

# Diritto pubblico comparato ed europeo

Introduzione: oggetto, metodo,  
famiglie giuridiche

# Cos'è il diritto pubblico comparato?

- L'espressione designa una branca molto vasta degli studi giuridici, che studia **con il 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.

# Esso si compone di tre grandi aree

- Organizzazione e funzionamento del pubblico potere
- Le relazioni che esso instaura con la società
- Modalità mediante le quali si realizzano le relazioni

Dette aree sono riportabili al **diritto costituzionale comparato** e al **diritto amministrativo comparato**

# 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;
- Il Bicameralismo
- 
- 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. Attengono al **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 le risorse impiegate in modo efficiente.
- 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.



# 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.

# 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”.**

# 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 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.
- **Invenzione della modernità europea.** Si è poi diffuso in tutto il mondo subendo profonde evoluzioni nel tempo e nello spazio, generando distinte forme di sé.
- 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.

# 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 ...

- Per curiosità.
- Per necessità.
- Per utilità.

# 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.**

# 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

- **Politiche:** o per natura degli organi (elettivi, autoritari, ecc.) o perché sono 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.
- **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.
- **Religiose:** 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.
- **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.
- **Convenzionali:** norme 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.
- **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.**

# 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, 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.