

Avvertenze

Questo libro è frutto di scambi di idee, di reciproci influssi e di una lunga e proficua collaborazione tra gli autori, ed è stato scritto insieme in ogni paragrafo o riga, reciprocamente verificati, corretti, integrati. Solo per ragioni burocratiche, gli autori dichiarano che i capitoli vanno attribuiti così: L. Pegoraro: Introduzione; cap. I, §§ 1-3, 6, 7; cap. II, §§ 4.1.4, 5.1, 5.2, 7.1, 7.2; cap. III, sez. I (tranne § 5); cap. IV; A. Rinella: cap. I, §§ 4, 5, cap. II, tranne §§ 4.1.4, 5.1, 5.2, 7.1; cap. III, sez. I, § 5. Si è valso inoltre, in parte, del materiale studiato ed elaborato per la stesura di altre opere pubblicate nel corso degli anni, tra cui la monografia *Le fonti nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2000, trad. sp. *Las Fuentes en el Derecho Comparado (con especial referencia al ordenamiento constitucional)*, Ed. Jurídica Grijley, Lima, 2003, e i manuali *Diritto pubblico comparato* (5^a ed., insieme a G. MORBIDELLI E M. VOLPI, Giappichelli, Torino, 2016, e prime quattro edizioni con A. REPOSO), *Derecho Constitucional Comparado* (a cura di D. LÓPEZ GARRIDO, M.F. MASSÓ GARROTE, L. PEGORARO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli-Astrea, Torino-Buenos Aires, 2017, trad. sp. *Derecho constitucional comparado*, tomo 2, *Sistemas constitucionales*, 2 voll., Astrea-Giappichelli, Buenos Aires-Torino, 2018.

Il volume attinge ad alcuni contributi, apparsi nel *Glossario di diritto pubblico comparato*, Carocci, Roma, 2009, a cura di L. PEGORARO (versione in spagnolo, *Glosario de Derecho Público Comparado*, a cura di E. FERRER MAC-GREGOR, M. NUÑEZ, C. ASTUDILLO, G. ENRÍQUEZ FUENTES, P. TORRES ESTRADA, Porrúa, México, 2012), scritti da autorevoli esperti delle materie trattate nelle voci citate; altre citazioni ricorrenti in nota fanno riferimento al volume collettaneo: S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 voll., Tirant lo Blanch-México, México, 2017, e al libro di L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli-Astrea, Torino-Buenos Aires, 2017, trad. sp. *Derecho constitucional comparado*, 2, *Sistemas constitucionales*, 2 voll., Astrea-Giappichelli, Buenos Aires-Torino, 2018. Per semplificare le citazioni, essi ver-

ranno abbreviati nelle note, senza citazione dei curatori o degli autori, rispettivamente con “*Glossario*”, con “*La ciencia*” e con “*Sistemi*”. Saranno altresì abbreviati i titoli di varie opere citate, se molto estesi, ma comunque in modo tale da permettere una immediata percezione dell’oggetto della pubblicazione. Il titolo completo comparirà nella bibliografia finale.

Il testo è corredato da un apparato di note ragionate e una bibliografia finale, per agevolare gli approfondimenti degli studenti e le ricerche di laureandi, dottorandi e studiosi; si è preferito però non appesantirlo con interminabili elenchi scaricati da internet (come spesso accade), ma di apporre, accanto ai riferimenti classici, basilari e indispensabili, solo i libri e gli articoli effettivamente utilizzati, citati nella versione originaria e nelle eventuali traduzioni. Le citazioni normative e dottrinali in inglese, francese, spagnolo sono lasciate perlopiù nell’idioma originale, nel presupposto che, trattandosi di lingue veicolari, sono conosciute, e che comunque le lingue neolatine si intendono facilmente.

Gli autori

Introduzione

Lo studio delle fonti del diritto dalla prospettiva del comparatista dedicato al diritto pubblico/costituzionale mette a dura prova la tenuta delle teorie elaborate dalla filosofia e dalla teoria generale del diritto, quali esse siano, per non dire di quelle proposte dalla maggioranza dei costituzionalisti “interni” o dogmatici di ogni paese d’Europa o dell’America anglosassone. Si tratta infatti di elaborazioni forgiate in Occidente, per cui si scontrano immediatamente con una questione preliminare: l’applicabilità di linguaggi, concetti, e classificazioni a realtà dove palese è la frattura tra “forma” e “sostanza”. Le trattazioni tradizionali di diritto costituzionale comparato tendono a dare per scontata l’accettazione uniforme di categorie non sempre assimilate e raramente coerenti con le sovrastrutture formali e le strutture valoriali del costituzionalismo.

Il primo scoglio è rappresentato dalla stessa concezione di “diritto”: i comparatisti/costituzionalisti occidentali e liberal-democratici solo raramente (o “epidermicamente”) fanno lo sforzo di impadronirsi e accettare concetti (“visioni”, verrebbe da dire) a loro estranei, come quello di “*amae*” (armonia) nel diritto giapponese, di “*fa*”, di “*li*”, di “*hexie*” nel diritto cinese, di “*dharma*” nel diritto indu, di *ubuntu* o di “*fanahy maha-olona*” (principio di esistenza) nel diritto africano, di “*sumak kawsay*” (“*buen vivir*”) nell’idioma kichwa, ecc., che non solo condizionano pre-giuridicamente, ma vertebrano il modo di intendere quello che da noi si chiama “diritto”. Metodologicamente, ciò dovrebbe implicare una almeno parziale rinuncia al metodo giuridico come concepito nella nostra cultura giuridica, e l’uso di scienze qui da noi considerate autonome e distinte, come la sociologia o l’antropologia¹. Implica altresì adattare il lessico occidentale a concetti quasi in traducibili: a volte occorrono pagine intere per tradurre vocaboli come “*fa*” o “*li*”².

¹ Per la dottrina sul metodo e sul metodo comparato v. L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bup, Bologna, 2014, trad. sp. *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método*, Astrea-Unam, Buenos Aires-México, 2016, *passim* (i riferimenti, anche più avanti, sono all’edizione argentina); L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli-Astrea, Torino-Buenos Aires, 2017, trad. sp. *Derecho constitucional comparado, 2, Sistemas constitucionales*, 2 voll., Astrea-Giappichelli, Buenos Aires-Torino, 2018, cap. I. (D’ora in avanti *Sistemi*.)

² R. CAVALIERI, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Angeli, Milano, 1999, p. 29 ss.

Implica soprattutto rassegnarsi ad accogliere un senso *comparatistico* di “diritto” molto largo, più o meno come “regole che vincolano il comportamento umano”³, rinunciando ahimè alla distinzione tra regole “giuridiche” e regole “sociali” o “religiose”. In molte culture, il carattere cogente di queste ultime prevale sulla coazione delle regole prodotte dallo Stato o da altri ordinamenti della cui natura “giuridica” nessuno osa dubitare⁴.

Può essere estesa a tale tipo di accostamento al diritto costituzionale/pubblico comparato la critica che Guastini formula ai critici del realismo: essi, «a quanto pare, non sono interessati alla (mera) conoscenza del diritto, e dunque delle pratiche interpretative che, del diritto, sono parte costitutiva. Ciò che a loro interessa è solo partecipare alla pratica giuridica “dal punto di vista interno”. Diciamo così: alla scienza giuridica preferiscono decisamente la politica del diritto. Piuttosto che descrivere imparzialmente il diritto, preferiscono (contribuire a) farlo»⁵. E ancora: «una norma fondamentale condizionata da una definizione di “diritto” giusnaturalistica, palesemente, non è di alcuna utilità alla descrizione del diritto positivo vigente. Può solo adempiere a compiti di politica del diritto: accreditare come vincolanti le norme conformi al diritto naturale, screditare come non vincolanti le norme che non vi si conformano. Il discorso giurisprudenziale dei giusnaturalisti non ha nulla di genuinamente descrittivo»⁶.

Il concetto di “Stato” si è affermato ovunque, e sta dietro a qualsiasi teoria positiva delle fonti; peraltro, altri ordinamenti non statali ne limitano l’efficacia e la capacità di portare a coazione le norme prodotte. Una teoria comparatistica delle fonti non può considerare tali solo quelle prodotte dagli Stati (o da essi riconosciute, come le norme di diritto internazionale, o quelle religiose previste da concordati e intese, o quelle indigene nella misura in cui ciascuno Stato le ammette). Una regola della tradizione opera nella comunità di riferimento, obbliga, vincola, a prescindere dal riconoscimento statale, come pure una regola religiosa è effettiva anche in ordinamenti statali “laicizzati” a forza, se sorretta dal comune convincimento che “occorre fare così”.

Può il diritto comparato ignorare la vigenza di sistemi normativi che concorrono con quelli statuali, imponendosi – in luoghi e tempi determinati – su questi ul-

³ R. GUASTINI, parte I, cap. V, “Ancora su diritto e forza”, § 4, “Il concetto di obbligo giuridico”, in ID., *Discutendo*, Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017, p. 78.

⁴ Vedi A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Prefazione* a L.-J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1996 (trad. it. del libro di L.-J. CONSTANTINESCO, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Rechtsvergleichung*, Heymanns, Köln, 1971), p. XXXV: «La nozione occidentale di diritto si rivela insufficiente a promuovere un’indagine effettivamente macro-comparatistica, idonea ad individuare gli archétipi categoriali».

⁵ R. GUASTINI, “Ermeneutici e analitici”, parte II, cap. II, § 4, di ID., *Discutendo*, cit., p. 225.

⁶ R. GUASTINI, “Problemi concettuali del normativismo”, parte I, cap. X, § 1, di ID., *Discutendo*, cit., p. 126.

timi? Crediamo che la risposta debba essere “no”. La frattura tra il formante legislativo (e costituzionale) e quello socio-culturale che sta dietro priva spesso di efficacia il primo. Il diritto vigente è quello legittimato da regole diverse da quelle statali, reso coerente e completo dall'accettazione generalizzata di una *Grundnorm*, o se si preferisce da una norma di riferimento⁷, che conosce devianze meramente patologiche (come sempre accade), ma risolve internamente i conflitti, nonostante il rischio che – ogni tanto – lo Stato pretenda di dichiararne l'illegalità. La constatazione che esistono regole “giuridiche” (in senso largo) non statali che prevalgono su quelle statali non implica affatto l'accoglimento di teorie neo-istituzionaliste degli ordinamenti⁸, a patto di accettare che il diritto “positivo” non è solo quello prodotto dal legislatore (e/o dai giudici), secondo la comune accezione occidentale, ma da qualsiasi autorità formalmente o di fatto costituita: compresa la comunità (per le norme tradizionali), o la comunità dei credenti (per le regole religiose seguite da tutti o quasi tutti i componenti della comunità stessa). È il diritto che vige, durevolmente e sistematicamente, non come eccezione ma come trama fisiologica delle relazioni sociali, prescindendo dal diritto formalizzato e dalla pretesa (statale) di portare questo, talora, a esecuzione coatta⁹.

Un diritto comparato costituzionale globale, nel descrivere le fonti giuridiche che operano nel mondo, non può arrestarsi alla soglia delle codificazioni normative imposte, ignorandone la non vigenza, o peggio ancora commisurandone la legittimità sulla base di *Grundnormen* metafisiche elaborate in altre regioni del globo (“democrazia”¹⁰, “diritti umani”, ecc.).

Può peraltro utilizzare categorie e linguaggio propri della “sua” scienza – è ineluttabile! – e soprattutto non può rinunciare a constatare che, comunque, essi permeano largamente il diritto anche in regioni del mondo che ne rifiutano i presupposti culturali. (Per non dire che, nello studio del diritto comparato costituzionale dell'Occidente, tra strutture socio-culturali e strutture giuridiche non c'è iato, anche se i fenomeni migratori sollecitano ripensamenti pure in quest'area, in ter-

⁷ A prescindere che la norma fondamentale non sia oggetto di accertamento, a differenza della regola di riconoscimento di H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961, trad. sp. *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.

⁸ Vedasi M. NÚÑEZ TORRES, *El método comparado como estrategia epistemológica del institucionalismo jurídico iberoamericano*, in S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 voll., Tirant lo Blanch-México, México, 2017, I, p. 321 ss. (D'ora in avanti *La ciencia*.)

⁹ Vedi, a commento di un caso valutato da una Corte di *common law*, nel quale erano implicati il concetto di amicizia e la simbologia del sangue nella scrittura di un contratto, P. GOODRICH, *Interstitium and Non-Law*, in P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2012, p. 227: «The Western concept of friendship does not seem directly applicable and so immediately, straight off, first line of the opinion, the juridical paradigm, the legal decision, has to be supplemented, confronted, aligned to disciplines and knowledges other than law».

¹⁰ V. cap. III, sez. II, § 5.2, nt 528.

mini non già di assimilazione e di omologazione, bensì di interculturalismo¹¹). Il costituzionalismo formale infatti si stratifica ovunque sopra ordinamenti giuridici distinti, ma concorre anche a modificarli, spesso in profondità¹²: per queste ragioni, daremo spazio prevalente allo studio della costituzione e delle fonti così come configurate nelle tradizioni occidentali, specie di *civil law* e di *common law*, che hanno permeato – non solo con la colonizzazione – l'intero globo.

Una particolare attenzione sarà rivolta alla costituzione come fonte e norma suprema e al suo assalto, sia da parte delle teorie neocostituzionaliste (a vantaggio del diritto giudiziale), sia dei Tribunali costituzionali e internazionali (a vantaggio dei principi da essi individuati, o meglio forgiati)¹³; alla “dutilizzazione” delle fonti, specie a opera del diritto transnazionale e del *soft law*, che riduce la distinzione tra comandi e consigli ed è funzionale alla demolizione del pluralismo giuridico oltre che del *Welfare State*¹⁴; al fenomeno della concentrazione del potere normativo in mano agli esecutivi, quale che sia la forma di Stato implicata, che stacca la produzione di fonti dalla sua base “democratica”.

Si prenderanno dunque in considerazione nel capitolo II – dopo le osservazioni preliminari sviluppate nel capitolo I –, le fonti consuetudinarie; di seguito le regole convenzionali; quelle di origine divina; quelle giurisprudenziali, sia di formazione dotta che giurisdizionale (con particolare riferimento al *common law*); le fonti che derivano la loro legittimazione dai precetti di un organo politico. In quest'ambito sarà trattato il processo di codificazione (*civil law*). Dopo lo studio della costituzione quale fonte produttrice di diritto e criterio informatore dei si-

¹¹ V. cap. I, § 6, nt 43.

¹² Sono emblematiche molte esperienze, dal costituzionalismo (e la codificazione) di Mustafa Kemal, all'esportazione del costituzionalismo in Oceania o in America Latina, fino – in contesti diversi – all'imposizione del modello di “costituzione” sovietica nel Sud dell'Unione delle Repubbliche socialiste. Va peraltro osservato che i crittotipi di un diverso diritto continuano a covare sotto la cenere: un secolo non è bastato, in Turchia, a spegnere l'islamismo, risorgente oggi con Erdogan, come non è bastato, negli ex kahanati parte dell'URSS, a segnare definitivamente la vittoria dell'ateismo di Stato. Appena le condizioni lo permettono, il diritto profondo prova a risorgere, a scapito delle imposizioni.

¹³ V. su esse M. CARBONELL SÁNCHEZ (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Unam-Trotta, Madrid, 2009; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard U.P., Cambridge, 1977, trad. sp. *Los derechos en serio*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, su cui M. BELTRAN, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs Bork: una polémica constitucional*, Civitas-Fac. de Der. Un. Compl., Madrid, 1988; in chiave critica, R. GUASTINI, *A proposito di neo-costituzionalismo*, in *Teoria pol.*, nuova serie, n. 1, 2011, p. 147 ss., e – con diverso accostamento – A. REPOSO, *Dal costituzionalismo al neocostituzionalismo*, in *La ciencia*, cit., I, p. 1251 ss.; inoltre S. SASTRE ARIZA, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw Hill, Madrid, 1999.

¹⁴ N. BOBBIO, *Comandi e consigli*, in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, 2ª ed. (a cura di T. GRECO), Giappichelli, Torino, 2012; ID., voce *Norma giuridica*, in *Nss. dig. it.*, X, Utet, Torino, 1964, p. 958 ss., e in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994; v. anche, per una variazione sul tema, A. PIZZORUSSO, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 1963, p. 345 ss.

stemi di fonti¹⁵, in un quarto capitolo analizzeremo le singole fonti di produzione giuridica a livello popolare (*initiative*, referendum) e statale, e cioè la legge, le fonti atipiche, le leggi delegate e i decreti-legge, gli atti normativi degli enti periferici e delle organizzazioni sovranazionali, i regolamenti, nonché alcune fonti residuali, come i regolamenti parlamentari e le sentenze costituzionali.

¹⁵ Cfr. cap. III, sez. I, § 1.

Capitolo I

Fonti del diritto e comparazione

SOMMARIO: 1. Semantica di “fonti del diritto”. – 2. Polimorfismo delle fonti. – 3. I principi del diritto. – 4. Fonti e famiglie giuridiche. – 5. Fonti e forme di Stato. – 6. Fonti e tipo di Stato. – 7. Fonti e forme di governo.

1. Semantica di “fonti del diritto”

La definizione più frequente dell’espressione “fonti del diritto” è quella di “atti o fatti idonei a produrre diritto” (o simili)¹. Più precisamente, «con l’espressione “fonti del diritto” si indicano gli atti o fatti dai quali, in virtù delle norme sulla produzione giuridica, deriva la creazione, la modificazione o l’abrogazione di disposizioni o norme suscettibili di valere come tali nell’ambito dell’ordinamento giuridico di riferimento»². Come appena detto, essa però richiede una preliminare

¹ Per la bibliografia generale v. L. PEGORARO, A. RINELLA, *Le fonti nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2000, ed. peruviana (a cura di J.F. PALOMINO MANCHEGO), *Las fuentes en el Derecho Comparado (con especial referencia al ordenamiento constitucional)*, Grijley, Lima, 2003; A. PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2005; R. SHINER, *Legal Institutions and the Sources of Law*, Springer, Dordrecht, 2005; S. VOGENAUER, *Sources of Law and Legal Method in Comparative Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford U.P., New York, 2006. Sul concetto di fonte, è bene tenere conto anche del cap. I del manuale di P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5^a ed., Thomson Carswell, Ontario, 2007. Si vedano inoltre vari contributi in M. BUSSANI, U. MATTEI (eds), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge U.P., Cambridge, 2012. Sulla differenza tra prospettiva dogmatica e prospettiva teoretica di “fonti del diritto” v. V. CRISAFULLI, voce *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 925 ss. Nella dottrina spagnola spicca il classico I. DE OTTO Y PARDO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2^a ed., Ariel, Barcelona, 1988, cui si possono aggiungere M. GASCÓN ABELLÁN, *El concepto de fuente del derecho*, in J. BETEGÓN, M. GASCÓN ABELLÁN, J.R. DE PÁRAMO, L. PRIETO, *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; J. AGUILÓ REGLA, *Teoría general de las fuentes del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2000. Sintesi chiara ed efficace per i comparatisti in F. PALERMO, *La produzione giuridica e i sistemi delle fonti*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (eds), *Diritto costituzionale comparato*, 2^a ed., 2 voll., Laterza, Roma-Bari, 2014, I, p. 952 ss.

² A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 1998, p. 259 s.

definizione di “diritto” da utilizzare sempre e comunque, con riferimento a qualsiasi ordinamento giuridico del passato o del presente³. 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 consenta di qualificare “fonti del diritto” la legge italiana o spagnola al pari del precedente nel diritto anglosassone, la consuetudine tanto quanto l’*iğmā*’ dei dottori musulmani, il regolamento comunale come il *dharma* induista, e via dicendo.

In particolare, è discutibile se si debbano chiamare “fonti” solo quelle autorizzate da una norma sulla produzione. Spiega R. Guastini che «Il concetto di fonte non è univoco in letteratura. Talvolta si dice “fonte” ogni atto che, di fatto, *produca* norme, sia esso autorizzato o no a produrle. Talaltra si dice “fonte” ogni classe di atti che siano *autorizzati* a produrre norme, anche se per avventura un determinato atto di quella classe è privo di contenuto normativo. In entrambi i casi, tra fonti e norme vi è uno stretto nesso concettuale. Ma tale nesso è costruito in due modi alquanto diversi nei due casi, dando luogo a due distinti concetti di fonte. Il primo è un concetto “materiale” (o sostanziale) di fonte. Il secondo è un concetto “formale” di fonte»⁴.

La distinzione principale consiste in ciò: «In senso materiale costituisce fonte del diritto ogni atto che *produca* norme: quali che siano il suo nome, il suo procedimento di formazione, e l’organo da cui promana (...). Secondo questo modo di vedere, i criteri di riconoscimento delle fonti sono dunque “materiali” (o “sostanziali”) nel senso seguente. Se un certo atto sia, o no, fonte del diritto non può essere deciso *a priori*, sulla base di elementi puramente formali, quali ad esempio il nome ufficiale (il *nomen juris*) dell’atto, l’organo da cui promana, o il procedimento di formazione: è il contenuto che occorre accertare. Ogni atto che sia provvisto di contenuto genuinamente normativo (cioè di un contenuto generale e astratto) costituisce fonte del diritto quali che siano i suoi connotati formali»; mentre «In senso formale, costituisce fonte del diritto ogni atto non già effettivamente produttivo di norme, ma *autorizzato* a produrre norme: quale che sia il suo contenuto»⁵.

Sia che si segua il criterio formale o quello materiale, l’uno e l’altro sono usati in modo non rigido dai giuristi dogmatici che studiano i singoli ordinamenti, e dai teorici generali, per lo più ancorati alle categorie del diritto occidentale. Quasi tutti sono costretti a scontare incursioni nell’approccio prescelto: chi considera fonti solo quelle autorizzate, deve ammettere che anche atti e fatti

³ Cfr. L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 21 ss.; *Sistemi*, cit., cap. I, § 1.

⁴ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, trad. sp. *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, Ed. Científica Peruana, Lima, 2016, parte II, cap. VI, § 1.

⁵ *Ibidem*.

non previsti, che egli denomina *extra ordinem*, possono novare l'ordinamento⁶; chi viceversa si ancora al criterio materiale, deve tener conto che ciascun ordinamento può qualificare come "fonti" anche atti e fatti privi di contenuto normativo e di capacità novativa⁷.

Per i comparatisti globali, il quadro è più complesso. Si impone innanzitutto stabilire chi ha il potere di decidere cosa sia "fonte", e saldare le fratture tra i distinti formanti: il legislatore (o la stessa costituzione)? La giurisprudenza? La dottrina? Le qualificazioni legislative sono rare, come pure quelle giurisprudenziali. Le stesse costituzioni non sono qualificate come fonti da nessuna legge o costituzione, o quasi (anche se spesso le costituzioni si auto-qualificano come "legge suprema": "legge", si badi, non "fonte"). La risposta più plausibile è che la categoria sia prettamente dottrinale, ricavata dall'osservazione empirica di ciò che nei vari sistemi produce o nova il diritto.

Un secondo connesso aspetto attiene alla relazione tra "fonti" e "norme", ovvero «qualsivoglia enunciato che si incontra nelle fonti del diritto», una "prescrizione", o meglio, con tutti i distinguo del caso, «il "contenuto" dell'atto di prescrizione, il significato dell'enunciato prescrittivo, quale risulta dall'interpretazione dell'enunciato stesso». La differenza tra disposizione e norma è che la disposizione è un segmento del discorso del legislatore, ovvero qualsiasi enunciato che appartenga a una fonte del diritto; norma è, come appena detto, (non già la disposizione bensì) il suo significato, variabile dipendente dell'interpretazione⁸. La distinzione è importante soprattutto in relazione alla teoria dell'interpretazione e al controllo di costituzionalità. Resta inteso che «Una norma è una prescrizione generale o, come anche si dice, una "regola di condotta"»⁹.

Ciò evoca un terzo e (per il diritto comparato) più strategico profilo. Quanto detto sinora, si confà alla visione dominante del diritto occidentale: per Guastini, «quale che sia il grado di sofisticazione concettuale con il quale ci accostiamo al diritto, una cosa è abbastanza chiara: il diritto – o, almeno, il diritto moderno – è (essenzialmente) un fenomeno linguistico. Per dirla con semplicità: il diritto è un discorso, il discorso del "legislatore"», anche se inteso genericamente come «il legislatore *in senso materiale*, ossia qualunque soggetto cui sia conferita autorità

⁶ *Infra*, § 2.

⁷ Es. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, pp. 23 ss., 180 ss.

⁸ R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 16; ID., *Le fonti del diritto*, cit., *passim*; ID., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 17 ss.; ID., *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 63 ss., e già V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 195 ss.; G. TARELLO, *Diritti, enunciati, usi*, il Mulino, Bologna, 1974.

⁹ Se si accolga la visione formale di "fonti", resterebbero escluse le prescrizioni concrete (come le leggi-provvedimento), oltre che quelle non astratte (come le retroattive): cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., parte I, cap. II, § 4.

normativa, cioè il potere di emanare e abrogare norme»¹⁰.

Che dire però del diritto prodotto da *fatti*, come la consuetudine? Guastini la considera una «(trascurabile) eccezione», «non (...) un fenomeno linguistico, giacché le norme consuetudinarie sono prive di formulazione linguistica»¹¹. Scarpelli ricorda peraltro che i comportamenti rilevanti per il diritto sono quelli «che abbiano valore di segni, o siano accompagnati da segni esprimenti l'assunzione della regolarità a regola direttiva della condotta»¹². C'è insomma linguaggio pure nei segni non linguistici¹³, come affiora anche nel linguaggio comune quando, in relazione al linguaggio dei non udenti, si parla appunto di “lingua” o “linguaggio” dei segni. Scarpelli peraltro condiziona l'accettazione della consuetudine in un modello normativistico del diritto all'esistenza di «una proposizione normativa che attribuisca validità ad una proposizione normativa (...) corrispondente alla descrizione di un comportamento abituale nella società (...)»¹⁴.

Quale che sia la risposta, come constateremo di qui a poco¹⁵, larga parte dell'umanità vive sulla base di regole consuetudinarie (o religiose, o morali) che sono riconosciute dalle regole scritte degli ordinamenti statali, o più semplicemente si impongono essendo vigenti, anche in conflitto con quelle ufficiali, e si traducono pertanto in “regole di condotta”, in norme e in fonti. Come sottolinea R. Sacco parlando del diritto africano – ma ciò vale anche per quello orientale o indigeno – «La regola tradizionale africana non è scritta. Molti autori hanno sottolineato questo suo carattere, l'oralità. (...) Il processo e la sentenza ignorano lo scritto. La dottrina – ove ne esista un qualche embrione – è una sapienza giuridica trasmessa a voce»¹⁶. Precisa che «Le regole tradizionali in questione appartengono per definizione a comunità prive di un linguaggio giuridico sofisticato», e che, mentre nei

¹⁰ Il rinvio di Guastini è a N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2, 1950, p. 350 ss.), e, con il titolo *Scienza giuridica*, in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 335 ss. V. anche M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Giappichelli, Torino, 1990.

¹¹ R. GUASTINI *Le fonti del diritto*, cit., parte I, cap. I, § 1, nt 2.

¹² Per la citazione cfr. U. SCARPELLI, voce *Metodo giuridico*, in *Enc. Feltrinelli Fisher. Diritto 2* (a cura di G. CRIFÒ), Milano, 1972, p. 423 s., e in ID., *L'etica senza verità*, il Mulino, Bologna, 1982.

¹³ V. il curioso (e interessante) saggio di V. ZENO-ZENCOVICH, *Lessons From a Traffic Light. A Juridical Scherzo*, in *La ciencia*, cit., I, p. 507 ss.

¹⁴ U. SCARPELLI, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Cisalpino, Milano, 1953, p. 75; su *Diritto consuetudinario e volontà normativa nel positivismo giuridico di Uberto Scarpelli* v. l'articolo così intitolato di L. PASSERINI GLAZEL, in P. BORSELLINO, S. SALARDI, M. SAPORITI (eds), *L'eredità di Uberto Scarpelli*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 143 ss.

¹⁵ *Infra*, in questo §, e cap. II.

¹⁶ R. SACCO, *Il diritto africano*, con la collaborazione di M. GUADAGNI, R. ALUFFI BECK-PECCOZ, L. CASTELLANI, in R. SACCO (ed.), *Trattato di diritto comparato*, Utet, Torino, 2006, p. 71. V. anche ID., *Lingua e diritto*, in *Ars interpretandi*, n. 5, 2000, p. 117 ss.

sistemi giuridici occidentali «il criterio di decisione si esprime con la formula secondo cui il fatto tale genera l'effetto talaltro», nei sistemi tradizionali «l'effetto si collega sì ad eventi che lo spirito europeo è pronto a considerare come elementi della “fattispecie”, ma si collega anche ad eventi ulteriori, che un europeo, quanto più è “giurista”, tanto meno è disponibile a inquadrare nel mondo del giuridicamente rilevante». «La ragione che si deve porre alla base di una decisione giuridica (giudiziaria, ma anche individuale) è espressa, tutt'al più, con un vago proverbio allusivo»¹⁷.

Anche la religione e il diritto a base religiosa sollevano analoghi problemi di compatibilità con le accezioni occidentali di “fonte del diritto”. «La presenza del sacrale può rendere poco comprensibile al giurista europeo le fonti della legittimazione tradizionale al potere pubblico. (...) La legittimazione risale al favore che le grandi forze invisibili assicureranno al gruppo se il gruppo sarà guidato dal soggetto privilegiato. Il Capo è depositario visibile della grande forza vitale che anima il mondo, che moltiplica le messi e i greggi, che favorisce la fecondità delle donne»¹⁸.

Possono regole e prescrizioni di tal fatta essere considerate “fonti del diritto”? Sono sufficienti per guidare il comportamento umano, per stabilire ciò che si può o non si può fare, o ciò che si deve o non si deve fare? Il generico precetto “fa' ciò che dice la tradizione”, o “fa' ciò che dice Dio” va considerato fonte? E soprattutto “fonte del *diritto*”? Riteniamo che, in quanto *Grundnormen* di ordinamenti che ancora (o non sempre) non hanno assimilato il concetto di statualità, o che perlomeno tollerano l'esistenza, accanto a fonti statali, di fonti tradizionali, oppure che assumono il precetto divino a regola legittimativa della stessa norma suprema “posta” – la costituzione – la risposta sia “sì”.

L'indagine comparatistica, da un lato, ci dimostra la relatività del concetto di “fonte” e la varietà di atti e fatti che danno senso a questa parola; dall'altro, concorre a tratteggiarne – all'interno dalla zona grigia che contorna quasi tutti i segni linguistici – un'area di significato preciso: dall'analisi dei vari ordinamenti, considerati sia dalla prospettiva sincronica che da quella diacronica (o storica), e privilegiando l'accezione “materiale” – unica possibile nell'indagine comparatistica – 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.

Quanto detto sopra spiega perché molti studi comparatistici abbiano posto al centro delle classificazioni delle famiglie giuridiche il concetto di fonte, che funge

¹⁷ R. SACCO, *Il diritto africano*, cit., p. 72. Per l'illustrazione di un caso famoso – il processo al leader kenota Y. Keniatta, nel quale si intrecciano tradizioni, oralità, linguaggio, eguaglianza, valori occidentali – v. L. LANZONI, *The Trial of Yomo Keniatta, by Montagu Slater: Oral Tradition and Fundamental Rights in the Trial*, in I. WARD (ed.), *Literature and Human Rights*, de Gruyter, Berlin, 2015.

¹⁸ R. SACCO, *Il diritto africano*, cit., p. 73.

da elemento determinante anche per chi pone l'accento su altre caratteristiche (come l'ideologia, il ruolo del diritto, della politica, della cultura, ecc.)¹⁹. Agli apporti dei civilisti comparatisti non può rinunciare il costituzionalista comparatista, soprattutto per sganciarsi da approcci riduttivi, destinati a circoscrivere lo studio delle fonti a una mera applicazione di teorie – come ad es. quella della *Stufenbau*, o gerarchia delle fonti – non consone a molte realtà, sia dal punto di vista storico che da quello dell'analisi sincronica. La teoria generale del diritto (*id est*, delle fonti) appare tutt'altro che “generale”, se solo si ascrivano i sistemi di produzione del diritto a classi che tengano conto di elementi quali la legittimazione del potere di produrle: per cui, accanto al diritto di origine “politica” (in senso lato, e cioè promanante dalla forza di un capo, sia esso un Parlamento o un dittatore o un capo tribale), si rinviene il diritto di origine religiosa (dove il precetto è: “obbedisci a ciò che dice Dio”), consuetudinaria (“fai quello che hanno fatto gli antenati”), giurisprudenziale (“fai quello che un giudice, o un saggio, in precedenza, hanno stabilito essere razionale”), convenzionale (“*pacta sunt servanda*”)²⁰.

D'altro canto, come detto nell'Introduzione, il costituzionalismo, e soprattutto il concetto di costituzione rigida, sollecita profonde ripercussioni sui sistemi di fonti. Caratteristico delle famiglie di tradizione occidentale (*common* e *civil law*), esso permea e condiziona anche lo sviluppo del diritto in altri contesti sistemici, che ne imitano spesso i profili formali e a volte anche quelli sostanziali, erodendo l'importanza di altri modi di produrre diritto. Si pensi ai tentativi di conciliazione tra diritto consuetudinario (tribale) e diritto costituzionale²¹.

2. Polimorfismo delle fonti

I sistemi di fonti del diritto presentano normalmente una articolazione che è proporzionale al grado di complessità della *societas* cui si riferiscono. È possibile,

¹⁹ *Infra*, § 4.

²⁰ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 257 ss., e ID., *Alcuni problemi da affrontare per lo studio delle fonti del diritto nell'epoca contemporanea*, in P. CARETTI (ed.), *Osservatorio sulle fonti 2008*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 289 ss., con riflessioni sull'influenza delle costituzioni, la globalizzazione, il *soft law*, ecc. La classificazione basata sulla legittimazione del potere echeggia quella proposta da J. VANDERLINDEN, *Comparer les droits*, Story-Scientia, Diegem, 1995, p. 334 ss. Quest'ultima – come ricorda A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 83 – «muovendo (...) da una nozione di sistema giuridico liberata dal requisito della statualità, propone di raggruppare diritti a partire dalla “fonte dominante”, ovvero dal prevalente “modo di formulazione del diritto”, e di concentrarsi solo in un secondo tempo su vicende come “l'ideologia o la tecnica”. In questo modo si potranno distinguere: un “sistema consuetudinario” generato dal comportamento dei membri della società, un “sistema dottrinale” incentrato sulle regole prodotte dai sapienti, un “sistema giurisprudenziale” fondato sui precetti dei giudici, un “sistema legislativo” basato sui comandi formulati da un vertice, e un “sistema rivelativo” riconducibile a una divinità».

²¹ V. *infra*, cap. II, § 4.1.4.

però, tracciare una serie di distinzioni di carattere generale che agevolano la lettura dell'ampio quadro di riferimento attraverso l'individuazione di alcuni tipi.

Innanzitutto, come visto, l'esame comparativo insegna che il diritto può essere prodotto, oltre che con procedure legalmente previste (fonti legali), anche fuori di esse (fonti *extra ordinem*), e che anzi questa seconda forma di produzione giuridica appare largamente diffusa negli ordinamenti meno strutturati, mentre viene considerata con sospetto in quelli più evoluti, dove il ruolo di fonte extra legale viene circoscritto al potere costituente e a poche altre manifestazioni²².

Suggerisce anche di attenuare la distinzione tra fonti di produzione e fonti di cognizione che, muovendo da una prospettiva esterna agli ordinamenti occidentali (o imitatori), non assume rilievo o, almeno, presenta una importanza minore. Infatti, alla contrapposizione tra le prime (definite dalla dottrina "atti e fatti cui ciascun ordinamento connette la nascita oppure l'estinzione delle proprie norme") e le seconde (cioè "i documenti che forniscono notizia legale delle norme prodotte, o comunque le rendono conoscibili") è in parte estranea tutta la vastissima area del diritto consuetudinario, che ignora ovviamente le fonti di cognizione, tali non potendo ritenersi le mere raccolte di usi, prive di carattere novativo.

Oltre che tra fonti legali e fonti *extra ordinem* (le quali, pur se abusivamente prodotte, ricevendo applicazione assurgono al rango di fonti del diritto in virtù del principio di effettività), e tra fonti di produzione e fonti di cognizione, si è soliti distinguere tra fonti-atto e fonti-fatto. Anche di ciò già si è fatto cenno. La contrapposizione fa leva sulla circostanza per cui la creazione, la modificazione o l'abrogazione di disposizioni, o la determinazione di modelli di comportamento, sia conseguenza o meno di un'attività volontaria specificamente rivolta alla produzione normativa. Dove le norme giuridiche derivassero da attività che non fossero finalizzate a quello scopo, ci troveremmo di fronte a fonti-fatto, quali la consuetudine. Le fonti-atto, da parte loro, costituiscono il risultato di un'attività esercitata dagli organi a ciò legittimati con il precipuo scopo di creare, modificare o abrogare norme giuridiche. Sono dunque fonti-atto, per esempio, la costituzione, la legge organica, la legge, il regolamento e le altre misure normative preordinate a produrre diritto.

Un'ulteriore distinzione tra le fonti del diritto – la quale ha valore con riferimento agli ordinamenti moderni – si fonda sul diverso grado di efficacia normativa che l'ordinamento attribuisce ai materiali da esse prodotti. Alla base di questa distinzione sta la teoria della gerarchia delle fonti (*Stufenbau*), elaborata da Merkl e Kelsen, utilizzando la quale si possono risolvere le antinomie che sorgono tra fonti di grado superiore e fonti di grado inferiore²³. Le prime, infatti, operano come fattori di giu-

²² Il potere costituente, infatti, in quanto si legittima in via di fatto e in virtù del fatto, non è riconducibile ad alcun procedimento formale. V. *infra*, cap. III, sez. I, § 6.1, e sez. II, § 1 ss.

²³ Si vedano di A. MERKL, tra altri, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in

stificazione del carattere normativo delle fonti inferiori e, allo stesso tempo, come limite del loro possibile contenuto; le seconde, a loro volta, operano come strumento di attuazione e di specificazione delle fonti superiori. I gradi in base ai quali è possibile distribuire le fonti possono variare, per numero e denominazione, da ordinamento a ordinamento. In linea generale, la gerarchia delle fonti degli ordinamenti statali viene articolata oggi almeno in quattro gradi corrispondenti, in ordine decrescente, alle norme costituzionali; alle norme legislative ordinarie o norme primarie; alle norme regolamentari o norme secondarie; agli usi e alle consuetudini.

Il criterio di gerarchia, però, si rivela oggi incapace di risolvere le antinomie tra le distinte fonti. Al suo posto, sempre più si fa largo il criterio di competenza²⁴. Negli ordinamenti a costituzione flessibile, la separazione formale per gradi tra costituzione e leggi ordinarie scompare. Viceversa, la rigidità della costituzione comporta che questa possa essere modificata solo da una fonte di pari grado e dunque diversa dalla legge ordinaria (generalmente attraverso procedure complesse e aggravate). L'irrigidimento della costituzione, inoltre, determina (spesso ma non sempre) l'introduzione di tecniche volte a sanzionarne la violazione da parte di norme gerarchicamente subordinate (controllo di legittimità costituzionale)²⁵.

Intorno alla costituzione (e sopra essa) possono essere stabiliti, dai vari ordinamenti, ulteriori gradi: si pensi alle c.d. fonti supreme, non suscettibili di essere modificate attraverso le normali procedure di revisione, per espressa previsione²⁶, oppure perché recanti principi la cui modificazione inciderebbe sulla costituzione sostanziale vigente al punto di stravolgerla. Si pensi anche alle fonti intermedie tra costituzione e legge ordinaria, quali le leggi organiche²⁷.

3. I principi del diritto

L'espressione "principi del diritto" allude a figure giuridiche che nei vari ordinamenti assumono talvolta denominazioni più articolate, come "principi generali

AA.VV., *Gesellschaft, Staat und Recht*, Verdross, Wien, 1931, p. 252 ss., e alcuni tra i suoi saggi tradotti all'italiano (a cura di M. PATRONO), in *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1978; di H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Deuticke, Wien, 1934, trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 3^a ed., Einaudi, Torino, 1952; ID., *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien, 1960, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966; ID., *General Theory of Law and State*, Harvard U.P., Cambridge, 1945, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello stato*, 5^a ed., Etas-Kompass, Torino, 1966.

²⁴ F. MODUGNO, voce *Norma giuridica (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 328 ss., e *amplius infra*, cap. IV, §§ 1, 4.

²⁵ V. cap. III, sez. I, spec. § 9 s., e sez. II, e in generale, tra i tanti, L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007, *passim*.

²⁶ Spagna, Italia, Portogallo, ecc.

²⁷ Per le fonti supreme v. cap. II, § 9 ss., e sez. II; per le fonti intermedie, cap. IV, § 4.

dell'ordinamento giuridico dello Stato" (Italia) o "principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica" (Francia)²⁸.

Sovente lo stesso legislatore qualifica una disposizione "di principio"; ma più spesso è la dottrina e, soprattutto, la giurisprudenza, specialmente quella costituzionale che, muovendo da una ricognizione del tessuto normativo, giunge alla conclusione che l'elemento essenziale comune a più disposizioni, o persino incardinato in una sola (come quella relativa all'eguaglianza davanti alla legge), rappresenta appunto un principio. Sia in un caso che nell'altro, la locuzione mantiene una larghissima vaghezza semantica. Guastini ne elenca varie accezioni, utilizzate per indicare di volta in volta norme provviste di un alto grado di generalità, o di carattere programmatico, o che occupano un grado elevato nella gerarchia delle fonti, o che rivestono un ruolo reputato fondamentale nel complessivo ordinamento giuridico o, infine, massime rivolte a organi esecutivi per dirigere la selezione delle disposizioni applicabili a una determinata fattispecie²⁹.

Va escluso comunque che i principi in parola siano principi metafisici o pre-giuridici: è bensì vero che taluni di essi furono elaborati partendo dall'idea che fosse la divinità oppure la ragione a forgiarli (come fu il caso della dottrina illuministica allorché affermò il principio della divisione dei poteri); ma sembra altrettanto pacifico che, per assumere un connotato di giuridicità, occorre che i principi trovino una qualche concretizzazione, anche implicita, nel diritto positivo o comunque vigente.

I principi assolvono a tre funzioni principali: innanzitutto, agevolano l'interpretazione della legge, cui tendenzialmente andrebbe ascritto un significato (anche) aderente ai principi che la ispirano o che sono sottesi a normative analoghe; in secondo luogo, servono a integrare il diritto codificato, come accade ad es. in Italia per quanto disposto in materia di *analogia iuris* dall'art. 12 disp. prel. c.c.³⁰. Infine, i principi vengono talora utilizzati per limitare l'ambito di compe-

²⁸ Sui principi, nell'immensa letteratura, v. con diverse posizioni: V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, n. 41, 1941, p. 41 ss.; N. BOBBIO, voce *Principi generali del diritto*, in *Nss. dig. it.*, XIII, Utet, Torino, 1966, p. 887 ss.; G.R. CARRIÓ, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, trad. it. *Principi di diritto e positivismo giuridico*, in R. GUASTINI (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, il Mulino, Bologna, 1980, p. 75 ss.; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., cap. V; R. GUASTINI, *Sui principi di diritto*, in *Dir. soc.*, n. 4, 1986; L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas*, Cec, Madrid, 1992; G. ALPA, *Principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993; M. ATIENZA, G. RUIZ MANERO, *Tre approcci ai principi di diritto*, in *Analisi e dir.*, 1993, p. 9 ss.; C. LUZZATI, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2012. Per la Francia, B. JANNAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1954; F. MODERNE, *Actualité des principes généraux du droit*, in *Rev. fr. dr. adm.*, n. 1, 1998, p. 495 ss.

²⁹ R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 271 ss.

³⁰ E cioè che: «Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

tenza di organi o enti. Nel diritto costituzionale, i principi vengono impiegati in maniera assai ampia dalle Corti e dai Tribunali costituzionali, che li assumono a parametro di costituzionalità o, addirittura, di supercostituzionalità³¹, o comunque li utilizzano, dopo averli “scoperti”, per decidere controversie loro sottoposte, ma soprattutto per stabilire assiologie e ponderazioni, nell’alveo della stessa costituzione.

Non c’è concordanza su un punto: se i principi generali del diritto siano norme vere e proprie, come afferma parte della dottrina o, invece, mere “matrici di norme”, in quanto inadatti a guidare in modo preciso il comportamento umano³².

Quanto alla loro natura di fonti del diritto, le tesi che la riconoscono, o meno, sono soggette alle variabili di ciascun ordinamento. Dove difetti una precisa qualificazione in tal senso, i principi producono diritto, ma non sono “atti” e tantomeno “fatti”, in quanto sono costruzioni create o dedotte dalla dottrina e dalla giurisprudenza; e anche se il legislatore stesso afferma che una disposizione è un “principio” o un’intera legge è “legge di principio”, il carattere di fonte andrebbe assegnato all’atto normativo in questione e non al principio. In altri casi, sono le stesse fonti legali ad assegnare ai principi la caratteristica di fonti, come in Spagna, dove ai sensi dell’art. 1 del codice civile «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». O nell’ordinamento europeo, a opera della Corte: l’art. 6 del trattato sull’Unione europea ha consacrato la tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU «e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, i quali fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali»³³. Assumendo la definizione larga di “fonte” utilizzata all’inizio, indispensabile nell’analisi comparatistica, pare preferibile ascrivere all’elenco delle fonti anche i principi generali, per l’uso (autoritativo) che se ne fa ovunque: non solo nei sistemi occidentali, dove li usano, per imporre le proprie regole, sia la legislazione che la giurisprudenza (di *common law* come di *civil law*), ma anche altrove (nel diritto sovietico, in quello religioso, in quello tradizionale), fungendo ovunque da cerniera tra le regole sociali e quelle giuridiche in senso stretto.

³¹ Come i “principi supremi dell’ordinamento” individuati dalla Corte costituzionale italiana.

³² Rispettivamente, da una parte V. CRISAFULLI, in vari scritti, e L. GIANFORMAGGIO, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 1986; dall’altra, U. SCARPELLI, *Diritti positivi, diritti umani: un’analisi semiotica*, in S. CAPRIOLI, F. TREGGIARI (eds), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Pliniana, Perugia, 1992, p. 39 ss.

³³ Vedi O. POLLICINO, *Las tradiciones constitucionales comunes en la edad de la codificación (europea) de los derechos*, in *La ciencia*, cit., I, p. 1191 ss.

4. Fonti e famiglie giuridiche

Gli studi comparatistici, specie sino al secondo dopoguerra, hanno sempre enfatizzato la grande dicotomia, ancorata in prevalenza all'analisi delle fonti, tra *common law* e *civil law*.

In senso lato, i sistemi giuridici di *common law* traggono origine dal *legal system* formatosi in Inghilterra e diffuso in ordinamenti evolutisi sulla base del diritto britannico, come gli Stati Uniti d'America. I sistemi di *civil law* trovano invece nella tradizione del diritto romano le radici della propria struttura; essi hanno la loro principale area di diffusione tra gli Stati di democrazia liberale dell'Europa continentale e tra quelli da essi derivati, come gli Stati dell'America latina. Esistono molti luoghi comuni rivolti a esemplificare le diversità che intercorrono tra i due sistemi³⁴.

I diritti romanisti si fondano sulla codificazione delle regole, e la legge assolve a un ruolo determinante nell'ordinamento giuridico. Al contrario, nei sistemi di *common law* la legge, che pure ha assunto grande rilievo in quei sistemi, non occupa una posizione privilegiata nel sistema delle fonti, mentre un proprio e autonomo fondamento mostra di avere il diritto di origine giurisprudenziale. Profonda poi appare la diversità a proposito dell'organizzazione delle Corti e del processo. Basti ricordare che il giudice romanista è un pubblico funzionario che accede alla carriera giudiziale per concorso pubblico; il giudice di *common law*, invece, è selezionato in modi diversi, non ultima la nomina a opera di organi politici. È altresì diverso l'intero sistema di accesso alla giustizia; ma ancora più profonda è la differenza culturale relativa alla formazione del giurista: il giurista della tradizione romanista si forma all'università secondo una tradizione dotta; il giurista di *common law* si forma preminentemente sulla base del *case law* (lo studio dei casi giudiziari)³⁵.

³⁴ Sui rapporti tra *common law* e *civil law*, vedi W. FULBECKE, *A Parallels or Conference of the Civil Law, the Canon Law and the Common Law of this Realme of England*, The Company of Stationers, London, 1602-1618; W.W. BUCKLAND, A.D. MCNAIR, *Roman Law and Common Law*, Cambridge U.P., Cambridge, 1952; UNITED KINGDOM NATIONAL COMMITTEE OF COMPARATIVE LAW, *Reciprocal Influences of Common Law and Civil Law*, House of Parliament, London, 1957; J.H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition*, Stanford U.P., Stanford, 1969, trad. it. *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Giuffrè, Milano, 1973; J. MANCE, *The Common Law and Europe: Differences of Style or Substance and Do They Matter?*, Holdsworth Club of the Un. of Birmingham, Birmingham, 2007; D. FAIRGRIEVE (ed.), *The Influence of the French Civil Code on the Common Law and Beyond*, British Inst. of Int. and Comp. Law, London, 2007.

³⁵ Vedi G. PAVANI, "Il potere giudiziario", in *Sistemi*, cit., cap. IX, sez. V, spec. § 5, la quale ricorda che «in Inghilterra, l'elaborazione giurisprudenziale, frutto della ragione, produsse un diritto che si contrappose alle consuetudini locali e si staccò dall'autorità del sovrano. Il Re non godette più, indistintamente e in modo assoluto, di *Gubernaculum* e *Iurisdictio*, secondo la teorizzazione di Henry de Bracton; nella *iurisdictio* il Re incontrò i limiti della *lex terrae* come aveva sostenuto Sir Edward Coke, *Chief justice della Court of Commons Pleas* di fronte a Giacomo I». In Francia, il

Nondimeno, nel mondo contemporaneo, la dicotomia così sommariamente tracciata non sembra così profonda e netta come i luoghi comuni citati sembrano lasciar intendere. Nel corso dei secoli, le due famiglie hanno conosciuto reciproci contatti e influenze, oltre che l'influsso di comuni fattori culturali assai potenti, come la morale cristiana e le dottrine filosofico-politiche più diffuse (liberalismo). Pur mantenendo la loro struttura diversificata, sono cresciuti i punti di convergenza (giustizia costituzionale, armonizzazione e/o uniformazione delle normative, amministrazione pubblica, federalismo, ecc.). In particolare, quanto alle fonti, l'idea di norma giuridica e il ruolo della legge sembrano ormai molto vicini nei due sistemi. Insomma, fra tali modelli è avviato da tempo un percorso di ibridazione; esso assume un significato di portata ampia nella sfera del diritto costituzionale, dove si registra la crescita di ruolo e spazio della legislazione negli ordinamenti di matrice anglosassone e l'evoluzione del valore della giurisprudenza negli ordinamenti continentali³⁶. Inoltre esistono sistemi giuridici che coniugano con armonia elementi provenienti dalle due famiglie giuridiche (Scozia, Israele, Québec, Africa australe³⁷), al punto che qualcuno configura un'unica famiglia giuridica occidentale³⁸.

Un analogo processo di convergenza si registra anche con gli altri modi di produzione che analizzeremo nelle prossime pagine. La colonizzazione ha impiantato su corpi normativi autoctoni, di legittimazione tradizionale o divina, forme di produzione del diritto chiaramente mutate dagli archetipi occidentali, sia di *common law* che di *civil law*. C'è da ricordare in particolare il ruolo unificante

“giudice professionista” possiede una serie di conoscenze giuridiche acquisite nell'ambito di un percorso formale di studi. Esso appare per la prima volta nel tardo medioevo nelle Alte Corti ecclesiastiche: cfr. M. ARMGARDT, voce *Judges and Juries in Medieval and Post-Medieval Roman Law*, in S.N. KATZ (ed.), *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Oxford U.P., Oxford-New York, 2009, III, p. 404 s. V. poi almeno R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors*, Cambridge U.P., Cambridge, 1987, trad. it. *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Giuffrè, Milano, 1991.

³⁶ H. MUIR WATT, *Globalization and Comparative Law*, in M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 591. Nondimeno, non mancano privatisti che insistono sulla grande distinzione [come G. CRESPI REGHIZZI, *Introduzione*, in L. ACQUARONE, F. ANNUNZIATA, R. CAVALIERI, G.F. COLOMBO, M. MAZZA, A. NEGRI, L. PASSANANTE, G. ROSSOLILLO, L. SEMPI, *Sistemi giuridici nel mondo*, 2ª ed. (a cura di A. NEGRI)], Giappichelli, Torino, 2016, p. XV), e costituzionalisti che, in nome della circolazione dei principi costituzionali, tendono ad attenuarla, tra cui E.A. IMPARATO, *Common law v civil law. Tra formanti, canoni ermeneutici e giurisprudenza quali contaminazioni?*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2016 e in *La ciencia*, cit., I, p. 571 ss.

³⁷ E forse India: v. A. BORRONI, M. SEGHEGIO, *Comparing Hybrid Legal Systems in India*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2016. Per l'Africa australe v. ora M. NICOLINI, *L'altra Law of the Land. La famiglia giuridica “mista” dell'Africa australe*, Bup, Bologna, 2016.

³⁸ R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11ª ed., Dalloz, Paris, 2002, trad. it. *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 5ª ed. coord. da R. SACCO, Cedam, Padova, 2004, p. 21 dell'ed. italiana, 12ª ed. aggiornata R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 2016.