

13- Diritto costituzionale italiano e comparato 2020-2021

Roberto Scarciglia

Università di Trieste

Dipartimento di Scienze politiche e sociali

13-Schema 3 per lezioni 29-30 10 2020

Research question e procedimento comparativo

- Che cos'è una “**research question**”?
- Per avviare un progetto di ricerca è necessario formulare nel modo più corretto possibile una o più *research questions*, cui è strettamente legata la **scelta del metodo o dei metodi** che il ricercatore utilizzerà per la sua analisi.
- Il tema della ricerca deve presentare alcune caratteristiche necessarie che sono comuni a tutte le scienze sociali. In primo luogo, la *research question*, che individua il fenomeno giuridico da studiare, **non deve essere troppo vaga**, e cioè non deve presentare un elevato livello di astrazione o essere formulata in maniera impropria

segue

la questione potrebbe essere particolarmente complessa, al punto da implicare molteplici oggetti di studio, **pluralità di metodi e competenze**.

Non vi è dubbio che se del progetto di ricerca fanno parte specialisti di aree giuridiche diverse o di scienze diverse, le possibilità di risultati positivi sono alte.

Se, ad esempio, si ponesse la questione «**la scienza può costituire un limite alla legislazione di Regno Unito e Germania?**», anche in questo caso, senza una dotazione soggettiva ed oggettiva adeguata, sarebbe difficile venire a capo dei problemi, delle discipline scientifiche e delle ipotesi che la questione stessa implica

segue

La ricerca deve essere, peraltro, **fattibile**.

Ne consegue che il ricercatore deve essere in grado di valutare le sue conoscenze della materia e linguistiche, il tempo e le risorse di cui dispone.

Se la domanda fosse la seguente: «**i sistemi di giustizia costituzionale del mondo hanno in comune le medesime tipologie di decisioni?**», egli dovrebbe avere «tempi e budget illimitati, e una straordinaria abilità nella lettura di un elevato numero di lingue»

segue

Ove così non fosse, il risultato potrebbe essere quello di dare alla luce «superficiali e trite dissertazioni»

Un ulteriore requisito della *research question* è che deve essere **rilevante** sul piano scientifico.

segue

Ciò esclude, da una parte, la **proponibilità di temi già ampiamente sviluppati** e implica, per altro verso, la prospettiva di impatto e di implementazione delle conoscenze in un determinato campo.

Ad esempio, se la domanda fosse «**le leggi che regolano il fine-vita in Germania, Svizzera, Austria e Regno Unito sono moralmente giuste?**», potremmo con sicurezza sostenere che la ricerca possa ritenersi rilevante?

L'ultimo requisito è quello della **credibilità** del tema di ricerca. Se la questione è presentata in modo eccessivamente **astratto**, o anche mal formulata, potrebbe non essere ritenuta verosimile.

segue

La definizione della *research question* costituisce un elemento propedeutico allo svolgimento di una ricerca.

la stessa potrebbe essere **riformulata** a seguito di un'analisi più attenta che mette in luce la mancanza di alcune caratteristiche prima segnalate e che maggiormente si prestino alla riuscita del progetto.

Ciò esclude, da una parte, la proponibilità di temi già ampiamente sviluppati e implica, per altro verso, la prospettiva di **impatto e di implementazione** delle conoscenze in un determinato campo.

Tertium comparationis

Altre operazioni propedeutiche alla comparazione

Il “**tertium comparationis**”

L'espressione latina “*tertium* (terzo) *comparationis*” potrebbe essere tradotta con “la terza parte della comparazione”.

Si tratta di un **elemento necessario** – un parametro per la comparazione – per ogni attività di ricerca e non solo nel diritto comparato.

segue

Il *tertium* **NON** è un comun denominatore qualsiasi, ma è invece «un termine metodologico al più alto livello di astrazione che non è in realtà concretamente collegato con l'oggetto rispetto al quale è utilizzato come un denominatore comune che rende possibile il confronto»

I due oggetti che si comparano hanno in comune una **qualità** senza la quale il confronto non sarebbe seriamente praticabile

Il giudizio comparativo presuppone la **definizione preventiva di un modello di riferimento**, che possa rappresentare un parametro in base al quale formulare il giudizio fra i due termini della comparazione.

segue

Il modello di riferimento è *astratto* e cioè si colloca all'esterno degli oggetti di studio e, dunque, **non descrive realtà giuridiche preesistenti**, proprio per impedire che il raffronto possa essere influenzato attraverso l'introduzione, nel procedimento comparativo, di presupposti da cui possono derivare pre-fabbricati modelli ideali ed emergere gli stilemi del sistema giuridico di appartenenza.

Se il *tertium comparationis* rappresenta un comune punto di partenza dell'analisi comparativa, lo stesso non potrebbe considerarsi un modello di riferimento ove lo confondessimo con quello nazionale.

segue

- **Nel giudizio comparativo vi sono *tre* elementi:**
 - a) ciò che viene comparato, detto anche *comparatum* (A);
 - b) ciò che si deve comparare, il *comparandum* (B);
 - c) il modello di riferimento o *tertium comparationis* (C).
- ove assimilassimo – per qualunque ragione – il *comparatum* con il *tertium comparationis* (A=C), gli elementi comparativi sarebbero dedotti dal solo modello nazionale che verrebbe comparato con un altro (B).

segue

Un esempio

se intendo comparare la disciplina della “sfiducia individuale” (a un singolo ministro) in Italia con quella di uno o più ordinamenti a forma di governo parlamentare, devo, preliminarmente, chiarire cosa intendo per “sfiducia individuale” e definirne gli elementi che consentono di individuarla – cause di sfiducia, soggetti abilitati a richiederla, procedura, garanzie di tutela per il ministro oggetto di sfiducia, distinzione con istituti simili

e soltanto dopo questa ricognizione posso ideare un modello astratto di sfiducia individuale da utilizzare come *tertium comparationis*.

segue

Come potremmo definire ancora il *tertium comparationis*?

potrebbe essere una funzione comune fra istituti e regole, un obiettivo comune da raggiungere, un problema, come una situazione di fatto.

In ogni caso, la definizione del *tertium comparationis* aggiunge valore alla percezione della comparabilità fra due oggetti

I modelli nella comparazione

Il termine “*modello*” – inteso come *schema rappresentativo* di un fenomeno che appartiene alla sfera dell’esperienza – è utilizzato nelle scienze giuridiche a partire dalla fine degli anni Sessanta

nel diritto comparato l’uso del termine è meno approfondito che in altre scienze

lo studio di **modelli “adeguati”** rappresenta una delle operazioni più frequenti, e necessarie, per avviare il procedimento comparativo.

segue

- L'adeguatezza del modello implica la necessità di “tenere conto della realtà empirica del diritto“, di cui deve riprodurre i caratteri principali,
- con la conseguenza che non tutti gli schemi qualificati come modelli possono ritenersi utili per la ricerca, dovendosi preferire l'utilizzo di “**prototipi**” o “**modelli esemplari**”.

segue

La classificazione dei modelli implica la definizione in *categorie* (o *classi*) degli oggetti di analisi, attraverso la individuazione dei tratti peculiari di tutti gli oggetti che possono essere riconducibili a quella classe.

La dottrina ha individuato, esemplificativamente, dei *criteri* che consentono di procedere a classificazioni, come ad esempio, la titolarità del potere, la presenza – per i modelli di costituzione – di procedimenti aggravati di revisione costituzionale

Modello originale

L'**originalità** nei modelli giuridici – come è accaduto per l'*Ombudsman* scandinavo – è fenomeno assai raro e poco analizzato nella letteratura scientifica.

I modelli originali possono derivare da una rottura costituzionale oppure da una consapevole scelta politica o da fenomeni strutturali rinvenibili in un determinato ordinamento

non sempre è facile distinguere i caratteri di **originalità**,

Su questa base, ci si potrebbe chiedere se, ad esempio, il modello delle Comunità autonome spagnole abbia carattere di originalità – derivata dalla rottura operata dalla Costituzione del 1978 – oppure rappresenti un modello in qualche misura derivato dalla Costituzione del 1931

segue

La creazione di un modello originale può essere legata a processi di razionalizzazione, tanto per **assimilazione** – come accade nelle ipotesi di trattamento eguale di casi perché dotati di elementi di analogia – quanto per **dissimilazione**, nelle ipotesi di trattamento differenziato di casi che presentano un elemento differenziale
l'innovazione può derivare dalla diversa interpretazione di una proposizione nota, formulata dallo stesso autore o da altri interpreti.

Le imitazioni sono state **variamente classificate**
Analogamente per quanto accade per i formanti più noti, le stesse sono state suddivise in imitazioni **dottrinali, legislative e giudiziarie**.

A fasi del procedimento

Secondo lo schema proposto da Constantinesco (1913-1981), le fasi del procedimento possono essere sintetizzate nella c.d. “regola delle 3 C”:

la fase di conoscenza

quella di comprensione

quella di comparazione

Tutte queste fasi sono necessarie e ognuna di esse è caratterizzata da regole, azioni e operazioni che il ricercatore è tenuto a seguire

A La quinta regola metodologica prevede che il termine da comparare sia interpretato alla luce del *metodo interpretativo* utilizzato nell'ordinamento cui il termine medesimo appartiene.

l'interpretazione di un istituto giuridico di un ordinamento straniero con gli occhi del giurista “interno” può produrre gravi errori

analogamente a quanto accadeva agli etnologi del diritto, che studiavano le istituzioni dei popoli antichi con l'occhio dei civilizzatori e ciò aveva prodotto dei risultati sbagliati

il corretto modo di interpretare il termine straniero da

A Questa fase del procedimento mette a nudo le difficoltà che possono incontrare le analisi comparatistiche, avviate soltanto attraverso affrettate raccolte di materiali senza il contatto diretto con il Paese che si è scelto di comparare