

# 12- Diritto costituzionale italiano e comparato 2020-2021

*Roberto Scarciglia*

Università di Trieste  
Dipartimento di Scienze politiche e sociali

12-Schema 2 per lezioni 29-30 10  
2020

# 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» WITTGENSTEIN*

## 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.

**Luciano Vandelli e le Comunità autonome spagnole**

# Meta-formanti

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

Alla base  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 finirà 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**

# LA COMPARAZIONE SISTEMATICA

La comparazione sistematica o *systemic approach*

ha per oggetto un istituto giuridico, un elemento strutturale che appartiene a un determinato ordinamento giuridico ma **viene studiato separatamente dal relativo contesto nazionale**

per essere comparato alle soluzioni che altri ordinamenti hanno individuato per quel medesimo problema

Il comparatista, studiando uno specifico istituto in diversi ordinamenti giuridici, ne mette in luce il contesto teorico (*comparative framework*).

## segue

Nel campo del **diritto pubblico**, sono numerosi gli studi che si caratterizzano per la comparazione sistematica:

- giustizia costituzionale
- procedimento amministrativo
- istituti parlamentari
- forma di governo
- giustizia amministrativa
- responsabilità
- il tallone d'Achille della comparazione sistematica è rappresentato **dal tentativo consapevole di restare metodologicamente indipendente** [...] da quei sistemi giuridici da cui provengono le soluzioni confrontate (Husa).

# La comparazione critica

Il quarto approccio metodologico di carattere teorico è quello dei **Critical Legal Studies**, che, utilizzato nella letteratura scientifica senza una precisa stipulazione linguistica

ha origine negli Stati Uniti alla fine degli anni Settanta e trova oggi, ad oltre trentacinque anni di distanza, ulteriori sviluppi nel recente libro di **Günter Frankenberg**, *Comparative Law as Critique* cui si deve, fra gli altri, il merito di avere avviato il dibattito su questa teoria fra i comparatisti

## Segue

**L'approccio critico** si caratterizza per:

- la presa di distanza da una visione etnocentrica del diritto
- e per la valorizzazione delle **differenze** nel diritto comparato

Può essere inquadrato nel **diritto della postmodernità** nella seconda metà del XX secolo, nelle sue accezioni della “*Law as Discourse*” e della “*Law as Politics*”

# Metodologia quantitativa

evoluzione dei metodi a disposizione del comparatista

accanto alla metodologia qualitativa, si fa uso di un approccio **quantitativo**.

Se da una parte allargare l'orizzonte della comparazione può apparire ricco di stimoli,

dall'altra, presenta evidenti difficoltà sul piano operativo.

## Segue

**analisi quantitativa introdotta dagli economisti**

*(large-sample, quantitative research designs: LSQRD)*

ha trovato riscontro e applicazione in alcuni **studi di diritto costituzionale,**

sulle origini transnazionali delle costituzioni delimitato le *research questions*, si costruisce un modello statistico per lo sviluppo dell'analisi empirica e lo studio delle variabili relativamente a 188 costituzioni scritte per un periodo di tempo di 61 anni.

l'utilizzo del metodo quantitativo comporta enormi risorse

## Segue

L'approccio quantitativo comporta inevitabilmente una potenziale diminuzione della profondità della ricerca

Un esempio di *variable-oriented study* è testimoniato dalle

**analisi sull'uso di precedenti** o citazioni di diritto straniero da parte delle corti sia nel campo del diritto commerciale e penale e del diritto costituzionale

la scelta di **utilizzare entrambe le prospettive** metodologiche

**quantitativa e qualitativa** può risultare utile per il buon esito di una ricerca comparativa

# Combinazione di metodi

Il dibattito sul metodo risente della complessità delle analisi comparative e dei problemi sottesi

*“sliding scale of methods”*

pur tenendo conto del ruolo centrale svolto dal metodo funzionale per la comparazione giuridica di cui rappresenta un punto di riferimento

sia nel diritto privato che nel diritto costituzionale e amministrativo.