

Ar2



Francesco Duranti

# **Ordinamenti costituzionali di matrice anglosassone**

Circolazione dei modelli costituzionali e comparazione tra le esperienze di Australia, Canada, Nuova Zelanda e Regno Unito



Copyright © MMXII  
ARACNE editrice S.r.l.

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

via Raffaele Garofalo, 133/ A-B  
00173 Roma  
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-5378-2

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: novembre 2012

*ad Arianna, Achille, Maria Sole, Filippo Mattia,  
sempre*



# Indice

- 9 *Introduzione*
- 11 **Capitolo I**  
*Circolazione dei modelli e costituzionalismo anglosassone*
- 1.1. La circolazione dei modelli nel diritto comparato, 11 – 1.2. La circolazione dei modelli costituzionali, 17 – 1.3. La circolazione del costituzionalismo anglosassone, 24 – 1.4. La nuova circolazione dei modelli: dagli ordinamenti di matrice anglosassone verso il Regno Unito, 30.
- 37 **Capitolo II**  
*La circolazione del formante normativo: Carte dei diritti e Corti Supreme*
- 2.1. Codificazione dei diritti e *common law constitutionalism*, 37 – 2.2. La Carta canadese dei diritti e delle libertà, 42 – 2.3. La Carta dei diritti in Nuova Zelanda, 47 – 2.4. Lo *Human Rights Act* nel Regno Unito, 51 – 2.5. Le codificazioni statali in Australia, 56 – 2.6. L'istituzione della Corte Suprema: in Nuova Zelanda, 60 – 2.7. L'istituzione della Corte Suprema: nel Regno Unito, 65.
- 71 **Capitolo III**  
*La circolazione del formante giudiziale: il dialogo costituzionale tra le Corti*
- 3.1. Corti e comparazione giuridica, 71 – 3.2. Tipologia e modelli, 74 – 3.3. Il dialogo giudiziale negli ordinamenti di *common law*, 83 – 3.4. Il ricorso a precedenti stranieri nell'interpretazione costituzionale: Australia, 89 – 3.5. Il ricorso a precedenti stranieri nell'interpretazione costituzionale: Canada, 96 – 3.6. Il ricorso a precedenti stranieri nell'interpretazione costituzionale: Nuova Zelanda, 105 – 3.7. Il ricorso a precedenti stranieri nell'interpretazione costituzionale: Regno Unito, 109 – 3.8. Considerazioni conclusive, 116.

119 **Capitolo IV**

*Giustizia costituzionale e tutela dei diritti fondamentali: il nuovo modello degli ordinamenti di matrice anglosassone*

4.1. Premessa: alle radici di un nuovo modello di giustizia costituzionale, 119 – 4.2. Nuova Zelanda, 121 – 4.3. Regno Unito, 129 – 4.4. Australia, 139 – 4.5. Canada, 145 – 4.6. Il nuovo modello di giustizia costituzionale in prospettiva comparata, 150.

155 *Bibliografia*



## Introduzione

Attraverso un complesso percorso storico, giuridico ed istituzionale, il costituzionalismo britannico si è diffuso in numerose aree del globo, permeando profondamente le identità costituzionali di svariati ordinamenti anche dopo la fine del processo di decolonizzazione<sup>1</sup>.

L'influenza dei principi fondamentali del costituzionalismo britannico è stata così significativa che un nutrito gruppo di paesi possono ancora essere classificati, dal punto di vista comparativo, come «ordinamenti di matrice anglosassone»<sup>2</sup>.

Tuttavia, solo in alcuni di essi — e segnatamente in Australia, Canada e Nuova Zelanda — si è realizzato un assetto costituzionale simile a quello del modello di riferimento<sup>3</sup>, al punto che la dottrina giuspubblicistica qualifica ora questi tre ordinamenti come «derivazioni dirette del sistema inglese»<sup>4</sup>.

Ciò significa che la circolazione del modello costituzionale britannico ha, sino a tempi recenti, avuto luogo solo a senso unico — come avviene tipicamente nel processo di diffusione dei modelli giuridici dalla madrepatria alle colonie<sup>5</sup> — risultando detti ordinamenti caratterizzati dalla ampia recezione dei principi costituzionali sviluppatisi incrementalmente, nel corso di un lungo periodo di tempo, nel Regno

1. Cfr. H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, il Mulino, 2011, 377 ss.

2. Secondo la definizione proposta da A. REPOSO, *Ordinamenti di matrice anglosassone*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, IV ed., 2012, 203.

3. Come ricorda G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, VIII ed., 2011, 315.

4. Così T.E. FROSINI, *Le «derivazioni» dirette del sistema inglese: Australia, Canada, Nuova Zelanda*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 104.

5. Cfr. V.C. JACKSON, *Comparative Constitutional Law: Methodologies*, in M. ROSENFELD, A. SAJÒ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 58, qualifica tale processo come «'genealogical' forms of connection, where one (or more) constitutional system(s) grew out of another, typically in countries emerging out of colonial relationships».

Unito. Negli anni più recenti si assiste, al contrario, ad un fenomeno di segno nuovo, ovvero ad una netta inversione del percorso di circolazione delle idee e degli istituti costituzionali, che ora procedono partendo dagli ordinamenti di matrice anglosassone per poi diffondersi, in seguito, al Regno Unito.

Il presente volume si propone, dunque, di prendere in considerazione questo originale percorso — sino ad ora non studiato dalla dottrina<sup>6</sup> — attraverso una analisi delle complesse dinamiche costituzionali relative alle influenze, alle interazioni ed alle convergenze reciproche che sono in corso di realizzazione in Australia, Canada, Nuova Zelanda e nel Regno Unito, valutando, in particolare, la circolazione del formante normativo e di quello giurisprudenziale, con l'obiettivo di delineare le caratteristiche che emergono dall'evoluzione del nuovo modello costituzionale che si sta sviluppando, in questi ultimi anni, nei predetti ordinamenti di matrice anglosassone.

6. Come sottolinea S. CHOUDHRY, *Migration as a new metaphor in comparative constitutional law*, in S. CHOUDHRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 15, non vi sono, sino ad ora, studi che si occupino di una comparazione dinamica tra questi ordinamenti, ovvero che analizzino «how constitutional ideas regarding fundamental constitutional questions migrated across Australia, Canada, New Zealand and the United Kingdom».

## Circolazione dei modelli e costituzionalismo anglosassone

SOMMARIO: 1.1. La circolazione dei modelli nel diritto comparato, 11 – 1.2. La circolazione dei modelli costituzionali, 17 – 1.3. La circolazione del costituzionalismo anglosassone, 24 – 1.4. La nuova circolazione dei modelli: dagli ordinamenti di matrice anglosassone verso il Regno Unito, 30.

### 1.1. La circolazione dei modelli nel diritto comparato

Le riflessioni sul ruolo del concetto di circolazione dei modelli nel diritto comparato sono da tempo consolidate, in modo particolare tra gli studiosi che per primi se ne sono occupati a partire dagli anni settanta del secolo scorso<sup>1</sup>.

Il dibattito tra i giuscomparatisti di indirizzo privatistico s'è, infatti, rapidamente polarizzato tra coloro che — sulla scorta dei lavori di Alan Watson — ne hanno sostenuto l'assoluta centralità per procedere ad una efficace opera di comparazione tra gli ordinamenti giuridici e quanti, invece, in radicale contrapposizione con i primi, hanno respinto la stessa possibilità dell'esistenza di trapianti di norme e della circolazione di istituti giuridici<sup>2</sup>.

Il primo filone di ricerca si è, così, fondato sulla considerazione che l'evoluzione normativa di un ordinamento si sviluppa, in via ordinaria, attraverso «borrowing plus adaptation», in quanto «the transplanting of individual rules or of a large part of a legal system is extremely

1. È d'obbligo il riferimento al celebre contributo di A. WATSON, *Legal Transplant: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974, trad. it., *Il trapianto di norme giuridiche: un approccio al diritto comparato*, Napoli, ESI, 1984, e l'ampio fiorire di studi che ha fatto seguito a questo volume.

2. Anche in questo caso il riferimento è obbligato: cfr. P. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplant*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 1997, 11 ss.

common and socially easy»<sup>3</sup>, sì che il trapianto degli istituti e la circolazione dei modelli rappresenta la più fertile fonte di ispirazione e di evoluzione (oltre che di effettiva comprensione) degli ordinamenti stessi<sup>4</sup>.

Sulla base dell'originaria intuizione di Montesquieu<sup>5</sup> in base alla quale il diritto riflette una fedele rappresentazione delle istanze sociali, l'altra schiera di studiosi ha, invece, strettamente contestualizzato, in termini ermeneutici, il significato e l'interpretazione delle norme giuridiche: «the meaning of a rule is a function of the interpreter's epistemological assumptions which are themselves historically and culturally conditioned»<sup>6</sup>.

La norma giuridica sostanziandosi nell'interpretazione che ne fornisce una determinata comunità di interpreti, essa non sopravvive al passaggio da un ordinamento ad un altro (ovvero da una comunità ad un'altra comunità di interpreti): ciò, dunque, impedisce radicalmente il trapianto di istituti o la circolazione dei modelli giuridici<sup>7</sup>.

La netta distinzione tra le premesse teoriche da cui muovono i due gruppi di studiosi comporta, inoltre — per quanti considerano il *legal transplant* come fondamento stesso della comparazione — una forte accentuazione degli elementi di convergenza (e, quindi, dell'analisi delle affinità) tra gli ordinamenti, mentre — per gli altri — è lo studio

3. A. WATSON, *Legal Transplant: An Approach to Comparative Law*, cit., 95.

4. Per un efficace approccio metodologico sulla teoria dei trapianti e sulla circolazione dei modelli nel diritto comparato, cfr. ora i vari contributi presenti in P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2012 e in M. BUSSANI, U. MATTEI (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012. Vd. anche M. GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Transplant and Receptions*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMAN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 441 ss.; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1998, 16 ss.; W. EWALD, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, in *Am. Journ. Comp L.*, 1995, 489 ss.; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in R. SACCO (dir.), *Trattato di diritto comparato*, Torino, Utet, V ed., 1992, 132 ss.; O. KHAN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *Mod. L. Rev.*, 1974, I ss.

5. Sull'opera di Montesquieu come «generatore dell'idea di comparazione nel campo pubblicistico», cfr. G.F. FERRARI, *Le origini storiche della comparazione pubblicistica*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2012, 22.

6. P. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplant*, cit., 114.

7. «What can be displaced from one jurisdiction to another is, literally, a meaningless form of words. In any meaningful sense of the term, legal transplant therefore cannot happen»: P. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplant*, cit., 120.

delle differenze e degli elementi di distinzione tra gli ordinamenti che deve costituire il centro essenziale dell'indagine comparativa<sup>8</sup>.

Negli anni più recenti questa forte contrapposizione tra scuole di pensiero tende, comunque, progressivamente a sfumare: inizia, infatti, a svilupparsi un approccio dinamico allo studio del trapianto di norme e della circolazione dei modelli giuridici, che privilegia un'ottica di complessiva attenzione alle varie modalità di produzione della norma, al contesto sociale e culturale di riferimento ed alle molteplici dimensioni del diritto attraverso i suoi diversi formanti<sup>9</sup>, con l'obiettivo di cogliere in profondità le reciproche interazioni che si evidenziano in questo ambito: «the norm transplanted changes in that process just as it changes the culture(s) of the host system»<sup>10</sup>.

Molti dei contributi successivi hanno, dunque, seguito un percorso fortemente legato alla dimensione culturale del diritto, attraverso la quale comprendere le origini della circolazione dei modelli — ormai considerata come elemento acquisito<sup>11</sup> — ed il loro successivo adattamento alla cultura giuridica dell'ordinamento ospitante<sup>12</sup>, con

8. Cfr., sul punto, la panoramica riepilogativa proposta da M. REIMANN, *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*, in *Am. Journ. Comp. L.*, 2002, 671 ss.; cfr. anche R. SACCO, *La circulation des modèles juridiques*, in *Rapports généraux au XIII Congrès International de droit comparé — Montréal 1990* (1992), I ss.

9. Pionieristico, in questo senso, è il noto saggio di R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *Am. Journ. Comp. L.*, 1991, 343 ss.

10. G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, in *Mod. L. Rev.*, 1998, 11; cfr. anche R. COTTERELL, *Comparative Law and Legal Culture*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMAN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., 709 ss.; M. GRAZIADEI, *Legal Transplant and the Frontiers of Legal Knowledge*, in *Theor. Inq. L.*, 2009, 693 ss.

11. Come rileva da ultimo G. MARINI, *Taking Comparative Law Lightly. On Some Uses of Comparative Law in the Third Globalization*, in *Comp. L. Rev.*, Spring 2012, 16, «comparison is no longer only a method but it is a scientific endeavour which has as its subject matter legal studies: the circulation of models, their dissociations and internal relations, their homologation and correspondences».

12. Per un approccio di questo tipo, oltre ai contributi richiamati nelle note precedenti, cfr. anche P.G. MONATERI, *Comparer les comparaisons. Le problème de la légitimité culturelle et le nomos du droit*, in P. LEGRAND (ed.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009, 69 ss.; D. NELKEN, *Comparing Legal Cultures*, in A. SARAT (ed.), *The Blackwell Companion to Law and Society*, Oxford, Blackwell, 2008, 50 ss.; D. NELKEN, *Using the Concept of Legal Culture*, in *Austl. J. Leg. Phil.*, 2004, I ss.; M. VAN HOECKE, M. WARRINGTON, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, in *Int. J. Comp. L. Q.*, 1998, 495 ss.; R. COTTERELL, *The Concept of Legal Culture*, in D. NELKEN (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Brookfield, Dartmouth, 1997, 13 ss.

una specifica attenzione all'analisi della teoria generale dei trapianti giuridici<sup>13</sup>. Ancor più di recente, alle tradizionali classificazioni su base dicotomica si sono sostituite nuove tipologie sistematiche per individuare — attraverso differenti griglie di indagine — con maggiore dettaglio i vari aspetti legati alla circolazione dei modelli<sup>14</sup>.

Così, si è, in primo luogo, proposto di prendere in considerazione il criterio dei meccanismi e delle forme di adozione di un modello proveniente da un diverso ordinamento, considerando come elemento discretivo il maggiore o minore grado di libertà (e, dunque, di sovranità) di scelta goduto dall'ordinamento importatore, lungo una scala di varia intensità che parte dalla imposizione — tipica dei casi di trasposizione obbligata di istituti giuridici negli ordinamenti delle colonie — e che giunge sino alla totale assenza di modelli di derivazione esterna<sup>15</sup>.

Proseguendo lungo la predetta scala ci si imbatte — dopo l'imposizione di un modello da parte del potere coloniale — nella adozione richiesta da trattati o accordi internazionali: in questo caso, il fenomeno dell'integrazione europea costituisce il caso più evidente e consolidato<sup>16</sup>.

Ancora oltre — con un grado maggiore, ma sempre limitato di autonomia nella scelta — può includersi il fenomeno della circolazione di un modello quale condizione per l'erogazione di aiuti economici, finanziari o di qualsiasi altra natura: la possibile libertà di rifiuto del modello risulta, infatti, molto spesso solo apparente<sup>17</sup>. Nella "casella" classificatoria dei modelli adottati volontariamente rientrano, invece, i

13. Cfr., tra gli altri, J. FEDTKE, *Legal Transplants*, in J. SMITS (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, II ed., 2012, 434 ss.; A. LIKHOVSKI, *Argonauts of Eastern Mediterranean: Legal Transplants and Signaling*, in *Theor. Inq. L.*, 2009, 619 ss.; A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, III ed., 2008, 20 ss.; E. ÖRÜCÜ, *Unde Venit, Quod Tendit Comparative Law?*, in E. HARDING, E. ÖRÜCÜ (eds.), *Comparative Law in the 21<sup>st</sup> Century*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, 1 ss.; M. GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Transplant and Receptions*, cit., 441 ss.

14. Una efficace sintesi delle nuove tipologie classificatorie è offerta da M. COHN, *Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom*, in *Am. Journ. Comp. L.*, 2010, 583 ss.

15. J. FEDTKE, *Legal Transplants*, cit., 440.

16. R. ZIMMERMANN, *Comparative Law and the Europeanization of Private Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., 539 ss.

17. In ossequio alla ben nota logica del «take it or leave it», come ricorda M. COHN, *Legal Transplant Chronicle*, cit., 591.

casi della recezione prodotta dal prestigio scaturente da un modello considerato come esemplare<sup>18</sup>, e quelli della circolazione attraverso il rigetto di un determinato modello, considerato, al contrario, come fortemente negativo e, dunque, totalmente da evitare<sup>19</sup>.

Una seconda tipologia classificatoria è legata ai risultati effettivi della circolazione dei modelli e, dunque, al maggiore o minore grado di conformità del modello recepito rispetto a quello originario<sup>20</sup>. Così, può, innanzitutto, aversi una piena convergenza — di forma e di sostanza — rispetto al modello esemplare: ciò non toglie, tuttavia, che anche in questa ipotesi possano rilevarsi seppur minimi elementi di differenziazione, legati, com'è evidente, alla necessità di inserire la norma o l'istituto recepito nell'ambito di un contesto ordinamentale che non può giocoforza essere totalmente identico a quello imitato<sup>21</sup>.

Dalla piena convergenza si scende, poi, in linea progressivamente decrescente, alla assimilazione, al semplice adattamento, alla trasformazione tramite distorsione, alla ampia mutazione, per giungere, infine, al vero e proprio rigetto del modello originario<sup>22</sup>. La complessità e la profondità dei fenomeni di circolazione giuridica richiedono, in ogni caso, un approccio classificatorio che tenga conto contestualmente di diversi parametri di valutazione, tra i quali:

- a) lo *status* delle norme trapiantate, ovvero se si tratti di una adozione espressa o solo indiretta di disposizioni provenienti da un differente ordinamento<sup>23</sup>;

18. Sul fattore «prestigio» nella circolazione dei modelli, vd. soprattutto R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, cit., 398.

19. Categoria che la dottrina qualifica come «fertilization through negative reaction»: E. SMITH, *Give and Take: Cross-Fertilization of Concept in Constitutional Law*, in J. BEATSON, T. TRIDIMAS (eds.), *New Directions in European Public Law*, Oxford, Hart, 1998, 10.

20. Anche in questo caso risulta respinta la mera distinzione binaria tra semplice assimilazione e rigetto totale del trapianto, sostituendosi alla stessa un ventaglio di ipotesi differenziate rispetto al successo o al fallimento di un modello: cfr. M. GRAZIADEI, *Legal Transplant and the Frontiers of Legal Knowledge*, cit., 733.

21. L'osservazione è comune tra gli studiosi della materia: cfr., per tutti, M. GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Transplant and Receptions*, cit., 469, ad avviso del quale «it is idle to ask if there can be perfect imitation because such perfection is simply not the point».

22. Per una descrizione originale ed aggiornata di questa tipologia, cfr. E. ÖRÜCÜ, *Law as Transposition*, in *Int'l & Comp. L. Quart.*, 2002, 205; per una versione più tradizionale, su base duale, cfr., invece, O. KHAN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, cit., 5 ss.

23. Il trapianto formale di norme si realizzerebbe quando vi è «transposition of a doctri-

- b) l'identità del soggetto che produce il modello che viene imitato<sup>24</sup>;
- c) le diverse attitudini domestiche nei confronti del modello considerato esemplare<sup>25</sup>;
- d) la differente tipologia dei modelli giuridici adottati<sup>26</sup>;
- e) le motivazioni che spingono l'ordinamento importatore ad impiantare le norme di un altro contesto giuridico<sup>27</sup>.

Da tutto ciò, dunque, deriva la necessità di procedere ad una analisi comparativa che non prenda in considerazione — come avvenuto in passato — un unico strumento di valutazione della effettiva circolazione dei modelli, ma che si proponga, invece, di realizzare, attraverso un approccio ad ampio spettro, «an accurate descriptions and analysis of the complexity and multidimensionality of the world of legal transplant»<sup>28</sup>.

Senza tralasciare la dimensione diacronica e quella sincronica nella valutazione dei fenomeni circolatori, che non si esauriscono certo nel breve spazio di tempo che segue all'adozione del modello, ma che sviluppano una costante interazione tra i diversi contesti di riferimento, nel continuo interscambio di esperienze giuridiche che caratterizza gli ordinamenti contemporanei.

ne from one legal system into another», mentre la circolazione indiretta (*cross-fertilization*) avrebbe luogo nel caso in cui «an external stimulus promotes an evolution within the receiving legal system»: così J. BELL, *Mechanisms for Cross-Fertilization of Administrative Law in Europe*, in J. BEATSON, T. TRIDIMAS (eds.), *New Directions in European Public Law*, cit., 147.

24. Che si tratti di una potenza coloniale, di un attore transnazionale, di uno specifico Stato, o, infine, di un modello giuridico prodotto a livello non-statale: D. NELKEN, *Comparatists and Transferability*, in P. LEGRAND, R. MUNDAY (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 459.

25. Dalla piena accettazione del modello, alla parziale convergenza, alla riluttanza, e, infine, alla resistenza al trapianto: B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Engaging with Foreign Law*, Oxford, Hart, 2009, 187–227.

26. Tra i quali norme di legge, precedenti giudiziari, contributi dottrinari, prassi amministrative, *soft-law*: J. FEDTKE, *Legal Transplants*, cit., 442.

27. Motivazioni che vanno dalla necessità di armonizzazione, al risparmio di costi per produrre innovazione normativa, al prestigio, alla ricerca di legittimazione, alla volontà di trasmettere uno specifico “messaggio” agli altri ordinamenti: J.M. MILLER, *A Typology of Legal transplant: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process*, in *Am. Journ. Comp. L.*, 2003, 839 ss.

28. M. COHN, *Legal Transplant Chronicle*, cit., 596. Nello stesso senso, vd. anche M. GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Transplant and Receptions*, cit., 471–472.



## 1.2. La circolazione dei modelli costituzionali

I numerosi ed approfonditi studi che hanno contraddistinto il dibattito teorico sulla circolazione dei modelli e sul trapianto di norme nel diritto privato non hanno avuto analogo sviluppo nell'ambito del diritto pubblico e, in particolare, del diritto costituzionale<sup>29</sup>.

Ancora per buona parte del XX secolo era, infatti, ampiamente diffusa l'idea che le costituzioni e gli ordinamenti costituzionali fossero troppo intimamente legati ad uno specifico contesto nazionale ed alla dinamica della sovranità statale per poter circolare liberamente e produrre fenomeni di imitazione da parte di altri ordinamenti<sup>30</sup>.

Tuttavia, dopo la fine del secondo conflitto mondiale ed il crollo dei regimi autoritari, cominciano gradualmente a diffondersi idee ed istituti costituzionali tipici degli ordinamenti di democrazia liberale, mentre altri fattori, quali il processo di decolonizzazione, il superamento della contrapposizione tra il blocco occidentale e quello orientale, le transizioni costituzionali nell'Europa centro-orientale e l'irreversibile sviluppo delle convenzioni internazionali in materia di diritti fondamentali, hanno reso evidenti i processi di ampia circolazione delle idee e dei modelli costituzionali in atto nelle diverse aree del globo, che sono stati efficacemente definiti come «migrazione delle idee costituzionali»<sup>31</sup>.

Con questa espressione intende, infatti, indicarsi «il flusso dinamico di stimoli costituito dalla diffusione e dalla conoscenza, a volte superficiale a volte approfondita, di idee fondanti gli ordinamenti costituzionali; non presuppone necessariamente l'accettazione di idee altrui tramite il cd. trapianto (*transplant*) di diritto da un ordinamento preso a modello ad un altro che lo riceve (*reception*); serve, tuttavia, ad avvicinare chi osserva l'attuale realtà degli ordinamenti ad una spiegazione plausibile delle influenze esercitate da quelle che si presentano

29. Cfr. G. FRANKENBERG, *Comparative Constitutional Law*, in M. BUSSANI, U. MATTEI (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 344 ss.

30. V. PERJU, *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*, in M. ROSENFELD, A. SAJÒ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 1310 ss.

31. S. CHOUDHRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; F. SCHAUER, *On the Migration of Constitutional Ideas*, in *Conn. L. Rev.*, 2005, 907 ss.

come idee guida nella formazione e nell'aggiornamento del diritto costituzionale»<sup>32</sup>.

La circolazione sotto forma di migrazione delle idee costituzionali descrive, dunque, «all movements across systems, overt or covert, episodic or incremental, planned or evolved, initiated by the giver or receiver, accepted or rejected, adopted or adapted, concerned with substantive doctrine or with institutional design or some more abstract or intangible constitutional sensibility or ethos»<sup>33</sup>.

Con il concetto di modelli costituzionali si prendono, perciò, in considerazione tutte quelle costituzioni e quegli istituti costituzionali che, nell'ambito dell'evoluzione del costituzionalismo e della teoria dei cicli costituzionali, assurgono ad autentico idealtipo, ovvero rappresentano «quelli più diffusamente presi a modello da imitare, o comunque in grado di condizionare lo sviluppo delle diverse esperienze costituzionali: sembra, dunque, che l'uso del termine “modello” sia da intendersi nel senso di rappresentazione sintetica di fenomeni della realtà politico-costituzionale, combinata con l'idea di “forma esemplare” e, pertanto, da imitare»<sup>34</sup>.

Ciò comporta — inevitabilmente — la circolazione dei modelli costituzionali, in quanto, appunto, forme esemplari destinate ad essere oggetto di osservazione ed imitazione in altri contesti costituzionali, differenti rispetto a quello originario<sup>35</sup>.

Il modello costituzionale assunto come ideale è, dunque, soggetto alla sua trasposizione in altri ordinamenti, tramite interventi normativi o giurisprudenziali, «ma non si tratterà mai di una riproduzione

32. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, VIII ed., 2011, 7.

33. N. WALKER, *The Migration of Constitutional Ideas and the Migration of the Constitutional Idea: The Case of EU*, in S. CHOUDHRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, cit., 320–321.

34. Così L. PEGORARO, A. RINELLA, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Padova, Cedam, 2007, 89. In termini, cfr. anche G. BOGNETTI, *Diritto costituzionale comparato. Approccio metodologico*, Modena, Mucchi, 2011, 15 ss.; G. MORBIDELLI, *La costituzione*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, IV ed., 2012, 53 ss.; G. BOGNETTI, *L'oggetto e il metodo*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Roma–Bari, Laterza, 2009, 16 ss.

35. Il modello costituisce, inoltre, uno schema rappresentativo di un fenomeno che appartiene alla sfera dell'esperienza e diviene, grazie appunto alla sua capacità connotativa/esplicativa, l'idealtipo (o punto di riferimento) necessario per l'analisi e la classificazione stessa degli ordinamenti costituzionali: cfr., sul punto, G. TUSSEAU, *Modelli*, in L. PEGORARO (cur.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Roma, Carocci, 2009, 182–184; R. SCARCIGLIA, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Bologna, il Mulino, 2006, 81 ss.

in senso proprio, in quanto il ricorso al precedente straniero sarà in concreto influenzato dalla particolarità dell'ordinamento imitante: ciò spiega perché la cd. circolazione dei modelli non significhi mai riproduzione fedele di un modello, ma piuttosto adattamenti del modello pilota alle esigenze degli ordinamenti imitanti»<sup>36</sup>.

La circolazione dei modelli costituzionali può, ovviamente, riguardare ciascuno dei formanti legali e dar, così, luogo ad imitazioni normative, dottrinali o giudiziali<sup>37</sup> delle varie soluzioni giuridiche accolte in altri ordinamenti: basti pensare, a quest'ultimo proposito, alla straordinaria diffusione del giudizio di ragionevolezza e proporzionalità, ora impiegato dalla grande maggioranza delle Corti costituzionali nel mondo<sup>38</sup>.

Così come può assistersi a circolazioni globali o solo parziali di un modello: l'imitazione può, infatti, riguardare semplici norme costituzionali o, al contrario, estendersi ad ampi settori dell'assetto costituzionale (quali, ad esempio, la forma di governo, la Carta dei diritti o il modello di giustizia costituzionale), o, infine, riferirsi ad «entire legal paradigms»<sup>39</sup>.

Per ciò che concerne le cause della circolazione dei modelli — premessa la basilare distinzione tra adozione volontaria o non volontaria di un modello straniero<sup>40</sup> — le stesse possono essenzialmente ricondursi a varie ipotesi, anche interconnesse tra di loro.

In primo luogo, può, di frequente, accadere che un determinato modello costituzionale venga imitato per la capacità di generare legittimazione che il modello stesso contribuisce a produrre, ovve-

36. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, il Mulino, 2010, 22.

37. Sulla circolazione del formante giudiziale, vd, in particolare, A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques. Le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Paris, Fondation Varenne, 2011.

38. Sulla ampia «migrazione» del giudizio di proporzionalità, dalle origine tedesche alla circolazione nei vari ordinamenti costituzionali contemporanei, cfr., da ultimo, A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 181 ss.; V. PERJU, *Proportionality and Freedom — An Essay on Method in Constitutional Law*, in *Glob. Const.*, 2012, 334 ss.

39. Come sottolinea V. PERJU, *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*, cit., 1315.

40. Per una recente disamina delle due categorie, cfr. Z. AL-ALI, *Constitutional drafting and external influence*, in T. GINSBURG, R. DIXON (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, 77 ss.

ro al potenziale effetto promozionale che l'adozione di un modello esemplare è capace di suscitare: si pensi, al proposito, alla necessità di recidere in profondità i legami con un passato autoritario per tutti quegli ordinamenti che si affacciano (di nuovo o per la prima volta) alla democrazia.

La circolazione può, in secondo luogo, realizzarsi anche grazie al particolare prestigio di cui gode uno specifico modello: in questo caso, però, nel diritto pubblico, la «migrazione» di idee costituzionali che scaturiscono da un modello considerato prestigioso può risultare più difficoltosa se quelle idee appaiono troppo strettamente connesse ai valori costituzionali di fondo di quel determinato ordinamento ed esse risultino incompatibili con le scelte essenziali — ovvero con la «formula politica istituzionalizzata»<sup>41</sup> — dell'ordinamento importatore<sup>42</sup>.

Altra motivazione ricorrente è, poi, legata alla efficacia, in termini di rendimento costituzionale, di un modello ed al conseguente vantaggio — inteso in senso funzionale — che discende dalla sua imitazione: ciò produce, infatti, nell'ordinamento che adotta istituti sperimentati da tempo in altre aree del globo, minori difficoltà nell'individuazione delle soluzioni giuridiche più appropriate alle problematiche emerse nella società e minori costi complessivi nella scelta delle risposte costituzionali più adeguate da adottare al contesto di riferimento<sup>43</sup>.

Anche i modelli costituzionali circolano, inoltre, a causa dell'imposizione esercitata da un ordinamento nei confronti di altri, non già solo in virtù di atti di pura forza (politica o militare), ma anche in conseguenza del grado di influenza culturale, sociale ed economica, «che talvolta può risultare dominante, di un certo ordinamento statale su altri, appartenenti ad un bacino omogeneo sotto diversi profili»<sup>44</sup>.

41. Concetto fondamentale nel diritto comparato, la cui elaborazione si deve, come noto, a G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, Giuffrè, 1986, 71 ss.

42. Come ricorda M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, Giappichelli, IV ed., 2010, 10 ss, è ormai noto, infatti, che in tema di forma di governo, la scelta per l'uno o l'altro modello implica una serie di scelte costituzionali di fondo relativamente al modo di articolarsi del potere in capo agli organi di indirizzo politico, sì che la circolazione di tali modelli è fortemente condizionata anche dalla forma di Stato complessivamente accolta nell'ordinamento.

43. Cfr. M. TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMAN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., 1229 ss.

44. L. PEGORARO, A. RINELLA, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, cit., 95, che