

11- Diritto costituzionale italiano e comparato 2020-2021

Roberto Scarciglia

Università di Trieste

Dipartimento di Scienze politiche e sociali

11 Schema 1 per Lezioni 29-30 10 2020

Il formante giurisprudenziale

I precedenti giurisprudenziali assumono, come formanti, particolare significato tanto negli ordinamenti di *civil law*, quanto in quelli di *common law*.

In particolar modo, le **sentenze** dei giudici rappresentano per il comparatista un modo di confrontarsi con l'effettività, con le regole operative effettivamente utilizzate all'interno di un sistema giuridico.

La ricerca della giurisprudenza costituisce un necessario approccio per l'analisi comparatistica, anche se i materiali giurisprudenziali devono necessariamente essere posti in relazione con le altre componenti dell'ordinamento oggetto di studio, sia note che non note.

Segue: formante giurisprudenziale

Restando all'interno del formante giurisprudenziale, non sfugge, a chi debba accingersi a un'elementare analisi comparativa, come esso si atteggi diversamente a seconda che **l'ordinamento sia basato sul precedente o sulla fonte legale**, sia per il valore come fonte del precedente, sia per il carattere vincolante della decisione

Nelle sentenze è possibile distinguere fra la **regola effettivamente seguita dal giudice** – che potrebbe essere non verbalizzata o “silenziosa” – e la regola di diritto enunciata per motivare la decisione: nel primo caso, è stata utilizzata l'espressione “**materiali psicologici**”, mentre nel secondo quella di “**materiali di decisione**”

Motivazione delle sentenze

La motivazione è dotata di autonomia rispetto alla proposizione giuridica espressa nella massima giudiziaria e, inoltre, anche le proposizioni giuridiche contenute nelle costituiscono delle componenti dell'ordinamento in cui sono inserite.

V. **Ratio decidendi e obiter dictum**

Con riferimento alle corti di ***common law***

un elemento da considerare

con attenzione come **formante** è rappresentato dalle **OPINIONS** dei giudici, tanto ove siano **dissenziati** quanto se concordino, anche se in maniera diversa e concorrente, con la tesi sostenuta dal collegio cui appartengono.

opinions

La presenza di **opinions** contrastanti può, in taluni casi, mettere in evidenza che il **formante è in trasformazione** o, secondo un'espressione nota, si sta guastando, mettendo in luce **matrici di nuovi formanti**

le scelte dei giudici di una corte nazionale **NON** necessariamente devono essere condivise e adottate in altri sistemi giuridici

RAGIONI DIVERSE

Formante normativo

In ordine al *formante legale*

= **Le regole provenienti dal legislatore o da altri soggetti autorizzati dall'ordinamento**

**POSSONO ESSERE INSERITE NEL TESSUTO
NORMATIVO**

Può in un sistema di common law essere introdotta una regola consuetudinaria come fonte del diritto?

In che modo?

SCOMPOSIZIONE DEI FORMANTI

Il procedimento di **scomposizione dei formanti** = **operazione complessa** e non praticata dal giurista poco avvezzo alla comparazione.

I formanti tendono a **combinarsi fra di loro**, ma anche a scomporsi all'interno di un determinato diritto.

Il “**gioco**” **dei formanti** escluderebbe che il ricercatore possa fidarsi di informazioni generalizzanti – anche se provenienti da rapporti ufficiali (parlamento, governo, organi sopranazionali) – o illusorie.

ES: RAPPORTO DEL GOVERNO X SUL RISPETTO DEI DIRITTI UMANI

segue

A Che cosa accade al giurista che **NON** conosce bene i formanti di un altro ordinamento

o che si trovi in presenza di formanti che non sono presenti nell'ordinamento a lui noto.

In tali circostanze, le **capacità di percezione** del ricercatore possono essere limitate



superficiali approcci con la comparazione

Regole operative

Il rapporto fra **formule definitorie e regole operative**

diverso nel Paese A e nel Paese B,

conseguenza che le definizioni riscontrate in A si atteggiavano diversamente in B, pur essendovi regole sostanzialmente simili.

Al contrario definizioni diverse possono condurre a una simile regola operativa in A e in B.

La ricerca comparatistica consente di mettere in luce queste differenze, anche attraverso la ricostruzione delle singole regole operative

Crittòtipi

Accanto ai formanti maggiormente conosciuti, ve ne sono altri **non verbalizzati**, – e cioè enunciati attraverso parole

- NON appartengono alle tre precitate categorie
- NON fanno parte del diritto positivo.

Questi formanti prendono il nome di “**crittotipi**”, – dal greco *kryptos*, nascosto, e *typos*, segno –, e con essi si indica un **modello implicito**

oppure **talune regole di cui non si è pienamente consci.**

Segue: crittòtipi

Chi saprebbe verbalizzare la regola linguistica per cui diciamo

<<**tre abiti scuri**>> e non <<**tre scuri abiti**>>?

mentre in speciali contesti, diciamo <<**tre grossi libri**>>?>>

Gioco degli scacchi: perché si gioca con il bianco a destra?

Verbalizzazione di regole

La **verbalizzazione della regola** deriva dalla capacità di percezione del ricercatore

che si sviluppa progressivamente e, dunque, non può dirsi se e quando sia effettiva:

«chi giunge in una terra straniera impara talvolta la lingua degli indigeni mediante le definizioni estensive che questi gli danno; e spesso dovrà indovinare come si devono interpretare quelle definizioni, e qualche volta indovinerà giusto, altre volte no»

segue

La presenza di formanti all'interno di un ordinamento straniero

NON implica che il ricercatore riesca a chiarirne relazioni e meccanismi di prevalenza fra i medesimi.

Un **approccio cognitivo** può consentire di mettere in luce modelli o regole non ancora note e scoprire che gli stessi modelli possano porsi – una volta emersi – in opposizione con i formanti già verbalizzati. Se, ad esempio, prendiamo in considerazione una sentenza, in essa potrebbe esserci un ragionamento non verbalizzato che, tuttavia, potrebbe essere alla base della soluzione di una questione giuridica

segue

La **scoperta dei crittòtipi** può essere facilitata se il modello o la regola non nota, emergano in un altro ordinamento e siano verbalizzate

Ciò può accadere nel caso in cui un ricercatore analizzi un modello straniero e, da una visuale **distante**, ne metta in luce le potenzialità, di cui egli stesso – come del resto i giuristi operanti all'interno dell'ordinamento studiato – non aveva un'immediata percezione

Prima di avviare un'analisi utilizzando la comparazione.

Meta-formanti

A Accanto ai formanti c.d. legali, vi sono altre componenti all'interno degli ordinamenti giuridici,

definite “**meta-formanti**”
per distinguerle dai formanti legali.

con questa espressione possiamo indicare quelle parti dell'ordinamento che, pur non costituendo norme giuridiche, incidono sulle relazioni fra formanti.

In tale contesto, un ruolo significativo viene svolto dalle **c.d. formule politiche**, che rappresentano, in **il modo di pensare delle classi dirigenti in un determinato momento storico**

segue

A valori condivisi di fatto dalla classe politica al governo, che li traduce in principi regolatori dei rapporti fondamentali fra Stato e società civile e nelle relazioni organizzative fondamentali dello stato-apparato la formula politica coincide, in buona misura, sotto il profilo concettuale con la c.d. costituzione materiale per la sua vocazione a «influire sulla interpretazione e applicazione delle formule normative costituzionali e per tal via finira per determinare almeno parte dei contenuti della “**costituzione vivente**”

segue

La definizione del concetto di **formula politica** consente, peraltro, di meglio comprendere perché gli ordinamenti che non hanno un procedimento aggravato di revisione costituzionale (c.d. a costituzione flessibile)

NON necessariamente modifichino la carta costituzionale, con maggiore frequenza rispetto a quelli con costituzione rigida.

Ove le convinzioni della maggioranza delle forze POLITICHE DI GOVERNO siano condivise dalla gran parte dei cittadini attivi e dalle strutture della società civile si pongono in opposizione con i valori caratterizzanti l'opinione di fatto prevalente, appunto **la formula politica**