10- Diritto costituzionale italiano e comparato 2020-2021

Roberto Scarciglia

Università di Trieste

Dipartimento di Scienze politiche e sociali

10-Schema per lezione 22-23 10 2020

Funzionalismo

CRITICHE

Il funzionalismo di tipo classico si caratterizzava per la **ricerca di somiglianze e convergenze**, a differenza di un più recente orientamento neo-funzionalista tendente alla ricerca di somiglianze e differenze e, in una versione post-moderna, si concentra piuttosto su **dissimilarità e divergenze**

Nonostante alcuni importanti comparatisti sostengano che il funzionalismo sia “esausto” e che siano necessari nuovi approcci metodologici altri studiosi ripropongono l'utilizzo, in chiave post-moderna, di una “**versione moderata**” (HUSA)

Se prendiamo, ad esempio, il diritto costituzionale

i metodi utilizzati per la comparazione giuridica sono, in parte, gli stessi di altre discipline.

Come osserva Vicki Jackson, «**[l]e categorie metodologiche hanno una notevole sovrapposizione e una singola opera può includere esempi di diverse metodologie, come, ad esempio, il lavoro di classificazione e l'analisi funzionale**»

L'uso del metodo funzionale per la macro-comparazione è, tuttavia, poco fruttuoso laddove si mettano a confronto famiglie o culture giuridiche

I risultati che il comparatista raggiunge metteranno in luce la bontà del metodo o dei metodi scelti e la eventuale prescrittività dei risultati ottenuti.

In ogni caso, il metodo funzionale non esclude la presenza simultanea di altri metodi

il funzionalismo rappresenta un metodo ragionevolmente flessibile per consentire al ricercatore risultati brillanti, anche se non è sempre facile definire quale funzione svolga un istituto giuridico o una regola in due diversi ordinamenti

Il metodo strutturale

Qual è il significato di strutturalismo?

Lo “strutturalismo” costituisce una teoria e una metodologia affermatesi in varie scienze dal primo Novecento, sul presupposto che ogni oggetto di studio

costituisce una “struttura”, cioè «un insieme organico i cui elementi non hanno valore funzionale autonomo ma lo assumono nelle relazioni oppostive e distintive di ciascun elemento rispetto a tutti gli altri dell’insieme»

Strutturalismo importante per la scienza giuridica.

Lo “**structural comparativism**” ha per oggetto l’analisi delle struttura e delle relazioni fra le diverse componenti degli istituti giuridici. **Quali difficoltà presenta?**

I formanti legali

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**

La teoria dei formanti ha avuto ampia diffusione fra i comparatisti, circolando nelle aree di *common law*, soprattutto per merito della traduzione in inglese dello studio di riferimento di Rodolfo Sacco (1974).

Formanti

Anche se conosciamo soltanto alcune delle componenti di un ordinamento giuridico

quelle che, nel lessico del giurista, sono definite “**i formanti principali**”, come **la legge, la giurisprudenza e la dottrina**

Gli stessi possono essere un numero indefinito, e di esse si potrà parlare in connessione con qualche loro proprietà definita, che il comparatista ha il compito di scoprire, anche attraverso l’ausilio di altre scienze, come la storia, la scienza politica, la sociologia del diritto, la filosofia.

Formanti

Sul **valore da attribuirsi ai singoli formanti** (F, F¹, F², F³, etc.), la dottrina tende a una diversa valutazione a seconda che si tratti del diritto privato o del diritto pubblico.

Per quanto riguarda la **dottrina privatistica**, la tesi predominante è che tutti i formanti abbiano pari importanza (F=F¹=F²=F³) e che spetti al comparatista l'accertamento attraverso una metodologia scientifica della validità dei formanti, per i quali egli **non dovrebbe nutrire alcun tipo di preferenza**, tanto nella interezza del formante, quanto negli elementi che trova all'interno di un formante dato

Formanti

Con riferimento, invece, alla **dottrina giuspubblicistica**, è stato osservato che

ogni componente del sistema giuridico non è sullo stesso piano di un altro ($F \neq F^1$, $F^1 \neq F^2$)

con la conseguenza che uno di essi viene elevato «a categoria della comparazione», finendo col prevalere ($F > F^1$, $F^1 > F^2$)

Tuttavia, non è possibile individuare all'interno di un sistema giuridico un criterio che consenta di stabilire qual è la posizione reciproca dei formanti, la loro «coerenza di opposizione» e, dunque, le ragioni della prevalenza

Formanti

Il concetto di “**opposizione**” richiama un altro concetto utilizzato dalla scienza costituzionalistica in relazione allo studio delle fonti, che è quello di “antinomia”, con cui si esprime un contrasto, una opposizione reciproca, fra fonti giuridiche in ordine alla loro applicabilità.

Ad esempio, se un determinato istituto è disciplinato tanto da una norma di diritto interno, quanto da una regola giuridica proveniente dal diritto dell’Unione europea ed efficace nell’ordinamento interno – un regolamento oppure una direttiva “autoapplicativa” o recepita con atto del parlamento –, è necessario stabilire **quale dei due diversi formanti normativi sia prevalente**, per risolvere un’antinomia che è soltanto apparente.

Elementi determinanti

La teoria c.d. degli “elementi determinanti”, elaborata da Constantinesco, distingue all’interno di un ordinamento giuridico «un ordine che non è egualitario e orizzontale, ma gerarchico e verticale» ed è determinato, direttamente o indirettamente, da un sistema di valori, che è alla base di ogni ordinamento giuridico.

La percezione di questo assetto può essere nitida o confusa, ma deve consentire la definizione di quelle parti dell’ordinamento che ne costituiscono la struttura fondamentale, appunto gli “elementi determinanti”, che rendono ogni modello unico.

Formanti

Un'altra classificazione dei formanti è quella fra formanti **verbalizzati e non verbalizzati**. I primi sono generalmente riconoscibili dal ricercatore quando definisce un obiettivo per le sue indagini. L'individuazione di questi formanti non pone nella fase iniziale della ricerca problemi di attribuzione di prevalenza alle diverse componenti oggetto di analisi, dovendosi rinviare a una fase successiva un approccio cognitivo da parte del ricercatore stesso.