

Diritto pubblico comparato ed europeo

Introduzione: oggetto, metodo,
famiglie giuridiche

Cos'è il diritto pubblico comparato?

- L'espressione designa una branca (un ambito) interno agli studi giuridici.
- Ci si propone di studiare, **ricorrendo al metodo comparato**, l'organizzazione e il funzionamento del pubblico potere (statale, ma anche sovranazionale, come l'Unione europea), le relazioni che esso instaura con la società, delle modalità mediante le quali essa realizza siffatte relazioni concorrendo a soddisfare gli interessi della stessa.

Comparazione giuridica

- Si può qualificare come una **operazione intellettuale di raffronto tra ordinamenti, istituti e normative di diversi ordinamenti che, ove si compiuta con metodo sistematico e utilizzando il metodo giuridico, assume le caratteristiche della disciplina scientifica**

Esso si compone di due grandi aree

- **diritto costituzionale comparato e**
- **diritto amministrativo comparato**

Le quali studiano:

- L'organizzazione e funzionamento del pubblico potere
- Le relazioni che esso instaura con la società
- Le modalità mediante le quali si realizzano le relazioni

La definizione richiede due precisazioni:

- Con “pubblico potere” intendiamo ancora primariamente lo Stato – e, tuttavia, l’indagine sembra doversi spingere più oltre, per ricomprendervi anche le organizzazioni sovranazionali a carattere regionale, come l’Unione europea: essa, infatti, ha portato all’emersione di **spazi giuridici comuni transnazionali (non più limitati o limitabili alla sfera dello Stato)**, anche se, va precisato, che ciò non ha comportato il venire meno dello Stato (che rimane, come vedremo, il principale oggetto di studi della comparazione giuridica nel diritto pubblico), ma solo il ridimensionamento del principio di sovranità-esclusività di questo.
- Nel campo del diritto pubblico, la comparazione assume caratteri particolari rispetto a quella condotta nel diritto privato: al centro vi stanno le istituzioni politiche e il pubblico potere nonché la posizione degli individui e dei gruppi in relazione al potere pubblico.

Diritto costituzionale comparato

- **Esso ha ad oggetto le costituzioni degli stati del periodo storico contemporaneo studiate con il metodo comparato.**

In particolare, il diritto costituzionale comparato si concentra:

- Sull'organizzazione e il funzionamento del pubblico potere :
- Le fonti del diritto
- I procedimenti di formazione e mutamento delle costituzioni;
- Il contenuto delle costituzioni;
- La giustizia costituzionale;
- Le forme di governo.
-
- Sulle relazioni che esso instaura con la società:
- Le varie forme di Stato;
- L'articolazione territoriale del potere politico (federalismo e regionalismo);
- I diritti e le libertà.

Il diritto amministrativo comparato

- **Il diritto amministrativo comparato esamina, invece, sempre con metodo comparato le modalità di organizzazione e il funzionamento delle pubbliche amministrazioni, le loro strutture e delle procedure e le modalità mediante le quali tanto i pubblici poteri (Unione europea, Stato, Regioni, ecc.) quanto le pubbliche amministrazioni che da questi dipendono curano, realizzano in concreto i fini e gli interessi che fanno capo alle comunità che ai pubblici poteri medesimi fanno riferimento.**

Il diritto pubblico dell'economia

- Nell'ambito del diritto amministrativo comparato, particolare attenzione verrà riservata al c.d. **diritto pubblico dell'economia**, che ha ad oggetto l'esame degli **strumenti giuridici dell'azione pubblica** (dei **pubblici poteri** e delle **pubbliche amministrazioni** che da questi dipendono) in **campo economico**.

Il pubblico potere e le decisioni in ambito economico

- **Le scelte di fondo (economia di mercato, mista, pianificata, ecc.)** attengono alla forma di Stato e quindi al diritto costituzionale comparato.
- **Le decisioni allocative rappresentano la cerniera tra diritto costituzionale e amministrativo.** Si tratta delle decisioni pubbliche circa la destinazione da dare alle risorse pubbliche in ambito economico da parte del potere pubblico. Si decide cosa produrre, a che condizioni offrire i prodotti, ecc. Le decisioni allocative rientrano nel **diritto costituzionale comparato** perché realizzano le “scelte di fondo” (finalità dell’ordinamento costituzionale e sono assunte dai pubblici poteri). Sono, invece, **decisioni amministrative**, nella misura in cui esse già hanno individuato quali interessi della collettività curare, realizzare.
- **Le decisioni gestionali sono amministrative:** guardano a come utilizzare in modo efficiente le risorse.
- Ad esempio, il potere pubblico assume la decisione di intervenire, istituendo servizi pubblici a livello locale (trasporti, gas, fognature, ecc.). Poiché la decisione assunta guarda all’utilizzazione delle risorse pubbliche, si ha una decisione allocativa. Altro è l’uso delle risorse: come conseguire il servizio pubblico a livello locale? Istituito un’impresa pubblica o affidando il servizio a imprese private? La scelta tra l’uno e l’altro modello – che dovrebbe essere una scelta determinata dalla creazione di un servizio efficiente, è la decisione gestionale.

La scienza della comparazione giuridica

La scienza della comparazione giuridica affronta una serie di problemi:

perché comparare (problema della **funzione**);

cosa comparare (problema dell'**oggetto**);

come comparare (problema del **metodo**).

Muoviamo dal diritto costituzionale comparato

- 1) **Esame** e raffronto tra le norme e gli istituti di diritto costituzionale accolti nei diversi ordinamenti statali.
- 2) **Metodo**: evidenziare **le caratteristiche più significative di ciascun ordinamento (elementi determinanti)**; operare confronti tra gli ordinamenti; cogliere le note di somiglianza ed elementi di diversità tra più ordinamenti.
- 3) **Finalità**: pervenire alla determinazione di principi e regole comuni a più ordinamenti, nonché a elaborare modelli, all'interno dei quali classificare i dati normativi sui quali si poggiano tali principi e regole.

segue

- Già ora può evidenziarsi come il metodo comparato applicato al diritto costituzionale – e non diversamente dalla comparazione giuridica generale – rechi in sé l’idea del “raffronto”, fra norme, istituti e ordinamenti. Esso non si propone tanto di “mettere ordine” all’interno dei materiali giuridici e normativi che compongono un singolo ordinamento; piuttosto, esso opera **confronti, verifica le analogie e le differenze tra istituti e sistemi, classifica gli istituti e i sistemi oggetto di esame, con l’intento di far progredire la ricerca e acquisire nuove conoscenze**

Della costituzione si sono date differenti nozioni

- **deontologica** (il modello ideale dell'organizzazione statale)
- **sociologica-fenomenologica** (modo di essere dello stato)
- **politica** (organizzazione basata su determinati principi di indirizzo politico)
- **giuridica** (ordinamento dello stato o, in senso restrittivo, la norma primaria su cui l'ordinamento dello stato e la produzione delle sue fonti si fonda).

I concetti: la Costituzione

- Definizione (in prima approssimazione): **norma suprema, fondamentale che limita il potere in favore delle libertà individuali e collettive.**
- Legge fondamentale e superiore che costituisce quel particolare tipo di stato, dettando le regole di convivenza e le modalità di organizzazione e di esercizio dei pubblici poteri.
- Opera a tutela dei diritti e predispone i congegni (separazione dei poteri verticale e orizzontale, giurisdizione costituzionale, rappresentanza politica, ecc.) che, sul piano organizzativo e della produzione normativa, è funzionale a limitare il potere politico in favore delle libertà.

La concezione garantista

È debitrice della concezione **garantista** delle modalità di organizzazione del potere:

- 1) La costituzione è contenuta in un testo scritto e solenne;
- 2) È superiore alle altre norme e fonti dell'ordinamento;
- 3) stabilisce la disciplina dei pubblici poteri, riparte le funzioni tra i differenti organi (forma di governo);
- 4) Garantisce i diritti fondamentali.

Deriva dal **costituzionalismo**: la dottrina che fa da sfondo alle grandi rivoluzioni borghesi tra XVII e XVIII secolo. Dottrina che supera le forme tradizionali di dominio e implica l'apposizione di limiti del potere sovrano.

Art. XVI Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e del cittadino (1789):

“Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution”.

Un fenomeno “europeo”

- È tipica di un particolare contesto è momento storico: deriva dalle rivoluzioni liberali Inglese, USA e Francese. Non indifferenti gli apporti dell'esperienza inglese, e Nordamericana anche della fase più acuta (1640-1660). Per quanto effimeri, l'*Agreement of the People* 1949 e l'*Instrument of Government* 1653) già hanno in sé alcuni elementi:
- Si identifica il concetto stesso di costituzione con una costituzione formalizzata, dotata di un determinato contenuto rispondente alla ideologia liberale;
- Disegno organico di rifondazione della società e del suo ordine giuridico: profondamente prescrittiva.
- È atto di volontà del potere costituente: si afferma la distinzione tra POTERE COSTITUENTE E POTERE COSTITUITO (comprensivo anche del potere di revisione costituzionale).
- È un testo e normativo, nella quale sono esposti in forma coerente e ordinata i principi fondamentali che, fondati sulla ragione, nel testo costituzionale medesimo trovano una positivizzazione.
- Forma scritta come garanzia di certezza: rimarrà anche con la restaurazione. Si abbandonerà l'espressione “costituzione” perché troppo compromessa con la rivoluzione francese, e si preferirà “Carta” (Francia 1814) o “Statuto” (Piemonte 1848, Spagna 1834). Ma situazione non dissimile (cioè, non ricorso all'espressione costituzione) si avrà: 1) mancanza di testo formale unico e completo (il testo costituzionale non ha pretese di completezza: Francia 1875; Israele 1958); 2) quando il testo costituzionale si auto-qualifica come transitorio (Legge fondamentale tedesca 1949).

Il costituzionalismo europeo a contatto con le altre culture giuridiche

- **I principi caratterizzano da due secoli la tradizione giuridica occidentale.**
- Ma hanno pure circolato seguendo le demarcazioni delle aree di influenza delle varie Potenze europee e americane, la colonizzazione e poi la decolonizzazione, il superamento della contrapposizione tra blocchi occidentale e orientale.
- Si è cioè realizzata la **migrazione delle idee costituzionali: un flusso dinamico di principi**, idee che hanno a vario modo influenzato altri ordinamenti, specie nelle epoche di transizione costituzionale (passaggio da costituzioni autoritarie a costituzioni improntate ai principi del costituzionalismo).
- La migrazione delle idee costituzionali è avvenuta:
 - 1) all'interno della tradizione giuridica occidentale, contribuendo alla evoluzione dei principi del costituzionalismo medesimo;
 - 2) Anche ponendo i principi a contatto con realtà giuridiche, spesso lontane. È il caso della **costituzione**: essa si ritrova in ordinamenti autoritari, di tipo tradizionale, religioso, ecc. Circoscrivere la costituzione a quelle forme di stato che hanno fatto propria la concezione garantista significa non tenere in considerazione il fatto per cui ormai tutti gli ordinamenti, anche i più lontani, hanno una costituzione. **Spogliata delle sue caratteristiche contingenti, ora è un complesso normativo organico fondamento di ogni ordinamento statale, quale che sia l'ideologia e la famiglia giuridica prescelta.**

Lo Stato

- Ordinamento politico-giuridico che si afferma dopo il tramonto del pluralismo medievale. Concentra in sé il potere supremo di imperio (**sovranità**) su di una comunità ben definita stanziata su di un dato territorio, rispetto alla quale detiene il monopolio legittimo della forza fisica. **È la massima forma organizzata del potere politico.**
- **Invenzione della modernità europea (Pace di Westafalia del 1648).** Si è poi diffuso in tutto il mondo subendo profonde evoluzioni nel tempo e nello spazio, generando distinte forme di sé.
- Lo dimostra altresì la circostanza che il concetto di Stato non ha trovato accoglimento nel Regno Unito: qui il fulcro del potere politico è sempre stato il Parlamento (*sovereignty of parliament*) e i rapporti giuridici, in assenza della personalità giuridica dello Stato, sono imputati alla Corona (*Crown*) e, quindi, al potere esecutivo.

Evoluzioni del concetto di Stato

- Sullo stato sempre maggiore è l'**incidenza** dei sistemi regionali di protezione dei diritti fondamentali (CEDU, Corte interamericana) e del diritto internazionale (ai processi di formazione delle costituzioni).
- **Unione Europea**: non è uno stato. È sorto nel diritto internazionale, ma da questo si è distinto come **ordinamento di nuovo tipo**, che condiziona quello degli stati membri. Non vi è quasi più branca del diritto che non sia influenzato o determinato dalle norme poste europee.

Caratteri dello Stato

- Istituzione corporativa: popolo, territorio e sovranità ne sono gli elementi costitutivi.
- **Popolo: ne è la comunità, formata da una pluralità di individui che ne costituiscono l'elemento personale**
- Si differenzia da
 - 1) nazione:** concetto storico-culturale, oltre che etnico e politico, che può prescindere dallo Stato, anche se dal XVIII sec. è invalsa la costituzione di Stati nazionali. Se ne danno due concezioni:
 - comunanza di valori (concezione affermata con la rivoluzione francese) che prescinde da elementi etnici, localistici, ecc.: **nazione-demos**;
 - comunanza etnica o razziale (concezione del mondo tedesco e slavo): **nazione-ethnos**;
 - 2) patria:** entità cui fa riferimento il cittadino per identificare l'appartenenza alla comunità nazionale di riferimento (è bene indivisibile e comune: 2 Cost. spagnola; 4.2 Cost. rumena); oggetto del dovere di difesa del cittadino (Cost. italiana, danese, russa, ungherese e polacca).
 - 3) Bandiera nazionale:** simbolo della comune appartenenza alla medesima comunità (Cost. italiana, spagnola, rumena, ecc.).

segue

- **Etnia:** comunanza di storia, lingua, cultura. Molto vicina alla concezione tedesca dell'ethnos.
- **Razza:** fonda la comunità su particolari dati biologici altamente controversi in ambito scientifico
- USA: dichiarazione di indipendenza (4 luglio 1776) si fonda sulla verità auto-evidente per cui tutti gli uomini sono creati uguali. Ma all'art. I, s. 2, c. 3, Cost. a fianco delle *free persons* e degli *indians*, collocava le *other persons* (eufemismo per schiavi).
- Alla fine della guerra civile, tre emendamenti posero fine al problema delle discriminazioni razziali: il XIII em. (1865) abolitivo della schiavitù; il XIV em. (1868) per il quale tutte le persone nate sul territorio USA erano cittadini statunitensi ed applicava il principio della *equal protection of the laws* (principio costituzionale di eguaglianza che cancella la distinzione tra *free persons*, *indians* e *other persons*); il XV em. (1870) che esclude che il diritto di voto **federale** possa essere escluso o limitato per ragioni di razza o per precedente condizione servile.

segue

- Repubblica Sudafricana (Cost. 1961 e 1983): si fonda su principi di differenza razziale. Solo nel 1983 si perverrà ad attribuire una parziale rappresentanza alle etnie dei *coloured* e degli indiani, con esclusione delle maggioritarie etnie bantù.
- È evidente nella composizione del parlamento (tricamerale): *House of Assembly rappresentativa dei bianchi; House of Representatives per i coloured; House of Delegates per gli indiani*. Ciascuna camera è competente per gli *own affairs*, mentre le competenze relative all'intera comunità statale sono rimesse al consenso delle tre camere. Al Presidente spetta l'ultima parola. Alla camera "bianca" veniva riservato un ruolo centrale nell'elezione del presidente, del suo consiglio esecutivo, nella revisione costituzionale

Il metodo comparato

- Ogni ordinamento pretende di essere autosufficiente e completo. Ciò non esclude la presa in considerazione di altri ordinamenti e il raffronto con questi.
L'operazione intellettuale di raffronto, condotta con metodo giuridico, è la comparazione giuridica.
- Il confronto è tra soluzioni normative adottate da diversi ordinamenti in risposta a problemi pratici più o meno analoghi creati dagli sviluppi sociali, economici e politici, nel seno delle rispettive collettività. Il comparatista esamina le soluzioni adottate **dai diversi sistemi giuridici per risolvere problemi che siano analoghi** (comparabilità come presupposto per rilevare analogie e differenze fra le diverse soluzioni adottate).
- La comparazione crea poi figure classificatorie comuni di tali soluzioni, anche per meglio comprendere significato e motivazioni pratiche di tali soluzioni.

Si compara ...

- **Funzione primaria:** per conoscenza. È una scienza, consente l'acquisizione di nuove conoscenze indispensabili per lo studio del diritto costituzionale. Ancora, serve per organizzare sistematicamente la conoscenza ricercando analogie e differenze.
- **Funzioni ulteriori:** 1) per meglio comprendere gli istituti dell'ordinamento di appartenenza; 2) ausilio per la redazione dei testi normativi (costituzionali); 3) ausilio per la armonizzazione e l'unificazione di normative di diritto privato-commerciale (diritto uniforme);

Microcomparazione e Macrocomprazione

- Si possono porre a confronto o singoli istituti, singole norme, singole discipline (**microcomparazione**); ma anche interi rami del diritto se non interi ordinamenti (**macrocomparazione**).
- Nel caso della **microcomparazione**, il presupposto per il confronto è la consapevolezza che l'oggetto di studio può essere comparato: istituti presenti in due o più ordinamenti possano tra loro essere raffrontati.
- È rischioso, accostare istituti che operano in famiglie giuridiche e in forme di stato diverse.

La comparazione consente

- Di raffrontare ordinamenti, istituti con le soluzioni normative adottate da diversi ordinamenti in risposta ai problemi pratici più o meno analoghi;
- Di rilevare «reciproche affinità» ed evidenziare «divergenze» fra gli istituti operanti in diversi ordinamenti;
- Di procedere alla **classificazione**: si raggruppano sotto concetti, categorie generali, etichette, ecc. fenomeni giuridici appartenenti a diversi ordinamenti ma che hanno natura simile.
- Di operare un'eventuale esportazione e recezione di istituti;
- Di elaborare modelli, *tertia comparationis* (parametro di riferimento). Si crea un **modello astratto** alla luce del quale operare successive operazioni di raffronto. Verificare il comparato e il comparando. È **la funzione di un determinato istituto**.

Modelli

- Dopo aver classificato la realtà, possono costruirsi delle sintesi. Si perviene alla formulazione di modelli, come sintesi delle varie realtà costituzionali che si sono esaminate e come fine proprio della comparazione.
- Ma può pure accadere che un ordinamento venga considerato esemplare e che questo o suo norme istituti, ecc., assurgano di per sé a modello, rispetto al quale operare le classificazioni.
- Il modello stimola il “trapianto” dell’istituto da un ordinamento all’altro, la “recezione”, con risultati molto diversi a seconda dei casi:
- **esito positivo**: le condizioni economiche dell’ordinamento recettore erano adatte socialmente, economicamente, politicamente, ecc.; oppure si sono apportate al modello quelle modificazioni necessarie per poterlo accogliere nell’ordinamento recettore.
- **Esito negativo** (con crisi di rigetto).

Famiglie giuridiche

Costituite da gruppi di ordinamenti che, per evoluzione storica e strutture giuridiche comuni, si presentano fra loro omogenei.

Diritto pubblico comparato e famiglie giuridiche (1)

- Lo studio delle famiglie giuridiche – che spesso riguarda anche elementi e dati non strettamente costituzionali – ha rilievo per lo studio delle costituzioni degli Stati dell'epoca contemporanea?
- 1) Si tratta **categorie e figure classificatorie elaborate anch'esse facendo ricorso al metodo comparato**. L'esame delle analogie e delle differenze ha portato a creare delle classificazioni in grado di raccogliere, classificare la complessità dei fenomeni giuridici in raggruppamenti più piccoli, utili anche per continuare nella ricerca scientifica.
- 2) **Lo studio delle famiglie giuridiche si rivela fondamentale per l'inquadramento del fenomeno giuridico**. Consentono di meglio comprendere anche i caratteri, strutture, finalità, radici degli istituti propri del diritto costituzionale. Ricordiamo che lo Stato è creatura della modernità occidentale, ma si è diffuso anche presso popoli che appartengono a famiglie giuridiche altre rispetto a quelle occidentali. Presso sistemi giuridici altri (Asia orientale, Africa, Islam, ecc.), la categoria giuridica "stato" ha subito notevoli influenze, modificazioni, evoluzioni e adattamenti;

Diritto pubblico comparato e famiglie giuridiche (2)

3) Sono molteplici le influenze della famiglia giuridica di appartenenza sull'ordinamento costituzionale dello Stato. Si pensi allo stesso Regno Unito. Senza un'adeguata conoscenza del sistema giuridico di *common law*, non sarebbe neppure comprensibile la natura, il carattere e il funzionamento di un assetto costituzionale privo di una costituzione formalizzata, ma caratterizzata da un forte sostrato consuetudinario – che altro non sono che le norme e i principi del *common law* –, sul quale vengono poi a innestarsi altri materiali normativi.

4) È peraltro vero che molte volte delle regole di diritto che a prima vista non sembrano oggetto delle discipline costituzionalistiche condizionano la vita, l'evoluzione e pure il funzionamento di un ordinamento costituzionale, ma sono pure oggetto di disciplina da parte dei testi costituzionali (*equity*: USA; diritti tribali: Sudafrica, Botswana; ruolo del diritto religioso: Paesi Arabi).

5) Infine, l'esame delle famiglie giuridiche è utile anche per apprezzare il diritto sotto un altro profilo, che non sia quello del solo diritto costituzionale formale. Se si guarda al diritto costituzionale, le costituzioni non sono mai realtà statiche, che reagiscono a contatto di nuovi valori, interpretazioni, mutamenti, ecc. Ciò è dovuto anche al fatto che spesso le costituzioni sono composte da norme "a maglie larghe", esprimono principi e regole di comportamento che si prestano a differenti interpretazioni. E che, molte volte, intervengono sui testi costituzionali anche revisioni informali, tacite, non registrate o non registrabili del tutto sul piano del diritto positivo. E spesso si tratta di influenze dovute proprio alla famiglia giuridica di appartenenza.

6) Famiglie giuridiche e diritto pubblico comparato hanno in comune **le fonti del diritto. Il tema delle fonti è dunque essenziale per la comprensione del fenomeno giuridico.** Si tratta inoltre di un **tema squisitamente comparatistico**: solo il metodo comparato permette di cogliere come da un lato siano assai **diverse le scelte** che ciascun ordinamento opera per la produzione del diritto, e come, dall'altro, si sia **comunque di fronte a un fenomeno unitario, caratterizzato da problemi e funzioni comuni.**

Le fonti del diritto: definizione

- È l'insieme di quegli atti e fatti che sono idonei a porre norme giuridiche – o, detto, altrimenti, a produrre il diritto oggettivo come sistema regolatore della condotta umana.
- **Relatività del concetto di fonte:** gli atti e i fatti astrattamente idonei a produrre diritto sono numerosissimi e vari (consuetudine, legge, precedente giurisprudenziale, il *dharma* indù, l'*igma*' islamica, ecc.).
- Spetta poi a ciascun ordinamento giuridico individuare quali siano, tra gli atti e i fatti astrattamente idonei a produrre diritto, quelli che ne sono costitutivi.

Fonti del diritto

- ***fonti legali e fonti extra ordinem***: le prime sono regole di diritto prodotte secondo le procedure e all'interno delle tipologie previste dall'ordinamento; le seconde regole poste in essere da soggetti privi di potestà normativa o comunque al di fuori delle norme giuridiche sulla produzione, che diventano fonti in quanto seguite per la loro effettività. Esempi per eccellenza di fonti *extra ordinem* sono la rivoluzione o lo stato di necessità, ma anche fonti previste come tali che vengono utilizzate sul presupposto di una situazione straordinaria (ad esempio, in Italia, il decreto legge).
- ***fonti-atto e fonti-fatto***: ossia tra regole giuridiche poste in essere da organi a ciò preordinati (ad esempio il Parlamento) e regole derivanti da attività non direttamente rivolte a innovare il diritto vigente. **Fonti-fatto sono quindi ad esempio la consuetudine, la convenzione o il precedente giudiziario.** A tal proposito, va ricordato come il positivismo continentale fin dall'età della codificazione mirasse a una completa razionalizzazione del sistema di produzione del diritto, che comprendesse solo fonti-atto.

Tipologie di fonti

- **Fonti di produzione diversa convivono nel medesimo ordinamento. Nella tradizione giuridica occidentale, le fonti politiche sono nettamente preponderanti, nel quadro della generalizzata diffusione delle costituzioni come fonti legali, atto, politiche e superiori.**
- **Politiche:** prodotte da organi di vertice dell'ordinamento, a vario titolo elettivi. È la natura degli organi (tipo di legittimazione) e la circostanza che sono manifestazioni di volontà imputabili a soggetti/organi determinati, venute in essere in conformità a un procedimento e quindi formalizzate.
- Si tratta di una categoria assai ampia, di carattere essenzialmente formale, in cui le norme prodotte variano profondamente a seconda delle forme politiche che le producono: è evidente, ad esempio, la differenza tra le norme di un ordinamento democratico e quelle prodotte in contesti autoritari, o tra fonti di ordinamenti territorialmente composti o fortemente unitari.

segue

- Il diritto *giurisprudenziale* si fonda sull'autorità della ragione, sulla composizione razionale degli interessi in conflitto ad opera dei giudici, e non sull'opportunità decisa in base al consenso. Nella varietà di forme che può assumere, il diritto giurisprudenziale rappresenta oggi la maggiore alternativa – sotto il profilo quantitativo ma anche per importanza – al diritto di produzione politica.
- Fonti *religiose* sono sia quelle che postulano la rivelazione come fonte (diritto canonico, diritto ebraico, diritto musulmano), sia quelle, formalmente politiche, che traggono il proprio fondamento in precetti religiosi. In generale il diritto religioso postula che la volontà creatrice della norma sia la divinità e non l'uomo ed è questo aspetto a distinguere in chiave sostanziale il diritto religioso da quello politico, anche se resta aperto il problema del rapporto formale tra le due tipologie di fonte.

segue

- **Sono *consuetudinarie*** le fonti prodotte non già in forza di un atto specifico, ma attraverso comportamenti reiterati, caratterizzati dal fatto di essere ripetuti in modo uniforme, costante e frequente, con la consapevolezza che i soggetti che reiterano i comportamenti hanno della natura giuridica degli stessi, ritenendoli quindi vincolanti. A seguito della codificazione, il diritto consuetudinario è divenuto recessivo rispetto agli altri modi di produzione del diritto,. Tuttavia, come si vedrà, non pare oggi trascurabile l'importanza crescente del diritto internazionale, le cui regole sono prevalentemente di natura consuetudinaria, anche se vanno recentemente molto aumentando le norme internazionali di origine pattizia.
- Dalle fonti consuetudinarie vanno distinte quelle ***convenzionali***. Si tratta di norme adottate sulla base di un patto, condiviso all'unanimità dalle parti e vincolante solo per tali parti, secondo lo schema tipico del contratto. Anche quelle convenzionali sono generalmente ritenute fonti «minori», ma anche in questo caso è opportuna una precisazione: nel diritto costituzionale, ampi settori del diritto costituzionale risultano spesso disciplinati da numerose norme convenzionali. È il caso, in particolare, delle forme di governo, in cui ovunque determinate regole sono semplicemente il frutto di accordi tra gli organi costituzionali. Si pensi, tra gli innumerevoli esempi, alla regola per cui nel Regno Unito il Sovrano nomina Primo ministro il *leader* del partito di maggioranza. Normalmente le convenzioni costituzionali, in quanto liberi accordi, non sono assistiti da garanzie giurisdizionali, e il mancato rispetto della convenzione non può essere sanzionato da un giudice, anche se in alcuni casi eccezionali qualche Corte ha iniziato a riconoscere tutela giudiziaria alle norme convenzionali (è accaduto, ad esempio, in Canada e in Israele, ma si tratta tuttora di ipotesi isolate).

Diritto vigente e diritto vivente

- L'esame delle costituzioni e delle fonti è però solo una parte del diritto costituzionale comparato. Vanno analizzati altri fattori: come la legislazione attua la costituzione interpretandola "a suo modo", come la costituzione reagisce di fronte a prassi politiche e amministrative, come la giurisprudenza interpreta la costituzione, incidendo e modificando la portata dei precetti costituzionali; il ruolo dei giuristi. Questo significa che rispetto alle declamazioni (cioè alle formule verbalizzate) si possono dare delle regole operative che in parte vi si discostano: al **diritto vigente (law in the books)** si contrappone il **diritto vivente (law in action)**.
- Ma lo scostamento si può apprezzare anche sulla base dei **formanti** dell'ordinamento: sono i diversi insiemi di regole e proposizioni che in un ordinamento generano l'ordine giuridico.

REGOLE LEGALI; PROPOSIZIONI DOTTRINALI; MASSIME GIURISPRUDENZIALI; CRITTOTIPI.

- Cioè, si guarda al **diritto vivo**, ai fattori e processi **sostanziali** che determinano effettivamente il modo in cui vive un sistema costituzionale. Sono, ovviamente, diversi dalle fonti del diritto. Sono piani distinti: le fonti guardano ancora al diritto vigente; i formanti al diritto vivente.

Famiglie giuridiche

- Si sono proposte molteplici classificazioni delle famiglie giuridiche, imperniate su differenti **criteri** di classificazione per raggruppare differenti sistemi giuridici in un numero relativamente piccolo di gruppi (famiglie giuridiche).
- Come si vede, la creazione di raggruppamenti e famiglie risponde al bisogno teorico di classificare – che non è altro che una delle finalità cui tende la medesima ricerca comparatistica.

Esmein e Lévi-Ullman

- **Esmein (1900)**: classificazione basata sulla **legislazione** e sui **costumi giuridici** di popoli differenti. **Criterio** è l'**originalità** di un ordinamento, della sua formazione storica, della sua struttura generale e essenziale.

ROMANISTICO,
GERMANISTICO,
ANGLOSASSONE,
SLAVO,
ISLAMICO.

- **Lévi-Ullman (1922)**: criterio su cui si basa la classificazione è la **differente importanza delle fonti**.

CONTINENTALI,
ANGLOFONI,
ISLAMICI.

Arminjon/Nolde/Wolf e David

- **Arminjon, Nolde, Wolff** (1950-1952). I criteri sono i caratteri intrinseci degli ordinamenti giuridici. Si tralasciano apporti delle altre scienze. Esame condotto sulla base del metodo giuridico.

FRANCESE,

GERMANICO,

SCANDINAVO,

INGLESE,

RUSSO,

ISLAMICO,

INDUISTA.

- **David** (1950-2002) **usa due criteri**: 1) **ideologico**: tiene conto del fattore religioso, filosofico sotteso a ciascun ordinamento; 2) **tecnico-giuridico**: è secondario, poiché è plasmato dal criterio ideologico. In un primo tempo David origina la seguente classificazione:

DIRITTI OCCIDENTALI,

DIRITTI SOVIETICI,

DIRITTO MUSULMANO,

DIRITTO INDUISTA

DIRITTO CINESE.

Poi riduce a tre le famiglie giuridiche: romano-germanica, *common law*, socialista. Diritto islamico, induista, dell'estremo oriente e dell'Africa nera e Madagascar sono una categoria residuale (altri sistemi).

Zweigert/Kötz

- **Zweigert, Kötz** (1984) muovono dalla circostanza che le famiglie giuridiche sono state create considerando per lo più il solo diritto privato. Ne consegue: 1) una **validità relativa dei raggruppamenti (principio della relatività per materie)**: il diritto privato di un ordinamento può appartenere a una famiglia e quello costituzionale a un'altra; parte del diritto privato può appartenere a una famiglia, parte ad altra; 2) una **validità relativa sul piano temporale**: un ordinamento può variare, nel tempo, per motivi i più differenti, anche la propria collocazione nell'una e nell'altra famiglia.
- Criteri: **stile giuridico**, determinato dall'origine e dall'evoluzione storica, dal modo predominante e caratteristico di pensare dei giuristi, dalla presenza di istituti giuridici particolarmente caratterizzanti; dalle fonti del diritto e dalla loro interpretazione, dai fattori ideologici
- **Avremo così le seguenti famiglie:**
ROMANISTICA,
GERMANICA,
SCANDINAVA,
COMMON LAW;
SOCIALISTA,
ESTREMO ORIENTE;
ISLAMICA;
INDÙ.

Mattei/Monateri

- **Mattei e Monateri** (1997) prescindono da queste classificazioni e adottano come criterio quello della **prevalenza**.
- 1) **la famiglia a egemonia del diritto** (*rule of professional law*) è tipica della tradizione giuridica occidentale. Netta distinzione tra diritto e politica; separazione tra sfera religiosa e giuridica;
- 2) **la famiglia a egemonia della politica** (*rule of political law*) comprende ordinamenti in evoluzione o transizione. Non si dà una piena separazione tra politica e diritto, poiché il secondo serve a realizzare le finalità del primo;
- 3) **la famiglia a egemonia della tradizione** (*rule of traditional law*) è quella di ordinamenti in cui lo strato giuridico è dominato o fortemente condizionato da fattori religiosi o etico-filosofici, così da non assicurare una separazione tra sfera giuridica e tradizione religiosa o filosofica.

conclusioni

- È evidente che alcune delle famiglie giuridiche (quella socialista) siano venute meno; che altre siano sempre più recessive (diritto indù, dell'estremo oriente) in forza della contaminazione con altre famiglie. Ciò ha indotto a ritenere che siano rimaste solo tre grandi famiglie: la *civil law*, la *common law* e il diritto musulmano.
- Noi, nonostante ciò, tenteremo di mettere in evidenza i caratteri anche delle altre famiglie giuridiche.