

METODO E FONTI

I problemi affrontati dalla 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**)

Cosa coglie la comparazione

- Le caratteristiche più significative di ciascun ordinamento: sono gli **elementi determinanti** di esso, perché ne esprimono il sistema dei principi, dei valori e delle finalità ultime, ne disegnano l'identità e la specifica individualità, finiscono così per costituire il nucleo centrale intorno al quale si ordinano e si articolano gli elementi fungibili del sistema.
- Le **note di somiglianza** e gli **elementi di diversità** che i singoli istituti, sistemi, norme, ordinamenti presentano gli uni rispetto agli altri.

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; 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 che 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).

La definizione di Costituzione

- È la **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).

segue

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* 1649 e *l'Instrument of Government* 1653) già hanno in sé alcuni elementi:

- Si identifica il concetto 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;**
- **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.
- **La forma scritta come garanzia:** 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 una 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

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”.

La “lunga marcia” dei principi del costituzionalismo

I principi che compongono il patrimonio del costituzionalismo sono spesso il portato e la razionalizzazione di principi e istituti che già erano stati teorizzati e applicati in epoche precedenti.

- Già nel mondo antico abbiamo:

- 1) L'indagine sul fondamento dell'ordine politico;
- 2) La individuazione dei limiti al potere;
- 3) La ricerca della migliore forma di governo della comunità.

- **Aristotele:**

L'indagine che è disancorata dalla dimensione divina: sono gli anni delle grandi riforme di Solone e Clistene (508-507 d.C), che aprono alla partecipazione attiva dei cittadini alla vita della *polis*. Aristotele si interroga sulle **forme di organizzazione del potere che siano anche in grado di realizzare l'ordinamento più giusto e adeguato alla comunità**, e che sappia sviluppare la virtù dei governanti e dei governanti.

Il metodo applicato è **comparativo** ed **empirico**: mette a raffronto fra loro i differenti assetti “costituzionali” della Grecia del suo tempo (500 a.C.) e da essi muove verso la costruzione della **migliore costituzione possibile**.

Tale è la costituzione (*politeia*) che, di fronte alla inclinazione degli uomini a deviare dalla virtù, sappia **porre un argine alla degenerazione** che da tale indole e deviazione può derivare al buon governo della *polis*. Evidente qui l'idea di limite all'arbitrio del potere.

Il c.d. Governo misto

- Ne deriva una complessa classificazione delle forme di governo, basate sul numero dei governanti e sui caratteri dell'esercizio del potere:

FORME PURE V. DEGENERATE

- monarchia/tirannide;
- aristocrazia/oligarchia;
- *politìa*/democrazia.

- Nessuna di queste forme è in grado di corrispondere alle esigenze del governo stabile e che sviluppi le virtù. **Serve un sistema che sappia equilibrare fra loro le varie componenti della comunità politica.** Si elabora così il primo concetto rilevante di **costituzione mista**: bilancia i conflitti sociali e assicura la partecipazione alla vita politica e all'esercizio del potere.
- **Ripresa poi in età romana da Polibio.** La sua costituzione mista risulta dalla combinazione di forme pure di governo (regno/tirannide; aristocrazia/oligarchia; democrazia/ollocrazia) nelle quali ciascuna è in grado di bilanciare le altre e evitare il perversimento dell'ordine giuridico-politico. È il caso della costituzione della Repubblica in Roma.
- **Potere temperato (idea di limite), equilibrio fra gruppi e controllo reciproco tra istituzioni politiche. Sono i germi della separazione dei poteri.**

Medioevo ed età moderna

- **Nel Medioevo:** in Inghilterra I giuristi elaborano una complessa idea di **limiti al potere regio**.
- Il sistema giuridico su cui poggia l'ordinamento costituzionale britannico poggia sulla *common law*: il sostrato è consuetudinario – è la legge che da tempo immemorabile è considerata comune al Regno –, e ha in sé l'idea che il Re è sottoposto a Dio, e alle leggi che lo fanno Re, ma anche alla sua curia, che con il Re consente alla formazione delle leggi.
- **germi del principio rappresentativo: Primo Parlamento.**
- **ma vi sono altri germi del principio rappresentativo anche sul continente: rappresentanza per ceti. (Tübinger Vertrag del 1514).**
- **sono tutte forme embrionali di rappresentanza.**

Vi sono anche i germi del **principio federativo:**

- **Svizzera (1291): Uri, Schwyz, Unterwalden. Patto del Grütli.**
- **Province Unite dei Paesi Bassi (Unione di Utrecht) del 1579.**

Diritto naturale, che trascende la temporalità ed è antecedente a ogni ordinamento, Di qui il passaggio all'idea della legge superiore, già presente in UK: vi sono leggi più fondamentali di altre. In Europa continentale è una sfida all'assolutismo.

Dalla Rivoluzione inglese a quella americana

Nel Regno Unito, i limiti al potere sono evidenti. La *ancient constitution*, che affonda nelle consuetudini immemorabili del Regno, sono fonte di limitazione del potere monarchico e la base di un ordinamento che non è imposto dalla volontà del sovrano.

- Lo scontro tra Parlamento e Re è uno scontro sui limiti al potere e sulla legittimazione dello stesso. È la prevalenza del governo temperato misto e della legge.
- Idea (razionalizzata da Locke) del potere che è legittimo perché è come consentito.
- **Dalla rivoluzione inglese inizia la riflessione sul governo misto come separazione dei poteri:**
 - modello USA separazione rigida (Locke):
 - modello europeo (Montesquieu): coordinamento in funzione di controllo reciproco.
 - Potere legislativo come potere supremo (consentito)
- Cosa ci trasmette la rivoluzione americana:
 - idea della costituzione come legge superiore e fondamentale
 - della prevalenza del diritto sul potere politico
 - del controllo giudiziario delle leggi.

... a quella francese fino ad oggi

- Francia:
 - Grande progettualità costituzionale come dimostra l'art. XVI della Dichiarazione del 1789.
 - potere costituente.
 - sovranità popolare (nazione).
- Ottocento:
 - limiti al potere nella prospettiva della massima espansione delle libertà borghesi.
 - stato nazionale;
 - assemblee rappresentative come luogo che realizza la posizione egemone della borghesia.
 - Rappresentanza politica;
 - Divieto di mandato imperativo;
 - legge espressione della volontà popolare
 - stato di diritto.
- Novecento
- Stato pluriclasse
- Pluralismo sociale, politico, religioso.
- Congegni di razionalizzazione del potere (forme di governo)

Il costituzionalismo europeo a contatto con le altre culture giuridiche

- **Si tratta di principi caratterizzano da due secoli la tradizione giuridica occidentale.**
- Essi 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 che si afferma dopo il tramonto del pluralismo medievale. Concentra in sé il potere supremo di imperio (**sovranità**) organizzato **con struttura di governo e complesso di norme** che fa riferimento a una **comunità** ben definita stanziata su di un dato **territorio**, rispetto alla quale detiene il monopolio legittimo della forza fisica.
- **Invenzione della modernità europea**. Si è poi diffuso in tutto il mondo con evoluzioni nel tempo e nello spazio, generando distinte forme di sé.
- Sempre maggiore è **l'incidenza** dei sistemi regionali di protezione dei diritti (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.

Alcune precisazioni

- 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.
- Sovranità: caratterizza lo Stato come luogo nel quale il potere politico si presenta come supremo, originario e non condizionabile dagli altri poteri: ***superioriem non recognoscens***.
- Sovranità, quindi, intesa come **originarietà: trae da se stesso le ragioni della propria legittimazione e non è derivato da alcun altro ente.**
- **Originarietà come indipendenza:** consente di evitare condizionamenti da parte di altri Stati.

Caratteri dello Stato

- **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: comuna**;

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.).

4) Etnia: comunanza di storia, lingua, cultura. Molto vicina alla concezione tedesca dell'ethnos.

Razza (1)

- **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.

Razza (2)

- 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.

Classe

- È la comunità legata da comuni concezioni nei rapporti economici e politici, secondo la concezione marxista-leninista.
- Il punto di arrivo è la coincidenza tra classe e popolo nella fase del socialismo maturo: è lo **Stato di tutto il popolo**, premessa auspicata dalla rivoluzione comunista.

Il metodo comparato (1)

- Esiste un **diritto comparato generale**, le cui basi sono state gettate soprattutto dai civilisti-comparatisti. Questo perché le basi del moderno diritto comparato (su cui poggia anche il diritto pubblico comparato) sono recenti e sono state poste dai privatisti. Nel diritto pubblico, invece, lo studio delle metodologie della comparazione è sempre stato più scarso. Poco interesse verso recezioni, circolazioni, modelli, classificazioni, ricadute pratiche della comparazione.
- Anche perché il diritto pubblico era visto come diritto politico: più suscettibile di subire le influenze del sistema politico del paese. Meno stabile, con una tradizione meno autorevole e meno risalente del diritto privato, che pareva immutabile.

Metodo comparato (2)

- Inizia ad affermarsi come scienza autonoma all'inizio del Novecento (Primo Congresso di diritto comparato a Parigi nel 1900).
- L'opera dei comparatisti di inizio Novecento fondamentale per superare la "comparazione" svolta fino ad allora, **che guardava semplicemente alla legislazione (legislazione comparata per individuare i principi comuni, una sorta di diritto comune), come strumento di politica legislativa o strumento utile di studio del diritto nazionale.**
- Con il congresso di Parigi del 1900, promosso da Raymond Saleilles (prof. di diritto civile comparato alla Sorbona) si afferma la funzione pratica del diritto comparato. Il congresso aveva due finalità:
 - a) l'individuazione di problemi comuni (sulla base di relazioni nazionali) e
 - b) definire la funzione conoscitiva del diritto comparato (come scienza volta alla conoscenza).

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 ...

- Finalità primaria: conoscenza.
- Finalità ancillari/pratiche della comparazione:
Serve per meglio comprendere gli istituti dell'ordinamento di appartenenza;
Funzione di ausilio per la redazione dei testi normativi (costituzionali);
Funzione di ausilio per la armonizzazione e l'unificazione di normative (diritto uniforme);
Comparazione in ambito giurisdizionale.

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 ordinamento (**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 singoli istituti che operano in famiglie giuridiche e in forme di stato diverse.

Oltre la stessa forma di Stato ...

- 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. Comunque, 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), si 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.

Come comparate

- Lo strumento che sta alla base di un'indagine comparativa è rappresentato dal c.d. ***tertium comparationis***, o modello di riferimento nel giudizio comparativo. Poiché la comparazione implica un'operazione intellettuale che, secondo una data logica, sviluppa l'analisi di regole o istituti appartenenti a ordinamenti diversi, occorre determinare un **modello di riferimento** che funga da *tertium comparationis* nel raffronto tra *comparatum* e *comparandum*. Si tratta, in parole più semplici, della "idea" di ciò che unisce, rispetto a ciò che divide. Con un esempio: a) abbiamo idea che una Ferrari e una Ford Escort siano unite da caratteristiche comuni, che fanno di entrambe una automobile; b) ma ci sono differenze: di potenza, di carrozzeria, di accessori, di prezzo, ecc.: il *tertium comparationis* è implicito, frutto di nozioni comuni o di ricerche precedenti che ne hanno definito i contorni; il modello implicito è oggetto di verifica, e proprio il risultato di una ricerca concorre talora a cambiarne i connotati

Comparazione e diritto straniero

- **Quando si studia il diritto nazionale o quello straniero, il modo di procedere è sempre top-down (dal quadro dato, che viene interpretato muovendo con operazioni concettuali solo interne).**
- **Nella comparazione si procede *bottom-up*: si muove da analisi empiriche – da un problema concreto – e di qui si muove nella costruzione delle categorie concettuali, ove poi vengono sussunte le fattispecie concrete.**

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.
- Nel diritto costituzionale comparato, l'esistenza di modelli che si configurano quali **forme esemplari** postula di per sé la **circolazione dei modelli** stessi: le c.d. costituzioni modello sono considerate tali proprio perché largamente imitate. Le mutazioni giuridiche degli ordinamenti sono dovute per lo più a casi di imitazione-recezione di modelli giuridici sorti altrove, essendo fenomeno infrequente quello della nascita di un modello originale, anche se si danno a volte casi di creazione *ex novo* di modelli, specie dopo le rivoluzioni. Il fenomeno dell'imitazione-recezione costituisce in genere la via ordinaria della circolazione dei modelli costituzionali.
- La circolazione-imitazione di modelli giuridici può essere conseguenza dell'immigrazione di un popolo in un altro territorio (**trapianto**), di una conquista (**imposizione**), di un'azione volontaria (**recezione**).
- **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

- È evidente che gli ordinamenti costituzionali – pur condividendo istituti, norme, ecc. – sono profondamente influenzati anche da fenomeni giuridici ed extra-giuridici non necessariamente catalogati come “istituti propri del diritto costituzionale”.
- A tale riguardo, i comparatisti (in particolare, i privatisti) hanno operato la ricostruzione delle cd. **famiglie giuridiche**, costituite, cioè, da gruppi di ordinamenti che, per evoluzione storica e strutture giuridiche comuni, si presentano fra loro omogenee.

Famiglie e sistemi

- Per **famiglia giuridica** si intende una “classe” omogenea entro cui raggruppare per finalità euristiche ordinamenti giuridici che presentano rilevanti tratti comuni. Con l’espressione **sistema giuridico** può intendersi l’ordinamento giuridico in senso stretto oppure l’ordinamento giuridico in senso lato, comprensivo cioè di quei fattori che “fanno sistema” con l’impianto più propriamente normativo e interagiscono/interferiscono con il medesimo (fattori sociali, politici, economici, storici, culturali, religiosi, ecc)

Diritto pubblico comparato e famiglie giuridiche (1)

- Le famiglie giuridiche (spesso riguardanti 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) Regole 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).

Diritto pubblico comparato e famiglie giuridiche (2)

3) **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 a contatto con sistemi e famiglie giuridiche anche spesso "distanti" da quelle europee; **Sono molteplici le influenze della famiglia giuridica di appartenenza sull'ordinamento costituzionale dello Stato.** Si pensi al Regno Unito. Senza un'adeguata conoscenza del sistema giuridico inglese che è parte della famiglia di *common law*, non sarebbe comprensibile il funzionamento di un assetto costituzionale privo di 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.

Diritto pubblico comparato e famiglie giuridiche (3)

- L'esame delle famiglie giuridiche consente di apprezzare il diritto costituzionale anche non solo sotto il mero profilo 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.

Diritto pubblico comparato e famiglie giuridiche

- Le costituzioni non sono estranee al sistema giuridico nel quale vengono incastonate. In altre parole, le carte costituzionali – sia nel caso in cui rappresentino il segno di rottura con il precedente ordinamento, sia nel caso in cui ne rappresentino un'evoluzione – riflettono (in tutto o in parte) i tratti caratterizzanti il sistema giuridico nel contesto del quale si pongono come parametro supremo di riferimento.
- Le idee e i valori che ispirano l'avvento di una costituzione mutano rispetto al vecchio regime; tuttavia, **la costituzione nuova deve necessariamente inserirsi in un quadro giuridico di rapporti, vincoli, facoltà, libertà, obbligazioni, ecc.**, che in genere sopravvivono alla nascita della nuova costituzione. La costituzione disegna i rapporti tra autorità e libertà; detta gli aspetti organizzativi fondamentali dell'assetto delle autorità pubbliche e formula i principi e i criteri a salvaguardia delle libertà dei singoli.
- Per il resto, s'innesta in un contesto giuridico che è tutt'altro che *tabula rasa*. In altre parole, la costituzione nuova deve fare i conti con il sistema giuridico preesistente: questo in parte resisterà all'avvento del nuovo ordine costituzionale (nella misura in cui risulterà compatibile con esso); in parte andrà incontro a delle cessazioni per incompatibilità o quanto meno a delle re-interpretazioni.

Le fonti del diritto: definizione

- 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.**
- 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. Insomma, è necessario rinvenire una specie di minimo comune denominatore tra i vari atti e fatti che nel corso della storia e nei diversi ordinamenti si sono dimostrati idonei a innovare gli ordinamenti stessi: operazione che ci consente di qualificare “fonti del diritto” la legge italiana al pari del precedente nel diritto anglosassone, la consuetudine tanto quanto l'*iğmã'* dei dottori musulmani, il regolamento regionale come il *dharma* induista, e via dicendo.

Relatività del concetto di fonte

- L'indagine comparatistica, da un lato, ci dimostra la **relatività del concetto di "fonte"** e la varietà di atti e fatti che si celano dietro (o dentro) questa espressione; dall'altro, concorre a tratteggiarne – all'interno dalla zona grigia che contorna quasi tutti i segni linguistici – un'area di significato ben preciso. Dall'analisi dei vari ordinamenti, considerati sia dalla prospettiva sincronica che da quella diacronica (o storica), si ricava l'esistenza di un concetto logico, che consente di identificare le fonti nel **multiforme insieme di processi dai quali deriva il diritto oggettivamente inteso** o, se si preferisce, negli atti e i fatti idonei a crearlo.

segue

- L'analisi delle fonti che svolgeremo si basa sul **criterio prevalente di produzione**. In nessun ordinamento, statuale o meno, esiste un modo esclusivo per produrre diritto. **I vari tipi di fonte si mescolano tra loro**, e le norme giuridiche a volte si sovrappongono a regole non definite "giuridiche", come quelle religiose. "Non uccidere" appartiene al decalogo dei comandamenti del cristianesimo e ai testi sacri o alla *traditio* di qualsiasi religione, ma al tempo stesso è, ovunque, diritto codificato. Nel tempo e nello spazio, **non esiste una concezione comune di "diritto"** (anche se ci sono larghe convergenze). Il massimo grado di legittimazione (e il minimo di devianza) si ha quando una regola consuetudinaria si fonda «su una tendenza istintiva e su una pacifica norma etica, sponsorizzata dal soprannaturale» (Gianola), ricevendo l'avallo di una regola politica

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. Fonti *extra ordinem* sono largamente diffusi presso ordinamenti instabili, 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 (1)

- **Politiche:** o per la natura degli organi (elettivi, autoritari, ecc.) o perché consistono in manifestazioni di volontà imputabili a soggetti/organi determinati, venute in essere in conformità a un procedimento e quindi formalizzate. La categoria è assai ampia; le norme prodotte variano profondamente a seconda delle forme politiche che le producono.

Tipologie di fonti (2)

- **Giurisprudenziali:** poggiano sull'autorità della ragione, sulla composizione razionale degli interessi in conflitto da parte del giudice, 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.

Tipologie di fonti (3)

- **Religiose/divine:** postulano la **rivelazione divina** come fonte (diritto canonico, diritto ebraico, diritto musulmano). Ma ci tratta altresì di fonti 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

- Il c.d. **diritto divino** si sostanzia nella manifestazione della volontà di un'autorità sovranaturale che si impone ai destinatari delle norme con la minaccia di sanzioni ultraterrene, congiunte o meno a sanzioni terrene.
- Alcune religioni qualificano la rivelazione divina come fonte del diritto (ebraica, cristiana e musulmana).
- Altri fenomeni religiosi pure presentano una forte intersezione con il sistema delle fonti del diritto vigente, ma per il loro carattere politeista e/o antropocentrico non sono riconducibili alla nozione di diritto divino in senso stretto e danno luogo a un **diritto di ispirazione religiosa e tradizionale**. (È il caso della religione indu; ma si pensi anche al ruolo che l'elemento religioso ha assunto negli ordinamenti giuridici dell'Estremo Oriente, quali il diritto cinese e il diritto giapponese, o a talune concezioni africane o andine della natura.)

Diritto canonico

- L'ordinamento giuridico della Chiesa cattolica, detto “**diritto canonico**” affonda le sue radici in epoche assai antiche. La dottrina è solita distinguere tre fasi della storia del diritto canonico: la prima va dalle origini al XII secolo, quando si ebbe la prima compilazione non ufficiale dei canoni nel *Decretum Gratiani* (1139-1148); la seconda fase comprende il periodo tra il XII secolo e il Concilio di Trento (1545-1563); la terza fase va dal XVI secolo alla compilazione del primo *Codex juris canonici* del 1918, ora sostituito dal *Codex* del 1983.
- La parte del diritto canonico di derivazione divina (*ius divinum*) si compone dello *ius divinum positivum*, che risulta dalla rivelazione delle sacre scritture e del messaggio evangelico; e dello *ius divinum naturale*, che invece assume a fondamento l'identità tra **volontà divina e razionalità**. I destinatari del diritto canonico sono tutti i battezzati: essi sono soggetti all'ordinamento della Chiesa alla cui applicazione provvedono i tribunali ecclesiastici. Oltre a trovare applicazione nello Stato della **Città del Vaticano**, il diritto canonico al giorno d'oggi viene applicato, in alcuni paesi e limitatamente a taluni rapporti, sulla base di un **regime concordatario**.

Diritto ebraico

- Il diritto ebraico è costituito dall'insieme dei testi biblici che contengono la rivelazione divina (**Torah**) e dalla interpretazione che di tali testi è stata elaborata dalla dottrina teologica ispirata dalla divinità (**Talmud**).
- I **destinatari** del diritto ebraico non sono coloro che aderiscono volontariamente alla religione, ma coloro che essendo nati da donna ebrea appartengono al popolo ebraico.
- Quanto poi all'ambito di applicazione, il diritto ebraico vige attualmente nello **Stato di Israele** come **statuto personale** degli ebrei e limitatamente ad alcune sfere della vita privata (famiglia); esso, peraltro, non è privo di influenza sulla produzione del diritto politico vigente.
- **Diritto ebraico e diritto israeliano** rappresentano due sistemi giuridici distinti e coesistenti. Il diritto religioso ebraico, infatti, presenta diversi punti di intersezione con il diritto israeliano prodotto dagli organi politici dello Stato di Israele. L'ordinamento giuridico israeliano, in diversi atti normativi fondamentali, si qualifica "Stato ebraico" oppure "Stato ebraico e democratico". La contaminazione tra il fattore religioso e il fattore politico non fa dello Stato di Israele uno Stato teocratico; al contrario in esso si afferma la libertà religiosa e si riconosce il pluralismo confessionale.
- Dunque, lo Stato di Israele è ebraico perché, in primo luogo, è lo Stato del popolo ebraico.
- Nello Stato di Israele lo "statuto personale" viene similmente applicato, in sfere che in prevalenza sono quelle del diritto di famiglia o ereditario, anche ad altre comunità religiose, cristiane o musulmane.

Diritto musulmano

- Il vincolo tra religione e diritto si presenta in modo marcato nel caso del diritto musulmano, tant'è vero che come la scienza giuridica è subordinata alla teologia, così il sistema delle fonti è vincolato al rituale religioso.
- L'Islam ha prodotto un diritto (la *shari'a*) il quale risulta dall'insieme di quattro componenti:
 - 1) la **rivelazione divina** per il tramite del profeta Maometto e raccolta nel Corano;
 - 2) la *sunna*, vale a dire il complesso delle regole (*hadit*) desunte, attraverso l'**opera degli interpreti**, dalle parole e dalle azioni del profeta, nonché dall'approvazione che egli abbia dato a proposito di fatti direttamente o indirettamente conosciuti;
 - 3) l'*idjma*, vale a dire le regole intorno alle quali si è formato il consenso della **dottrina giuridica** e che pertanto si ritengono conformi alla volontà divina;
 - 4) il *qiyas*, cioè quel complesso di regole desunte per **analogia** dalle norme derivanti da altre fonti

Sulla rivelazione divina è andato a stratificarsi un diritto giurisprudenziale elaborato prevalentemente tra il VII e il X secolo e che ancor oggi costituisce il nucleo immodificabile del diritto musulmano vigente. La compenetrazione che si registra nell'Islam tra religione e diritto è di tale intensità da giustificare l'odierna presenza di Stati islamici confessionali.

Tipologie di fonti (4)

- **Consuetudinarie:** prodotte non già in forza di un atto specifico, ma attraverso comportamenti reiterati, caratterizzati dall'uso (sono dunque ripetuti in modo uniforme, costante e frequente) e dall'*opinio iuris ac necessitatis*, ossia dalla consapevolezza che i soggetti che reiterano i comportamenti hanno della natura giuridica degli stessi, ritenendoli quindi vincolanti.

segue

- In occidente, la definizione di consuetudine affonda le sue radici in una elaborazione teorica sviluppatasi dall'antichità. I requisiti che determinano l'affermarsi di una norma consuetudinaria sono l'*usus* e l'*opinio*, vale a dire: la ripetizione generale, uniforme, costante, frequente e pubblica di un dato comportamento (*usus* o elemento materiale della consuetudine); cui si aggiunge la consapevolezza, in chi tiene quel dato comportamento, di un dovere giuridico di conformarsi all'uso (*opinio iuris* o elemento spirituale della consuetudine).

Tipologie di fonti (5)

- **Convenzionali:** norme prodotte dalla volontà dei soggetti che ne rimarranno vincolati. Sono adottate sulla base di un patto, condiviso dalle parti “contraenti” e vincolante solo per tali parti, secondo lo schema tipico del contratto. Nel diritto costituzionale, il ruolo delle convenzioni della Costituzione è tutt’altro che marginale, e ampi settori del diritto costituzionale risultano spesso disciplinati da numerose norme convenzionali. È il caso, in particolare, delle forme di governo. 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.

segue

- Una posizione di primo piano hanno assunto le convenzioni costituzionali nell'**ordinamento britannico**. Qui le regole di comportamento costituzionale sono ritenute vincolanti per coloro che fanno funzionare la costituzione, pur non essendo garantite da nessun giudice, né dai Presidenti delle Camere. Per usare una nota definizione, esse sono «regole non giuridiche che stabiliscono i modi in cui le regole giuridiche vanno applicate» (Marshall, Moodie). Si tratta, in altre parole, di regole di comportamento costituzionale vincolanti gli organi politici di vertice; esse non derivano dal diritto giurisprudenziale, né sono imposte dagli organi giudiziari; in definitiva si tratta di norme finalizzate a definire l'area della discrezionalità costituzionale. Peraltro devono registrarsi alcuni tentativi di superare il limite della non giustiziabilità delle norme convenzionali ad opera di alcune Corti. In particolare le Corti supreme di Canada e Israele hanno ritenuto di poter utilizzare le convenzioni costituzionali come parametro di legittimità costituzionale di talune norme primarie o quanto meno a fini interpretativi.

Diritto vigente e diritto vigente

- 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 modificano 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)**.

Formanti

- Ma lo scostamento si può apprezzare anche sulla base dei **formanti** dell'ordinamento.
- L'espressione "**formanti dell'ordinamento**" indica i diversi insiemi di regole e proposizioni che, nell'ambito di un ordinamento, contribuiscono a generare l'ordine giuridico del gruppo in un determinato luogo e in un determinato tempo.
- Negli ordinamenti contemporanei, i **formanti principali** sono la **legge** (in senso largo), la **dottrina**, la **giurisprudenza**; vale a dire l'insieme delle disposizioni adottate dal legislativo; l'insieme delle opinioni espresse dai dottori della legge; l'insieme delle decisioni dei giudici. Occorre distinguere i principali formanti a seconda del loro ruolo.
- Per "**formanti attivi**" o "**dinamici**" si intende 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: cap. II, II e cap. III), che insieme alla dottrina (o più in generale alla "cultura"), e agli altri formanti, espliciti o non verbalizzati (i crittotipi), concorrono a costruire gli ordinamenti giuridici
- Cioè, si guarda al **diritto vivo**, ai fattori e processi **sostanziali** che determinato 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.

Formanti non verbalizzati

- Esistono dunque 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 dimostrazione e nella determinazione di questioni giuridiche; anche se non esplicitamente enunciati, sono percepiti e trasmessi tra le generazioni di giuristi; assumono, per il giurista che li utilizza, il carattere di qualcosa di ovvio.
- Infine, “**diritto muto**” «può essere il diritto di un altro Paese, può essere lo *ius condendum* che serpeggia nel paese dell’interprete. Il diritto muto dello Stato può essere il diritto di quella religione, o il precetto (non giuridico) della religione stessa. Il diritto muto può vivere in una deontologia extragiuridica. Il diritto muto può discendere dalla dignità di certi interessi».
- Con “**diritto sommerso**” si intende invece quell’insieme di regole informali ignorate dallo Stato, senza essere dichiarate espressamente invalide.
- Questa soggezione ai crittotipi costituisce la mentalità del giurista di un determinato Paese. E la differenza di “mentalità” rappresenta il principale ostacolo alla comprensione fra giuristi di provenienza territoriale diversa; a esso si può ovviare soltanto con l’esercizio della comparazione, a livello sistemologico e istituzionale».