

Diritto pubblico comparato

Introduzione: oggetto, metodo,
famiglie giuridiche

Oggetto e metodo (1)

- **Oggetto: le costituzioni degli stati del periodo storico contemporaneo studiate con il metodo comparatistico.**
- **Metodo comparatistico**
 - 1) Consente un raffronto tra norme e istituti di diritto costituzionale accolti nei diversi ordinamenti statali.
 - 2) L'intento è evidenziare le caratteristiche più significative di ciascun ordinamento, di operare confronti tra più ordinamenti, e di cogliere note di somiglianza ed elementi di diversità tra più ordinamenti.
 - 3) La 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.

Oggetto e metodo (2)

Gli istituti che esamineremo con tale metodologia saranno:

- Le famiglie giuridiche
- Le fonti del diritto
- I procedimenti di formazione e mutamento delle costituzioni;
- La giustizia costituzionale;
- Le forme di stato;
- Le forme di governo;
- L'articolazione territoriale del potere politico (federalismo e regionalismo);
- Il Bicameralismo

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”.

I principi del costituzionalismo (1)

- Sono spesso il portato e la razionalizzazione di principi e istituti che già erano stati teorizzati e applicati in epoche precedenti.
- Mondo antico: indagine sul fondamento dell'ordine politico e dei limiti al potere.

Pone il problema delle forme di organizzazione del potere che siano anche in grado di realizzare l'ordinamento più giusto e adeguato, che sappia sviluppare la virtù dei governanti e dei governanti (Aristotele e Polibio). Si elabora così il concetto di **costituzione mista**: bilancia i conflitti sociali e le diseguaglianze. **Potere temperato (idea di limite), equilibrio fra gruppi e controllo reciproco tra istituzioni politiche. Sono i germi della separazione dei poteri.**

- **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 (Parlamento inglese e rappresentanza per ceti: Tübinger Vertrag del 1514).

germi del principio di sovranità condivisa nella corporation King in Parliament.

germi del principio federativo (Svizzera 1291: Uri, Schwyz, Unterwalden; Province Unite dei Paesi Bassi: Unione di Utrecht del 1579).

I principi del costituzionalismo (2)

- Regno Unito: i limiti **al potere sono evidenti**. La *ancient constitution*, che affonda nelle consuetudini immemorabili del Regno, è 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. L'idea che risulterà vincente con la *Glorious Revolution del 1688-1689*, è razionalizzata da Locke: il **potere è legittimo perché è consentito**.
- Separazione dei poteri:
 - 1) modello USA separazione rigida:
 - 2) modello europeo (Montesquieu): coordinamento in funzione di controllo reciproco.
- Rivoluzione americana: idea della costituzione come legge superiore e fondamentale, prevalenza del diritto sul potere politico; controllo giudiziario delle leggi.
- Rivoluzione francese: frange progettualità costituzionale: XVI dichiarazione 1789; potere costituente; sovranità popolare (nazione).
- Ottocento: ancora limiti 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.
- Democrazia pluralista: pluralismo, stato pluriclasse, stato sociale, disciplina dei partiti, congegni razionalizzazione del potere; ricerca della stabilità dell'esecutivo; 'apertura' dello stato all'ordinamento internazionale.

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 Macrocomparazione

- 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, lala “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

- Sono figure classificatorie elaborate facendo ricorso al metodo comparato: sono in grado di raccogliere la complessità dei fenomeni giuridici in raggruppamenti utili per continuare nella ricerca scientifica.
- Sono fondamentali per inquadrare il fenomeno giuridico. Consentono di meglio comprendere anche i caratteri, strutture, finalità, radici degli istituti del diritto costituzionale.
- Sono molteplici le influenze della famiglia giuridica sulla costituzione dello Stato.
- Singoli istituti assurgono a modello esemplare: circolano, vengono recepiti e innestati o trapiantati da un ordinamento a un altro appartenente a una differente famiglia giuridica.
- Molte volte regole di diritto “non costituzionali” sono oggetto di disciplina da parte dei testi costituzionali (USA, Sudafrica, Botswana, Paesi Arabi).
- È utile per vedere come “vive” il diritto costituzionale: le costituzioni come realtà dinamiche.
- Famiglie giuridiche e diritto pubblico comparato hanno in comune un settore di studi: **le fonti del diritto.**

Fonti del diritto

- Anche per l'esame delle famiglie giuridiche, rilevante è la fonte costituzionale, **fonte suprema** dell'ordinamento e «fonte sulle fonti», che contiene la disciplina della produzione delle norme giuridiche.
- **Il tema delle fonti è poi 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.**
- *Tipologie di fonti*
 - 1) *fonti legali e fonti extra ordinem*
 - 2) *fonti-atto e fonti-fatto*
 - 3) *Ruolo della gerarchia.*

Tipologie di fonti

- **Politiche:** sono tali sia perché sono manifestazioni di volontà sia perché sono prodotte da organi di vertice dell'ordinamento che hanno una legittimazione di tipo politico (lettivi, ecc.). Categoria assai ampia, di carattere essenzialmente formale, in cui le norme prodotte variano profondamente a seconda delle forme politiche che le producono.
- **Giurisprudenziali:** 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 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 all'unanimità dalle parti 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.

In particolare: le convenzioni nel Regno Unito

- Sono 'non-legal rules' della Costituzione britannica: integrano e rendono possibile l'applicazione delle fonti strettamente giuridiche (consuetudini e leggi del Parlamento).
- Realizzano la 'dinamica' dell'ordinamento: sono una pluralità di comportamenti che determinano come 'effettivamente' gli attori politico-istituzionali fanno funzionare le fonti formali che disciplinano la forma di governo.
- Determinano le modalità mediante le quali gli organi costituzionali (e gli attori politici) possono esercitare le prerogative e le attribuzioni stabilite da altre fonti dell'ordinamento costituzionale
- Non sono di produzione legislativa, né giurisprudenziale, ma sul seguente *test*: 1) si basano sulla presenza di un precedente comportamento (*how often? Has it been consistently observed?*); 2) gli attori politici considerano la convenzione costituzionale *binding*; 3) rispondono a una esigenza di miglior funzionamento e a una *good political reason*: **conventions are followed because a failure to obey them would lead to legal difficulties** (P. Leyland).

Alcuni esempi

- L'esecutivo è della Corona (consuetudine), e tuttavia: le convenzioni:
 - 1) Prevedono la figura del Primo Ministro e del Gabinetto;
 - 2) Richiedono che il sovrano nomini Primo Ministro il leader del partito che, alle ultime elezioni della *House of Commons*, ha ottenuto la maggioranza dei seggi.
- La Corona scioglie la *House of Commons* (consuetudine), ma per convenzione lo scioglimento è *upon request* del Primo Ministro (che, quindi, sceglie discrezionalmente il momento più opportuno).

In definitiva

- Le consuetudini della Costituzione britannica stabiliscono la “statica” del sistema;
- Le convenzioni provvedono a realizzare la “dinamica” dello stesso.
- In molti casi, la legge può intervenire, integrando, modificando o sopprimendo le convenzioni (es. *Parliament Act 1911* che “codifica” il principio del bicameralismo imperfetto, fino ad allora convenzionale di origine convenzionale).

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.