

Capitolo Primo

IL DIRITTO COMPARATO. METODO E FONTI

Sommario: 1. La comparazione costituzionale. – 2. Importazione, esportazione, circolazione delle esperienze costituzionali. – 3. Le caratteristiche degli ordinamenti di *common* e di *civil law*. – 4. Le fonti del diritto nel diritto comparato. – 5. Le leggi e gli atti aventi forza di legge. – 6. La ripartizione della produzione legislativa tra Stato e autonomie territoriali. – 7. La ripartizione della produzione normativa tra ordinamento nazionale e sovranazionale.

1. La comparazione costituzionale

Il fenomeno costituzionale può essere studiato secondo diverse prospettive. alcune distinzioni

In relazione all'**oggetto** si distingue tra diritto costituzionale italiano, straniero e comparato. Il primo studia gli istituti vigenti nel nostro ordinamento, il secondo approfondisce la disciplina costituzionale di uno o più Stati, mentre il diritto comparato studia specifici istituti giuridici o i caratteri della forma di governo o di Stato di più ordinamenti, mettendoli a confronto.

Sempre sotto il profilo dell'**oggetto** si possono avere tanto studi di carattere generale, quanto di natura settoriale: questi ultimi focalizzano l'attenzione su specifici istituti o organi costituzionali, oppure approfondiscono determinati segmenti del fenomeno costituzionale (come, ad esempio, il diritto parlamentare, il diritto regionale e degli enti locali, la giustizia costituzionale).

Gli studi di natura generale, invece, si propongono di esaminare – sul piano storico o teorico – come i diversi ordinamenti affrontano problematiche generali (come le forme di Stato e di governo, le procedure di revisione della Costituzione).

Assumendo quale punto di riferimento il **metodo** con cui si investiga il fenomeno costituzionale, si può distinguere tra diritto costituzionale, storia costituzionale e diritto costituzionale comparato.

Il diritto costituzionale ricostruisce i caratteri e gli istituti di un particolare ordinamento giuridico (ad esempio, la Repubblica italiana o quella francese); la storia costituzionale studia l'evoluzione nel tempo di un ordinamento, evidenziando gli elementi di discontinuità o di continuità. La comparazione giuridica, infine, raffronta i dati ricavati dall'esame di più oggetti e li valuta criticamente, al fine di evidenziare coincidenze, affinità, differenze: sia nel modo di regolare un medesimo istituto, sia nel dare soluzione agli stessi problemi.

La comparazione, a sua volta, può essere distinta in **macro e micro-comparazione**.

In quest'ultimo caso, il confronto avviene tra singoli istituti (es. la controfirma, lo scioglimento del Parlamento, la crisi di governo), tra organi (es. la Corte costituzionale, il Pubblico ministero, il Difensore civico, il Consiglio superiore della magistratura), tra principi (la rappresentanza politica, la sussidiarietà, il principio di proporzionalità), tra le fonti del diritto (la funzione costituente, le leggi e gli atti aventi forza di legge, i regolamenti, le sentenze dei Tribunali costituzionali).

Nel caso della **macro-comparazione**, invece, si compara la disciplina di ampie partizioni del diritto costituzionale (ad esempio, la garanzia dei diritti fondamentali, la democrazia rappresentativa, i controlli di costituzionalità) o i criteri informatori la forma di governo (parlamentare, presidenziale, semipresidenziale) e la forma di Stato (unitario, federale, regionale).

Poiché la comparazione presuppone sempre un confronto tra due o più ordinamenti, discipline giuridiche o istituti, gli oggetti di tale confronto, per risultare comparabili, debbono innanzitutto essere omogenei.

A tal fine, le singole esperienze costituzionali possono essere collocate all'interno di "famiglie giuridiche", le quali si distinguono sulla base del differente processo di formazione storica – come nel caso della distinzione tra ordinamenti di *civil* e di *common law* –, ovvero in quanto si ispirano a valori e principi contrapposti – come, nel caso, dei sistemi costituzionali occidentali, islamici, socialisti, asiatici.

La comparazione è possibile tra ordinamenti giuridici che fanno parte della medesima "famiglia giuridica", ovvero ordinamenti appartenenti a "famiglie giuridiche" differenti, ma riconducibili a un medesimo sistema di valori e di principi giuridici. Come nel caso degli ordinamenti di *common law* e di *civil law*, i quali, nonostante le notevoli differenze originarie, hanno fatto parte della tradizione giuridica del costituzionalismo: cioè di quel processo storico che, verso la fine del XVIII secolo, ha determinato la crisi dello Stato assoluto e l'affermazione dello Stato costituzionale di diritto, recependo i valori ispiratori delle grandi rivoluzioni liberali (inglese, francese, nordamericana).

In generale, poi, le differenze presenti all'interno della stessa "famiglia" giuridica tendono ad attenuarsi in virtù di una crescente circolazione delle esperienze (ad esempio, i tipi di sentenze adottati dai giudici costituzionali), dell'influenza maggiore esercitata da alcuni sistemi politici (ad esempio, la diffusione della forma di governo semipresidenziale nei Paesi dell'Europa orientale), della capacità attrattiva propria di alcuni "prototipi (ad esempio, il federalismo nordamericano).

Il collante che ha plasmato le esperienze costituzionali europee, anglosassoni e americane è costituito dal **costituzionalismo**, cioè quel movimento culturale che nasce nel XVII secolo con la rivoluzione francese e nordamericana e con la critica allo Stato assoluto, e che si è evoluto dando poi vita alla forma Stato democratico e sociale.

le tradizioni giuridiche che si ispirano al costituzionalismo

L'elemento che accomuna queste esperienze è il riconoscimento del valore universale di alcuni principi comuni: la tutela dei diritti fondamentali, la limitazione del potere, il principio di legalità, la separazione dei poteri, il valore normativo della Costituzione, il ruolo primario della legge in quanto espressione di un Parlamento elettivo.

Queste esperienze, pur possedendo un'unitarietà di fondo, hanno intrapreso percorsi distinti e codificato soluzioni istituzionali differenti: si può sostenere che all'interno del costituzionalismo si sono succedute **diverse tradizioni costituzionali**.

Il Regno Unito ha perseguito le finalità generali del costituzionalismo secondo un percorso che è il frutto di un'esperienza storica a sé stante: basata sul principio della *sovereignty of Parliament* – per cui non si può annullare una legge approvata dal Parlamento – e sul ruolo particolare assegnato alle norme consuetudinarie e alle convenzioni costituzionali.

A sua volta, il costituzionalismo espresso dalla rivoluzione francese ha affermato l'esistenza di un nesso inscindibile tra Stato costituzionale e garanzia dei diritti fondamentali. Emblematica è la formulazione dell'art. 16 della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 secondo cui ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata non ha Costituzione. Inoltre, la Dichiarazione riconosce la supremazia giuridica della legge, in quanto espressione della volontà generale.

Infine, il costituzionalismo di derivazione statunitense, si pone l'obiettivo di evitare il rischio di una "tirannia democratica": prefigura un'organizzazione costituzionale basata sul federalismo, sull'equilibrio tra i poteri e su forti meccanismi di controllo. Inoltre, afferma sia la preminenza giuridica della Costituzione sulle leggi e le altre fonti del diritto; sia la necessità di affidare ai giudici un controllo sulla costituzionalità delle leggi (*judicial review of legislation*).

la rilevanza
del contesto
storico e
culturale

Ai fini di una corretta comparazione i diversi istituti, principi, organi debbono essere considerati non soltanto dal punto di vista formale – attraverso l'interpretazione dei documenti normativi che li istituiscono e li regolano –, ma anche con riferimento alla specificità del loro **contesto storico e culturale**.

In alcuni casi, la **comparazione formale** – pur rappresentando un punto di partenza necessario – **può risultare fuorviante**; disposizioni costituzionali eguali, una volta codificate in contesti differenti, possono produrre effetti sostanzialmente diversi. Si pensi, ad esempio, al differente rendimento che il presidenzialismo ha avuto negli Stati Uniti d'America e in America latina; oppure a come uno stesso sistema elettorale possa produrre esiti differenziati a seconda della peculiarità del sistema dei partiti.

Così come non vanno trascurati altri fattori (di natura prevalentemente sociologica): basti considerare come le caratteristiche della classe politica condizionano la rappresentanza politica; come i gruppi di pressione incidono sull'effettività dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione; come l'autonomia, la professionalità e l'indipendenza dell'ordine giudiziario concorrono a rendere effettiva la tutela dei diritti fondamentali.

In altri termini, la comparazione non può prescindere da un saldo ancoraggio con la **storicità del fenomeno giuridico**: si deve sempre tenere in considerazione la **specificità delle culture costituzionali**, intese come un complesso di norme, istituzioni, riflessioni dottrinali e usi che emergono dal concreto operare della Costituzione, con riferimento a uno specifico contesto sociale. Non sono rari i casi in cui si è in presenza di testi costituzionali che formalmente si ispirano alla tradizione liberale e democratica, ma non ne possiedono l'anima.

Inoltre, la comparazione tra ordinamenti non può prescindere dalla considerazione dalla loro **storia costituzionale**.

La storia, ad esempio, è determinante per comprendere i caratteri del costituzionalismo in America latina il quale, pur essendosi ispirato alle Costituzioni francese e degli Stati Uniti – si pensi all'opzione repubblicana e federale, al riconoscimento del principio della sovranità popolare – fu condizionato dall'assenza di un'effettiva penetrazione all'interno della società latino-americana dei valori e dei principi del costituzionalismo europeo e nordamericano.

Eguale, la specificità del regionalismo italiano o di quello spagnolo appare difficilmente inquadrabile se si prescinde dall'approfondimento dei differenti processi storici che hanno prodotto la Costituzione della Repubblica italiana del 1948 e la Costituzione della Monarchia spagnola del 1978.

Infine, in tema di codificazione dei diritti fondamentali, si deve considerare che essi, per essere effettivi, debbono essere non solo codificati, ma anche convalidati dalla cultura giuridica e politica di un determinato ordinamento. In altri termini, le modalità di garanzia dei diritti della persona sono disciplinate dalle carte costituzionali, però la loro effettiva fruizione dipende dalla misura in cui l'esigenza della loro tutela penetra all'interno della comunità, divenendo parte della costituzione in senso sostanziale di uno specifico ordinamento.

2. Importazione, esportazione, circolazione delle esperienze costituzionali

Gli ordinamenti, pur essendo influenzati da una specifica cultura costituzionale non sono, tuttavia, autosufficienti. La capacità di aprirsi all'influenza di altre esperienze costituisce una condizione di vitalità. All'interno del fenomeno generale della circolazione delle esperienze si possono individuare realtà differenti, per cui è opportuno distinguere tra importazione, esportazione o imposizione di determinati "modelli" costituzionali.

una
classificazione
dei processi
costituenti

L'**importazione** deve avvenire adottando particolari cautele; occorre, in particolare, valutare con attenzione gli effetti che l'importazione di una esperienza può produrre sul funzionamento del sistema costituzionale "ospitante".

Si pensi, ad esempio, agli esiti profondamente diversi che ha generato una meccanica riproduzione del semipresidenzialismo francese in Europa o del presidenzialismo statunitense nel continente latino-americano.

Con riferimento al fenomeno dell'**esportazione**, l'esperienza storica ha dimostrato che alcuni documenti o soluzioni costituzionali sono nati possedendo al loro interno una tensione e una capacità universalizzante: nel senso che hanno funzionato da polo di riferimento per altri ordinamenti, risultando in grado di orientarne lo sviluppo. Hanno, in altri termini, aperto un "canale di comunicazione" per determinate "ideologie" costituzionali.

Tra gli esempi più evidenti di esportazione possiamo segnalare i primi documenti costituzionali che hanno segnato il passaggio dallo Stato assoluto a quello costituzionale.

Le forze costituenti che hanno positivizzato gli ideali originari del costituzionalismo, dando vita allo Stato di diritto, intendevano introdurre principi in grado da fungere da paradigma universale. È il caso

– ad esempio – delle prime Costituzioni francesi diffuse in Europa anche grazie alle baionette dell'esercito napoleonico. Ovvero della Costituzione degli Stati Uniti d'America che nasce animata da una sorta di "spirito missionario".

L'esportazione può anche essere la conseguenza di una sconfitta bellica o della forte influenza culturale che un ordinamento in posizione dominante esercita su altri ordinamenti, legati al primo da vincoli di subordinazione. Si pensi, ad esempio, alla diffusione della tradizione costituzionale inglese e spagnola nei territori coloniali; ovvero alle Costituzioni dell'Europa orientale approvate al termine del secondo conflitto mondiale utilizzando come matrice i principi ispiratori le Costituzioni di tradizione comunista.

Diverso dalle fattispecie sopra richiamate appare, invece, il fenomeno della **circolazione**, il quale è animato non tanto da intenti politici o ideologici, quanto da esigenze funzionali, nel senso che un istituto, un principio, una procedura si affermano in altri ordinamenti in virtù della loro efficacia, del rendimento che hanno prodotto in altri contesti: è il caso, ad esempio, della diffusione della giustizia costituzionale, delle principali formule di razionalizzazione della forma di governo parlamentare o di alcune tecniche di tutela e di garanzia dei diritti fondamentali.

La circolazione può riguardare i principi, la codificazione di specifiche clausole, singoli istituti o un peculiare orientamento giurisprudenziale.

Tra i principi che hanno maggiormente circolato all'interno del costituzionalismo possiamo ricordare, come esempio, la supremazia della Costituzione o la separazione dei poteri.

Numerose clausole costituzionali sono presenti, poi, in materia di tutela dei diritti fondamentali (ad esempio, la salvaguardia del contenuto essenziale dei diritti, il riconoscimento di diritti futuri, al momento non enumerati). Tra gli istituti che sono stati riprodotti in ordinamenti differenti si possono richiamare i ricorsi innanzi ai giudici costituzionali a tutela dei diritti costituzionali (ricorsi diretti o di *amparo*) ovvero le tecniche di distribuzione della competenza legislativa tra lo Stato e i suoi ambiti territoriali (ad esempio, ripartizione della competenza in base alle materie o all'interno della stessa materia in base alle distinte attività).

Un esempio di istituto che è circolato ampiamente è il c.d. *recall*, in base al quale un certo numero di elettori possono con il voto revocare anticipatamente i titolari delle cariche elettive.

Esso è stato costituzionalizzato in alcuni Cantoni della Svizzera alla fine dell'800, in diversi Stati degli Stati Uniti d'America e dell'America latina (dalla Bolivia, al Cile, alla Costa Rica), ma si rinviene

anche in sistemi costituzionali di ispirazione socialista (come la Costituzione dell'Unione sovietica e quella cubana).

La circolazione ha coinvolto anche alcuni **criteri per l'interpretazione giurisprudenziale**.

È il caso, ad esempio, del principio di proporzionalità, che impone all'operatore giuridico di ricercare un ragionevole e proporzionato equilibrio tra interessi e diritti in conflitto. Così come appare crescente la tendenza dei giudici ad utilizzare *rationes decidendi* ricavate dalla giurisprudenza di Tribunali costituzionali o di Corti supreme di altri Paesi.

Inoltre, è frequentemente richiamata nelle decisioni la **giurisprudenza straniera**, cui si ricorre per meglio argomentare un cambio di giurisprudenza o per rafforzare *ad adiuvandum* una determinata interpretazione del dettato costituzionale. In altri termini, il richiamo al diritto straniero serve a rendere più persuasiva l'argomentazione.

Questo fenomeno è particolarmente frequente in Europa, dove la funzione unificante della giurisprudenza – o meglio, la creazione di tradizioni costituzionali comuni – è favorita da due giudici sovranazionali come la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Tale propensione, tuttavia, non è eguale nei diversi ordinamenti: prendendo ad esempio il continente nordamericano, si può contrapporre l'atteggiamento della Corte suprema del Canada – ampiamente favorevole all'utilizzo della giurisprudenza straniera – a quello della Corte suprema degli Stati Uniti d'America, tradizionalmente restia a ricorrere allo strumento comparativo.

Normalmente, la circolazione non produce dei cloni, bensì degli ibridi nel senso che una soluzione costituzionale adottata in una specifica realtà produce effetti non sempre identici se applicata in un contesto storico e culturale differente. l'ibridazione

Esempi importanti di ibridazione hanno interessato la giustizia costituzionale, il decentramento territoriale del potere e le forme di governo.

La **giustizia costituzionale**, ad esempio, si è affermata ispirandosi a due modelli contrapposti: quello di ispirazione nordamericana (*judicial review of legislation*) e quello austriaco (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) –. Nel primo caso, qualsiasi giudice poteva disapplicare una determinata norma ritenuta in contrasto con il testo della Costituzione; nel secondo, soltanto un giudice speciale – istituito *ad hoc* – è competente a dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma primaria.

Inoltre, lo *judicial review* si caratterizza come sindacato concreto, le cui decisioni avevano effetti *inter-partes*, mentre la *Verfassungserichtbarkeit* assume il carattere di un controllo di costituzionalità accentrato e astratto.

Tuttavia, l'esperienza comparata ha favorito un progressivo avvicinamento tra i due tipi. Ad esempio, in Europa, il giudizio di costituzionalità ha acquistato elementi di concretezza (come dimostra la crescente rilevanza che assumono le questioni di costituzionalità prospettate dai giudici, ovvero la diffusione dei ricorsi diretti per la tutela dei diritti); mentre il sistema nordamericano acquisisce elementi crescenti di astrattezza con riferimento al ruolo unificante della Corte suprema e alla regola del precedente.

Inoltre, prendono corpo forme “miste” di giustizia costituzionale contrassegnate dalla presenza, all'interno del medesimo ordinamento, di forme concrete e astratte, preventive e successive. Ad esempio, con riferimento all'Italia, il controllo di costituzionalità delle leggi può essere preventivo (giudizio in via di azione) o successivo (questione incidentale di legittimità costituzionale); astratto (giudizio in via di azione) o concreto (questione incidentale di legittimità costituzionale).

La contaminazione costituzionale può riguardare anche la distinzione tra **forme di Stato federali e regionali**. Infatti, i criteri di distinzione individuati dalla dottrina per distinguere le due forme di Stato (struttura del bicameralismo, modalità di partecipazione delle entità decentrate alla formazione della volontà statale, organizzazione della funzione giurisdizionale, codificazione dei diritti fondamentali) non sono assolute dal momento che queste caratteristiche sono rinvenibili – in un ipotetico atlante costituzionale – tanto in esperienze federali che regionali.

sovranità
popolare,
separazione
dei poteri e
sistema delle
fonti

Il sistema delle fonti è stato influenzato anche dal principio della **sovranità popolare**, che ha spostato la centralità del sistema dall'esecutivo alle assemblee rappresentative: non a caso, la legge del Parlamento costituisce la fonte primaria del diritto.

Di conseguenza, si determina una gerarchia tra le norme di rango legislativo e le fonti secondarie, che si traduce nel divieto per queste ultime di disporre in senso contrario alle disposizioni legislative.

Inoltre, alla preminenza dell'organo rappresentativo si è associato il principio generale della riserva di legge, il quale consisteva inizialmente nella regola secondo cui la disciplina di determinate materie deve essere riservata alla legge parlamentare.

A sua volta la **separazione dei poteri**, che si afferma come critica allo Stato assoluto – in cui tutti i poteri erano accentrati nella figura

del Sovrano e i funzionari esercitavano le diverse funzioni in suo nome – afferma il principio del potere limitato: distribuito tra gli organi costituzionali in modo che, da un lato, sia assicurata la loro autonomia e, dall'altro lato, venga bilanciata la tendenza di ogni potere a prevalere sugli altri.

In altri termini, l'esercizio delle funzioni sovrane dello Stato si fraziona tra più organi e si formalizzano delle regole di organizzazione per cui ciascun potere si caratterizza per l'esercizio di una determinata funzione e ha la capacità di equilibrare gli altri poteri.

In tempi recenti il sistema delle fonti del diritto è stato influenzato anche dalla teoria della **pluralità degli ordinamenti giuridici**, che ammette l'esistenza di norme giuridiche prodotte da una pluralità di ordinamenti, **superando il principio della statualità del diritto**.

sistema
delle fonti e
pluralità degli
ordinamenti
giuridici

La concezione dello Stato come unico ordinamento giuridico entra in crisi contestualmente alla crisi dello Stato liberale, agli inizi del secolo scorso: allorché si ammette l'esistenza di una molteplicità di ordinamenti giuridici, sia esterni – come gli ordinamenti sovranazionali, internazionali o religiosi – che interni allo Stato – come gli ordinamenti autonomi e regionali –, cui le diverse Costituzioni attribuiscono la capacità di produrre delle norme vincolanti per l'ordinamento giuridico nel suo complesso.

Di conseguenza, il rapporto tra le norme prodotte dallo Stato e quelle proprie degli altri ordinamenti giuridici non può essere risolto sulla base del criterio di gerarchia, ma occorre applicare quello di competenza.

Nell'ambito dell'ordinamento dell'**Unione europea**, il sistema delle fonti si fonda sulla **primauté del diritto comunitario**: come ha affermato la Corte di giustizia delle Comunità europee in una sentenza oramai risalente nel tempo, “la Comunità economica europea costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato, sia pure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed al quale sono soggetti non solo gli Stati membri, ma anche i cittadini”.

In altri termini, qualsiasi giudice nazionale, adito nel proprio ambito di competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario, disapplicando le eventuali norme interne contrastanti con quest'ultima.

Il principio è stato costituzionalizzato nel 2001 allorché la revisione del titolo V della Parte II della nostra Costituzione, ha affermato al c. 1 dell'art. 117 che Stato e Regioni – nell'esercizio della potestà legislativa loro riconosciuta – incontrano anche il limite del rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

rule of law

La *rule of law* costituisce un **principio fondamentale del diritto britannico**, che si è diffuso non solo in tutti gli ordinamenti di *common law*, ma ha influenzato anche quelli di *civil law*. Inoltre, fa parte del patrimonio costituzionale comune degli Stati che aderiscono all'Unione europea e rappresenta un fondamentale criterio di valutazione ai fini dell'ampliamento dell'Unione nei confronti di nuovi Stati.

In termini generali, si può dire che consista nel **predominio del diritto contro l'arbitrarietà del potere**, nel senso che fonda la legittimazione delle norme scritte o consuetudinarie. Ad un esame più puntuale, tale principio si scompone in una **pluralità di significati** che, nel loro complesso, definiscono il modo di intendere e di praticare le regole giuridiche.

Innanzitutto, in conformità con il **principio di legalità**, vieta a chi applica o interpreta il diritto di porsi al di sopra dello stesso: cioè richiede che le norme siano interpretate conformemente o compatibilmente con la *rule of law* e che quando tale compatibilità è impossibile si rende necessaria la disapplicazione della norma (*judicial review*).

In secondo luogo, traduce sul piano delle fonti del diritto il principio di **eguaglianza innanzi alla legge**: la *rule of law* prevede, infatti, che le disposizioni debbano essere impersonali e regolare le diverse fattispecie in modo generale e ragionevole. Nella sua impostazione tradizionale considera giuridicamente irrilevanti le diverse identità e le situazioni particolari, aderendo a una nozione formale di eguaglianza.

Infine, attribuisce una particolare rilevanza alle decisioni giudiziarie, che competono a un'autorità differente da quella che ha prodotto le norme: i giudici debbono **applicare le norme in modo imparziale**, verificare la loro rispondenza alle disposizioni costituzionali e ai principi generali dell'ordinamento, assicurare la regolarità e la certezza del diritto.

La *sovereignty of Parliament* costituisce un altro principio che caratterizza gli ordinamenti di tradizione anglosassone. La sua formalizzazione costituzionale risale all'art. 9 del *Bill of Rights* del 1689, secondo cui l'attività del Parlamento non può essere messa in discussione da alcuna Corte o altro organismo, all'infuori del Parlamento stesso.

Successivamente, in seguito all'*Act of Settlement* del 1701, tale principio ha assunto una pluralità di significati: in particolare, l'inviolabilità degli *interna corporis* dell'assemblea legislativa, il divieto per le Corti di disapplicare un atto del Parlamento, il divieto per il Parlamento in carica di limitare o condizionare, con proprie deliberazioni, il Parlamento che verrà successivamente eletto.

Con riferimento al sistema delle fonti questo principio ha prodotto