

# Diritto costituzionale italiano e comparato 2020-2021

*Roberto Scarciglia*

Università di Trieste

Dipartimento di Scienze politiche e sociali

Schema 2 per lezione 9-10-2020

# Funzioni della comparazione

Le funzioni della comparazione sono LEGATE alle **concrete finalità** che persegue chi la utilizza,

analogamente a quanto accade per la **scelta del metodo**.

Ipotesi di «**analizzare le funzioni della comparazione distinguendo nettamente l'ipotesi della ricerca dottrinarica da quella legata all'esercizio di una pubblica funzione di normazione o di giurisdizione**»

Pur riconoscendo la evidente utilità della classificazione, possiamo dire che queste limitazioni possano scontrarsi con uno dei principi alla base della comparazione la **libertà dei fini**.

# Funzioni della comparazione

Puo accadere, infatti, che il giudice svolga la funzione di “legislatore”

- come accade, ad esempio, per le sentenze sostitutive di una corte costituzionale o nell’adozione di precedenti vincolanti in un ordinamento di *Common Law*
- o egli stesso produca opere di dottrina o faccia dottrina, come negli Stati Uniti o in Spagna.

Da questa prospettiva, puo essere più interessante focalizzare l’attenzione su quali possano essere gli interessi conoscitivi da sviluppare con il ricorso alla comparazione (*knowledge interests*), a prescindere dal soggetto specializzato che ne sia portatore.

# Funzioni della comparazione

## Possiamo classificare le funzioni della comparazione giuridica?

Alla base di un'analisi comparativa possono esserci interessi diversi

Gli stessi si traducono in scelte necessarie che il ricercatore deve fare, prima di avviarsi sulla strada della comparazione.

Si intersecano, in questa prospettiva, i concetti di “**interesse**” e “**funzione**”

Si possono soddisfare **più interessi** all'interno di una funzione attribuita alla comparazione o viceversa.

# Funzioni della comparazione

Da qui nascono **forme diverse di classificazione**,

legate all'identità di una tradizione culturale o a modelli predominanti in un certo momento storico.

Con riferimento alla **comparazione in diritto amministrativo**, fin dalla sua origine si caratterizza in Europa per un dualismo di tendenze e di metodo, che giunse sino a una diversa concezione della scienza, sulla scia della scuola francese e di quella tedesca.

Lo sviluppo del diritto amministrativo non poteva prescindere dalla impostazione concettuale dei due modelli.

# Funzioni della comparazione

Ritornando alle classificazioni **sul piano funzionale**

una prima distinzione è stata formulata fra la comparazione

- come strumento di politica del diritto
- come ricerca di storia del diritto
- come analisi strutturale del diritto.

Il primo profilo – la **politica del diritto** – è presente in molti studi che hanno ad oggetto:

- le garanzie costituzionali
- l'accesso alla giustizia
- i diritti fondamentali, l'ombudsman.

# Funzioni della comparazione

In questo tipo di indagine, è importante, tuttavia, che la ricerca

si muova **all'interno di sistemi politici omogenei dei quali il comparatista deve conoscere il funzionamento**

e avere la consapevolezza della **effettività dei modelli stranieri** nei sistemi di provenienza.

# Funzioni della comparazione

## Il secondo profilo

riguarda la comparazione intesa come relazione storica fra ordinamenti;

in questa prospettiva la storia del diritto è considerata come la **storia della cultura giuridica**

un terzo profilo riguarda la c.d. **analisi strutturale** del diritto, secondo cui all'interno degli ordinamenti giuridici il comparatista può astrarre forme **invarianti** (CHE NON CAMBIANO)

qualunque sia l'approccio SCELTO, è necessario che il comparatista **dichiari apertamente quale siano i fini della sua ricerca, esplicitando i metodi che intende utilizzare.**

# Funzioni della comparazione

Un'altra distinzione è relativa al carattere **integrativo** o **contrastivo** dell'interesse alla comparazione

L'interesse a carattere **INTEGRATIVO** si indirizza principalmente alla ricerca di **analogie** fra (s)oggetti di studio all'interno di due o più sistemi giuridici per costituirne un completamento.

L'interesse integrativo è predominante in una delle funzioni pratiche della comparazione quella di **armonizzazione** e di **unificazione**

L'interesse a carattere **CONTRASTIVO** si manifesta nello studio delle **differenze**.

# Funzioni della comparazione

In particolare, è definito di “**ARMONIZZAZIONE**”

il processo coordinato di omogeneizzazione dei diritti statali

che consente di mantenere la individualità dei diritti statali,  
pur condividendo caratteristiche comuni

Si parla, invece, di “**UNIFICAZIONE**” quando il processo di omogeneizzazione tende a essere il più completo possibile

# Funzioni della comparazione

La comparazione giuridica non risolve

il problema della **MISURA** in cui il diritto deve essere armonizzato o unificato

e l'evoluzione del c.d. diritto globale comporta che, sempre di più, le regole del diritto commerciale (**internazionale**)

tenderanno ad essere armonizzate oppure unificate.

# Jackson Pollock Cake



# Funzioni della comparazione

Una ulteriore classificazione distingue, invece, fra

“**FUNZIONI TEORICHE**” e “**FUNZIONI PRATICHE**” della comparazione

## LE FUNZIONI TEORICHE

La comparazione giuridica può essere utilizzata per il raggiungimento di **fini eterogenei** e i fini medesimi siano preventivamente esplicitati e venga seguita una corretta metodologia

**Quali sono le funzioni sotto il profilo teorico?**

## Le funzioni teoriche

- a) la conoscenza
- b) la migliore comprensione del diritto nazionale
- c) l'educazione e la formazione del giurista

# Le funzioni teoriche

Il principale scopo teorico della comparazione è quello di

- **ACQUISIZIONE DI NUOVE CONOSCENZE**

vale per ogni soggetto che sia portato a conoscere fatti, esperienze teoriche, problemi e soluzioni provenienti da altri ordinamenti giuridici.

Queste conoscenze possono provenire tanto dall'analisi dei diritti stranieri, quanto da formanti che facciano parte dell'ordinamento del ricercatore.

**[prima di proseguire spiegherò il significato di questa parola, che ci accompagnerà per tutto il corso]**

# formanti

L'espressione "formanti", utilizzata nella fonetica per qualificare

lo **spettro acustico di un suono vocalico**,

corrisponde a un concetto giuridico da tempo conosciuto nel diritto comparato, con cui si suole indicare

l'insieme di regole di diritto e proposizioni

che sono alla base della soluzione di un problema

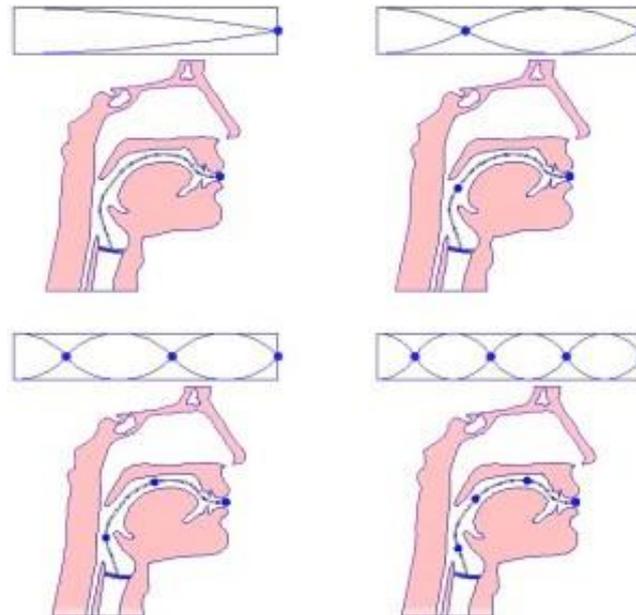
o della disciplina di un istituto

o di un fenomeno giuridico,

in un ordinamento dato e

in un determinato momento storico (SACCO)

# Frequenze formanti della voce



## Funzioni teoriche

Ritornando sulle funzioni teoriche e sul versante del diritto costituzionale comparato, un esempio è dato dalla utilità della comparazione come acquisizione di conoscenze se la applichiamo ai concetti di «**forma di stato**» e «**forma di governo**»

Perché?

## Funzioni teoriche

che hanno acquisito l'attuale connotazione dopo che gli studiosi dei singoli ordinamenti hanno elaborato,

**classificazioni** entro cui inserire le **diverse realtà costituzionali** sulla base di un esame empirico di esperienze costituzionali del passato e contemporanee

La comparazione permette di penetrare, attraverso la conoscenza dei formanti (o **componenti degli ordinamenti giuridici**) e delle interconnessioni che li caratterizzano, e i profili, sia positivi che negativi, degli ordinamenti stessi