avevano modificato il proprio ordinamento che si documentano su cosa fanno gli altri.

questa modalità di comparazione è stata di più utilizzata sul versante degli studi a cominciare da **Aristotele**, che in uno dei suoi scritti più importanti "la politica" elabora una teoria delle forme di governo distinguendo sei forme di governo , tre buone e tre cattive.

buone/rette:

-aristocrazia:

-elite:

-politèia: democrazia piena dove i cittadini scelgono il loro governante.

MASTER COPY
Tel. 050 8312126
Cell. 388 9837745

queste forme che possono tutte funzionare bene in base ai contesti

queste tre forme possono subire delle variazioni. l'aristocrazia può trasformarsi in monarchia dove il re diventa un soggetto che limita le persone , l'aristocrazia può diventare oligarchia visto che è un complesso aperto e la politeia può trasformarsi in democrazia.

questa è **LA PRIMA TEORIA DELLA FORMA DI GOVERNO**, non nasce per caso, la tipizzazione è la conseguenza di uno studio analitico che Aristotele realizza nella sua opera mettendo a confronto la costituzione degli stati. Aristotele utilizza un metodo, proporre l forma migliore di governo per l'Atene del suo tempo (fa una comparazione inconsapevole.)

Montesquieu pure molti secoli 19 SECOLO dopo individua forme di governo, formula il PRINCIPIO DELLA DIVISIONE DEI POTERI. come arriva a formulare questo principio§? attraverso il metodo comparativo, studia le formazioni inglesi approdate dopo il bill of right che articolano il potere dello stato tra più soggetti, troviamo un parlamento elettivo formato da due autorità, c'è un potere esecutivo gestito dal re, i giudici che hanno acquisito un indipendenza incredibili infatti sono autonome dal re. Montesquieu coglie il senso, ci sono dei contrappesi. addirittura lo propone ad altri stati. è una comparazione utilizzata per finalità di politica del diritto.

CONSOLIDAMENTO DELLA COMPARAZIONE

la scienza del diritto comparato come abbiamo già detto si consolida nel 1900 anche se nell'89 a Parigi viene istituita la società di legislazione comparata. un ente formato da studiosi, da giuristi avevano come compito istituzionale confrontare la legislazione civile dei diversi paesi europei. nei primi anni prevale la scuola delle **esegesi**, dove i giudici e gli studiosi erano vincolati all'interpretazione letterale delle disposizioni codicistiche. in Francia ebbe un grande successo e fino a metà 800 è stato il metodo per studiare il diritto civile. trascorso mezzo secolo, tenendo conto dell'evoluzione sociale in ambito familiare, nei rapporti tra persone e nei rapporti commerciali cominciava perdere un po il passo, doveva essere reinterpretata. come affrontare pero questo problema? una delle modalità è aprire la mente e vedere gli altri come si sono regolati. questo ricorso al metodo comparativo poteva offrire elementi di conoscenza utili a risolvere problemi di interpretazione. nel 1900 c'è quindi un attività che gli studiosi hanno avvertito nel campo della comparazione. nel 1900 si tiene a Parigi il primo congresso di diritto comparato con obiettivo affrontare il problema della comparazione se deve essere cioè utilizzata come metodo o proprio come scienza autonoma. se è solo un metodo significa che i giuristi utilizzano la comparazione ognuno per i proprio fini, i civilista per il civile ecc ecc. in questo congresso invece si dice che il diritto comparato ha una propria autonomia, perché ha delle finalità proprie prescindendo dalla parcellizzazione delle discipline. questa tesi ovviamente viene sostenuta dai principali giuristi francesi.

la comparazione viene considerata come lo strumento privilegiato per superare le barriere degli stati e costruire un diritto universale come fattore per preservare lo sviluppo economico e creare un clima di convivenza pacifica tra gli uomini. è un pensiero pero che precorre troppo i tempi, infatti la risposta sarà lo scenario delle due guerre mondiali. perché in questo momento storico (1900) comincia ad essere matura la comparazione? perché in questa fase? storicamente possiamo dire che prima del 1648 in Europa esisteva una sorta di sistema giuridico di diritto comune, non c'era un diritto nazionale perché non esistevano gli stati. gli stati nazione come li intendiamo noi hanno origine dopo la pace di Westfalia. quando c'è un diritto unico è difficile quindi comparare perché non serve, dal momento in cui vengono ad esistenza gli stati allora inizia ad essere possibile. in questa fase storica pero succede che bisogna formare gli stati e ognuno ha una visione che riguarda se stesso, ogni stato deve auto-costruirsi. quindi c'è questo nazionalismo giuridico che prosegue fino al 1800 da li in poi si sente il bisogno di fare dei confronti.

possiamo concludere dicendo che la disciplina dl diritto comparato è fondata su un metodo antichissimo ma come scienza è stata percepita solo in epoca recente. il diritto comparato è quindi una disciplina autonoma e giuridica positiva poiché il punto di riferimento è il diritto vigente in ogni ordinamento.

di cosa si occupa la scienza del diritto comparato?

una sintesi dei contenuti di questa disciplina sono enunciate dalle **TESI DI TRENTO** che possono essere considerate un manifesto sulla scienza della comparazione. il testo che propone 5 tesi, ciascuna delle quali espone un principio, si propone di descrivere il metodo del comparatista. furono elaborate da Rodolfo Sacco e furono poi sottoscritte da un gruppo di autorevoli.

- PRIMA TESI: è fondamentale, la più importante perché ci indica quello che è il fondamento della scienza comparatistica, il compito della comparazione senza la quale non sarebbe scienza è l'acquisizione di una **conoscenza del diritto.** serve per sapere le cose. la scienza della comparazione anche se si limita confrontando due istituti diversi a

incrementare il tasso di conoscenza su oggetti studiati. poi lo stesso comparatista può dire che un ordinamento giurisprudenziale è migliore di altri, ma questo è un di più non sarebbe proprio necessario. questa limitazione della scienza alla conoscenza non è condiviso da tutti. per esempio studiosi fiorentini come Cappelletti ha sempre sostenuto che l interesse dei comparatisi dovesse essere finalizzata alla ricerca di soluzioni come strumento di politica del diritto per risolvere i deficit di un ordinamento giuridico. quindi per Cappelletti il giurista non deve solo dimostrare di conoscere. Cappelletti è il primo a studiare i sistemi di giustizia costituzionale e studiando i diversi ordinamenti individua in un istituto che esisteva solo in Germania (ricorso individuale a tutela dei diritti fondamentali della persona) l'accesso alla giustizia costituzionale, il diritto di ogni individuo di chiedere alla corte. questo istituto non esisteva e non esiste ancora oggi in Italia. possiamo vedere che Cappelletti quindi individua la soluzione migliore

-SECONDA TESI: detto criterio di validazione. la comparazione si rivolge ai vari fenomeni giuridici concretamente realizzati nel passato(diacronica) o nel presente (sincronica). in questo senso la comparazione ha lo stesso criterio di validazione delle scienze storiche

-TERZA TESI: differenza tra il diritto comparato, diritto straniero e la differenza di fare una differenza tra sistemi giuridici considerati . non produce risultati finche non si misurano le differenze he intercorrono fra i sistemi giuridici considerati. non si fa comparazione finche ci si limita agli scambi culturali.

la seconda e la terza tesi riguardano un problema: quando si svolge la comparazione bisogna stare attenti a non limitare indagini a quella che gli americani chiamano diritto scritto ma deve essere considerato diritto per come viene concretamente applicato dagli operatori giuridici (law in action). quando si fa comparazione bisogna stare attenti a evitare che l attenzione sia limitata al testo scritto senza tener conto di come è applicato perché si potrebbe leggere una norma, interpretarla senza sapere quai effetti produce.

-QUARTA TESI: la conoscenza dei sistemi giuridici in forma comparativa ha il merito di controllare la coerenza dei vari elementi presenti in ogni sistema. in specie controlla le regole operazionali (regole che vengono applicate) presenti nel nostro sistema compatibili con proposizione teoretiche elaborate per rendere conoscibili le regole opzionali.

-QUINTA TESI: la conoscenza di un sistema giuridico non è monopolio del giurista appartenente al sistema dato: se da una parte è favorito dall'abbondanza di informazioni, sarà impacciato più di ogni altro dal presupposto che gli enunciati teoretici presenti nel sistema siano coerenti con le regole operazionali del sistema considerato.
chi vive in Italia e conosce il sistema italiano sa tantissime cose ma questo eccesso di conoscenza può essere pregiudizievole perché non c'è il giusto distacco che si deve avere per svolgere un analisi più possibile oggettiva.
queste tesi sono semplicemente enunciazioni che sintetizzano il lavoro del comparatista. collegandoci da questo passiamo a parlare dell'

MASTER COPY
Tel. 050 8312126
Cell. 388 9837745

UTILITÀ DEL DIRITTO COMPARATO
LA comparazione può assolvere astrattamente a 4 finalità:

1. posso comparare per conoscere, la comparazione come elemento di conoscenza
2. 2. utilizzare la comparazione come strumento di politica del diritto
3. ricorrere alla comparazione come criterio interpretativo, come ausilio per l interpretazione delle norme
4. uso della comparazione può servire in casi eccezionali a integrare gli ordinamenti giuridici tra loro ovvero a produrre norme giuridiche nuove.

quattro finalità per le quali il diritto comparato può essere utilizzato.
1l'elemento della conoscenza (come ha detto Sacco) e cioè confrontare ordinamenti giuridici fa emergere meglio le differenze e le analogie degli ordinamenti. ma la finalità va oltre non è solo sapienza, ci permette di sapere qual è il posto che viene riconosciuto al diritto all interno delle diverse società rispetto ad altri fattori quali l'ideologia, la cultura e la religione. che rapporto c'è tra religione e diritto? ci può essere un rapporto di separazione, un immedesimazione (regole religiose sono anche regole giuridiche) non c'è una netta separazione fra i due. la religione ha una sua autonomia? si, in Italia ad esempio chi fa il letterato non fa il giurista. esempi spiegano come il diritto abbia un carattere relativo e la sua importanza e il suo ruolo siano percepiti diversamente a secondo della tradizione . in Europa è una cosa, in Cina è un'altra cosa. questa diversità di ruolo di percezione affonda le radici nella tradizione dalla quale non si può prescindere e che porta a volt a problemi di spessore. ad esempio nel 1986 su impulso del presidente Ping la Cina si apre al mondo occidentale per il commercio, un regime comunista che fino a quel momento evitava le relazioni internazionale. per aprirsi ai commerci internazionali si decide di approvare una legge, una disciplina di massima dei contratti, delle obbligazioni.. materie che non erano fino a quel momento oggetto di diritto . per farlo si riprendono modelli europei come quello tedesco. si pone pero un problema lessicale parche la Cina si pone come diritto soggettivo, in Cina manca la parola diritto perché il rapporto individuo-società e individuo-stato è in termini di doveri obblighi, diventa quindi difficile trapiantare la disciplina che ha come centro di tutto il diritto. si fa una parafrasi quindi di cosa si intende per diritto. il fatto che in Cina non ci sia la parola diritto è collegata al principio di armonia piche dal momento che dico questo è mio, rompo l'armonia con il gruppo e diventa inconcepibile dal punto di vista teorico e ideologico.
2la comparazione come elemento di politica del diritto: la comparazione la fanno gli studiosi, cappelletti proponeva l adozione di un istituto, prima ancora viene operata dalle corti cosi come dai legislatori.
nel 20 secolo è un problema che si ripropone con le costituzione, ci sono 4 cicli costituzionali: costituzione di Waimer due costituzioni kelseniane, costituzione spagnola. se vado a vedere ad esempio come nasce la cost spagnola vediamo

che i contenuto sono un mix che cerca di riprendere le migliori soluzioni adottate da quelle precedenti, ci si ispira al sistema tedesco che è il più perfezionato, lo stesso accade per le forme di governo, per il sistema giudiziario invece si fa riferimento al sistema italiano. in parte ci si ispira in parte si trattiene la propria tradizione

3 Comparazione come criterio di interpretazione delle norme giuridiche esistenti

Noi sappiamo che ci sono dei criteri che hanno in primo luogo un valore logico che sono utilizzati dagli interpreti nel momento in cui devono applicare una disposizione di legge.

Addirittura nel nostro ordinamento c'è una norma nelle disposizioni preliminari del codice civile l'articolo 12 che ci indica che la legge va interpretata tenendo conto: delle parole usate dal legislatore, dalla volontà che si è inteso perseguire al momento dell'approvazione della legge, poi al secondo comma richiama i principi dell'analogia legis e della nomologia iuris.

Si tratta di una previsione abbastanza inconsueta gli altri codici a partire da quello francese o quello tedesco non hanno disposizioni sui criteri da utilizzare per interpretazione delle norme giuridiche, perché sono in qualche modo superflui si tratta della "positivizzazione" di principi che operano di per sé e che hanno un fondamento essenzialmente logico.

L'enunciazione dei criteri da utilizzare per l'interpretazione degli atti normativi, perché altri sono i criteri da utilizzare per l'interpretazione delle consuetudini o per l'interpretazione dei precedenti giudiziari noi stiamo parlando di formule testuali che sono strutturate secondo le caratteristiche tipiche delle disposizioni di legge quindi articoli, commi, ecc...

I criteri di base per l'interpretazione delle norme dispositive furono formulati all'inizio del 19esimo secolo da Savigny il quale ne individuò quattro:

1-*criterio grammaticale o letterale*: quello che fa riferimento alle parole usate dal legislatore;

2-*criterio logico*: le norme non devono essere in contraddizione, non devono esprimere significati irrazionali;

3-*criterio storico*: nel quale fa parte anche la volontà del legislatore, le ragioni per cui si è intervenuti, quali sono i difetti della legislazione precedente che magari è stata abrogata e si sono voluti correggere: quindi sta ad indicare il percorso evolutivo del sistema normativo;

4-*criterio sistematico*: che impone all'interprete di non considerare la norma come una norma desolata ma all'interno di un contesto ordinamentale più ampio perché vi sono altre previsioni di pari livello o di livello addirittura superiore in certi casi che non devono entrare in contrasto tra loro. (es. interpretazione in base ai criteri costituzionali).

Questi criteri riguardano soltanto quelli che noi consideriamo e definiamo ordinamenti di civil law perché in realtà i criteri di interpretazione della State Law del diritto legislativo all'interno degli altri paesi di common law sono diversi. Ma anche gli inglesi ad esempio erano obbligati ad utilizzare questo criterio nei confronti delle norme comunitarie, perché le norme comunitarie devono essere interpretate secondo questi criteri.

Ora cosa c'entra il diritto comparato con quanto fin ora abbiamo detto? Il diritto comparato da un certo periodo in poi i criteri di interpretazione sono stati presi in considerazione da parte dei giudici. Quindi le corti costituzionali per esempio quella portoghese che deve risolvere il problema della legittimità o meno delle disposizioni legislative che disciplinano l'interruzione della gravidanza, richiama i precedenti della corte suprema degli Stati Uniti.

Ci si accorge a partire da un certo momento in poi che ordinamenti giuridici riferiti a società che presentano lo stesso livello di sviluppo e condividono valori tendenzialmente simili hanno problemi giuridici più o meno coincidenti. E in alcuni paesi questi problemi vengono affrontati prima che in altri, sia dal punto di vista legislativo che dal punto di vista giurisprudenziale, e quando un giudice si trova in mancanza di materiali che possono aiutarlo a decidere il caso interno al proprio ordinamento va a verificare cosa hanno fatto gli altri per capire se è possibile utilizzare dei ragionamenti giuridici che si sono imposti in altri ordinamenti. La corte portoghese si accorge che il percorso argomentativo seguito dalla corte suprema è valido, coerente, in quanto da attuazione a principi che fanno parte della costituzione portoghese.

Questo fenomeno che nasce in modo empirico viene a un certo momento teorizzato da Peter Häberle il quale in alcuni saggi, che risalgo agli anni 80 del secolo scorso, teorizza che la comparazione giuridica è diventata il quinto canone di interpretazione che si aggiunge ai quattro tradizionali formulati da Savigny.

In Italia questo fenomeno è meno diffuso ma non c'è dubbio che se guardiamo alla corte costituzionale ci sono sentenze importantissime una su tutte è la sentenza n. 1/2014 quella che dichiara la legittimità costituzionale del *porcellum* (la legge elettorale precedente a quella attuale) argomentando una delle obiezioni in cui si sosteneva che la corte costituzionale non poteva decidere sulla costituzionalità in quanto queste sono materie di competenze politiche, la corte costituzionale contesta affermando che non è vero perché altre corti hanno fatto così e cita esempi della giurisprudenza costituzionale tedesca. Altro esempio è la sentenza numero 70/2015 la corte avendo necessità di modulare nel tempo i difetti della propria decisione, cioè di limitare la portata retroattiva dell'annullamento della legge che venne dichiarata incostituzionale, e quindi adottando una sentenza che aveva effetti solo sotto un profilo, potere non riconosciuto alla corte dal diritto italiano, la corte afferma che si fa così ma perché lo fanno anche altre corti: ossia hanno la possibilità di modulare gli effetti temporali delle decisioni di accoglimento quando sono chiamati a bilanciare principi costituzionali da loro compiuti. La norma è incostituzionale ma se decadesse retroattivamente produrrebbe una situazione di incostituzionalità ancora più grave: perché ci sono da restituire dei soldi e questo ricadrebbe sull'erario pubblico, e quindi si riconosce il diritto ma non lo si riconosce da oggi in poi.

Questa facoltà di tenere un comportamento perché tenuto da altre corti è stata molto discusso perché applicare il diritto nazionale con argomenti tratti da esperienze giuridiche diverse pone dei problemi di compatibilità e soprattutto impatta sul principio democratico. Il giudice difatti è chiamato ad applicare le leggi che sono fatte da un parlamento eletto dai cittadini, non ad applicare diritto nel modo in cui è stato deciso in altri stati. Tant'è vero che su punto vi sono opinioni molto discordanti del potere delle corte di questa natura. La corte suprema degli stati uniti ha fatto più ricorso a elementi di diritto comparato ma da un certo momento in poi uno dei suoi giudici più influenti, che è il sostenitore della dottrina del cd "originalismo" una dottrina seconda la quale i testi normativi a cominciare dalle costituzioni, dovrebbero essere interpretati ed applicati tenendo conto del significato originario che gli si era voluto attribuire. La costituzione americana quindi dev'essere interpretata attribuendole significati che avevano voluto attribuirgli i membri della convezione di

MASTER COPY
Tel. 050 8312126
Cell. 388 9837745