

7- Diritto costituzionale italiano e comparato 2020-2021

Roberto Scarciglia

Università di Trieste

Dipartimento di Scienze politiche e sociali

7-Schemi per lezioni 22-23 10 2020



Scelte metodologiche

Le scelte metodologiche che precedono un'analisi comparativa possono appartenere a due diverse tipologie, entrambe necessarie:

le alternative possono essere di **carattere tecnico oppure teorico**.

Le prime sono in stretta connessione con i materiali di studio che il ricercatore acquisisce nella fase iniziale della conoscenza comparativa (vedi i siti SSRN e ICCU)

Questi materiali sono, talvolta, di difficile dominio per la quantità e la facilità di acquisizione attraverso internet, le molteplici banche-dati, le comunicazioni che pervengono da comunità epistemiche

Scelte metodologiche

Per quanto riguarda, gli approcci metodologici di carattere teorico, è frequente che il ricercatore inizi a pensarci dopo l'acquisizione dei materiali quando una iniziale idea progettuale abbia iniziato a formarsi.

In proposito questi materiali sono definiti come “biopsie giuridico culturali” (*legal cultural biopsies*) o “istantanee” (**snapshots**) degli ordinamenti giuridici (Husa)

Opzioni metodologiche di carattere tecnico

- Queste indicazioni che hanno un carattere esemplificativo, anche se riguardano le principali opzioni utilizzate nelle analisi comparative.
- Secondo una classificazione proposta da Jaakko Husa, le alternative a carattere tecnico sono le seguenti:
 - a) micro/macro-comparazione;
 - b) comparazione longitudinale/trasversale;
 - c) comparazione bilaterale/ multilaterale;
 - d) comparazione orizzontale/verticale;
 - e) comparazione monoculturale/multiculturale

Opzioni di carattere tecnico

a) micro e macro-comparazione

i concetti di “**micro-comparazione**” e “**macro-comparazione**” sono strettamente collegati alle diverse modalità di svolgimento di una indagine comparativa.

Questa forma di classificazione non riguarda soltanto il diritto comparato, ma è presente, anche, nelle scienze economiche dove si distingue fra micro e macro-economia.

La “**micro-comparazione**” può essere utilizzata in ambiti molto vasti, in cui rientrano enunciati normativi, casi, soluzioni di problemi giuridici, precedenti giudiziari, istituti giuridici, etc.

Micro e macro-comparazione

La maggior parte delle opere pubblicate che si auto-qualificano di “diritto comparato” hanno per oggetto temi **micro-comparativi**, in particolar modo in relazione al diritto privato, ma anche al diritto amministrativo e costituzionale.

Per quanto riguarda, invece, la “**macro-comparazione**”, la stessa si concentra sui sistemi giuridici e sulle loro caratteristiche fondamentali, sulle tradizioni giuridiche e culturali. Anche se il confine fra le due alternative di carattere tecnico è molto **flessibile**, un elemento che segna la differenza è sicuramente l’elevato livello di astrazione che caratterizza l’analisi comparativa, come accade, ad esempio, per la metodologia e le tecniche legislative o la costruzione di un sistema di fonti del diritto.

Macro-comparazione

Fra i principali oggetti di analisi macro-comparativa, le **classificazioni degli ordinamenti in famiglie giuridiche** hanno assunto particolare importanza per gli studiosi del diritto comparato, sin dalle prime formulazioni teoriche conseguenti alla ricerca di **elementi permanenti** (o invarianti) e delle loro reciproche relazioni.

Storia, cultura e tradizioni hanno consentito forme di aggregazione come accade per gli insiemi matematici.

Che cosa intendiamo per “**famiglie giuridiche**”?

L'idea di famiglia giuridica contiene «un'idea di rapporto storico fra i diversi sistemi giuridici», in particolar modo, del continente europeo (Husa).

Famiglie giuridiche

Dove nasce questa espressione?

Il giurista francese **Adh mar Esmein** (1848-1913) la utilizz  durante il Congresso di Parigi del 1900, dove propose una classificazione delle «législations ou coutumes de différents peuples» in cinque famiglie:

- a) il gruppo latino;
- b) il gruppo germanico;
- c) il gruppo anglo-sassone;
- d) il gruppo slavo;
- e) il diritto musulmano, che Esmein considerava una proiezione europea sulla base normativa musulmana

Questa classificazione, come le successive, **manca di un carattere omogeneo**

Famiglie giuridiche

- Il comparatista **Georges Sauser-Hall** (1844-1966) propone una classificazione nel 1913 (fondata sul concetto di razza, in cui si contrapponevano i diritti degli Arian, dei Semiti, dei Mongoli e dei popoli barbari (Africani e Melanesiani).
- La successiva classificazione di **René David** (1906-1990) ricomprendeva quattro famiglie:
 - romano-germanica,
 - diritto dei Paesi socialisti,
 - *common law*,
 - ordinamenti giuridici religiosi e tradizionali, come categoria residuale in cui sono ricompresi il diritto musulmano, il diritto dell'India, della Cina, del Giappone, dell'Africa e del Madagascar

Famiglie giuridiche

Il modello proposto da David, studiato da generazioni di studenti, **non era immune da difetti** e, in particolar modo:

dava «luogo a **confusione** per quanto riguarda le zone grigie da una categoria all'altra. Secondariamente, i raggruppamenti operati appaiono [...] imperfetti e incompleti, poiché furono interamente pensati sulla base del diritto privato, ignorando il diverso risultato ottenibile qualora fosse stato adottato come criterio ordinatore il diritto pubblico»

Famiglie giuridiche

- Anche il modello proposto da Konrad Zweigert e Hein Kötz non diverge sostanzialmente da quello di David, in cui **le famiglie dominanti** – la romano-germanica, quella di *common law* e di diritto socialista – sono centrali per delineare un modello.

Famiglie giuridiche

- Le più recenti proposte di classificazione tengono in considerazione alcuni **presupposti necessari**:
 - l'esistenza di ordinamenti giuridici misti
 - la quasi scomparsa del modello socialista
 - l'emergere di forme crescenti di pluralismo
 - ma, soprattutto, hanno in comune una proiezione verso il necessario superamento dell'idea che gli ordinamenti e le famiglie giuridiche rappresentino «**entità statiche e isolate**»
- Gli ordinamenti giuridici entrano, con sempre maggiore frequenza, in contatto con elementi esterni da cui sono contaminati

Famiglie giuridiche

Questo è accaduto per tutti i sistemi europei e in altre parti del mondo dove **il diritto comune si combina con la legge religiosa** o il diritto consuetudinario indigeno, come accade in Paesi come India e Pakistan

tutte le forme di classificazione, tassonomie, raggruppamenti, devono essere considerate con molta prudenza, sia perché le stesse scontano la formazione culturale di chi le propone (prevalentemente etnocentrica), sia per il fatto che la rapida trasformazione generata da **fenomeni di carattere globale** rende tali classificazioni obsolete e relative