

14- Diritto costituzionale italiano e comparato 2020-2021

Roberto Scarciglia

Università di Trieste

Dipartimento di Scienze politiche e sociali

14-Schema 4 per lezioni 29-30 10 2020

Procedimento comparativo

definito l'oggetto della comparazione e la scelta di uno o più metodi che si intendono utilizzare per la propria analisi, il ricercatore dà avvio a un “**procedimento comparativo**”, che è costituito da una serie di fasi, concatenate e propedeutiche fra loro

con la finalità di giungere al raffronto fra modelli o soluzioni o istituti appartenenti a ordinamenti diversi, per ottenere dei risultati più o meno applicabili, al termine delle **fasi** e delle operazioni di comparazione.

Procedimento comparativo

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.

Fasi del procedimento comparativo

La **prima** fase – quella di **conoscenza** – è dedicata allo svolgimento delle attività necessarie per la conoscenza dei termini della comparazione.

Nella **seconda** – quella di **comprensione** – compito del ricercatore è proprio quello di comprendere, all'interno dei limiti geografici della comparazione, il valore dei formanti di ogni singolo ordinamento oggetto di analisi

nella **terza** fase – quella di **comparazione** – si procederà al confronto fra i diversi elementi percepiti negli ordinamenti giuridici comparati. Può esserci un'altra fase – quella di **applicazione dei risultati** – che è accidentale, giacché dipende dalle finalità della comparazione

segue

Le fasi del procedimento, sono **susseguenti** – nel senso che devono seguire l'ordine indicato, con la conseguenza che ogni fase è propedeutica all'altra, come accade nell'attività metodica – e **complementari**, giacché sono stabilite l'una in funzione dell'altra.

Per rappresentare il procedimento comparativo si potrebbe immaginare **una piramide tagliata** in tre sezioni orizzontali: quella di base, in cui si acquisiscono gli elementi di conoscenza; quella mediana, relativa alla comprensione di questi elementi e quella superiore, della comparazione in senso stretto

segue

la fase di conoscenza

La prima fase del procedimento comparativo è quella di conoscenza degli oggetti della comparazione.

Sono riconducibili a questa fase, tutte le operazioni di raccolta di informazioni, di materiali di studio, che, solitamente, si svolgono durante viaggi nei Paesi scelti per l'indagine comparatistica.

Il comparatista, nel suo percorso, svolge «un ruolo mediatico tra l'ordinamento straniero e l'ordinamento proprio, tra la mentalità del giurista straniero e la mentalità del destinatario finale, del giurista nazionale»

segue

Su queste basi gli ordinamenti possono essere prima descritti e poi studiati e, successivamente, **scomposti nei loro formanti**, passando da una percezione limitata a una loro comprensione comparativa. Il passaggio dalla prima alla seconda «è assicurato dallo *schema comparativo*».

Lo schema comparativo

Il procedimento di scomposizione dei termini della comparazione mette in evidenza una serie di problemi distinti, che rientrano nello schema comparativo, in cui tutti gli elementi devono trovare collocazione, qualunque sia la loro natura («istituzionale o strutturale, formale o materiale, concettuale o funzionale, ideologica o politica»)

segue

Ma come si può percepire nella sua **completezza** il termine da comparare?

- È necessario che segua alcune regole.
- Ne sono state prese in considerazione **cinque**:
 - . il termine da comparare deve essere studiato per come è nella realtà;
 - il termine da comparare deve essere esaminato nelle sue **fonti originali**; il termine da comparare deve essere studiato nella complessità e nella totalità delle fonti del diritto;
 - il rispetto della gerarchia delle fonti nell'ordinamento esaminato; il termine da comparare deve essere interpretato secondo il metodo ermeneutico dell'ordinamento cui appartiene

segue

La **prima** è quella di acquisire una *conoscenza* il più possibile *approfondita degli elementi da comparare*, che privilegi piuttosto i profili operazionali, piuttosto che le proposizioni declamatorie nell'acquisizione dei materiali, del *package* necessario per iniziare la ricerca.

In questa fase, è possibile che il ricercatore si trovi in presenza di **antinomie** – ad, esempio, fra la dottrina e la giurisprudenza, fra il testo normativo e una certa interpretazione di una corte –, ma, in ogni caso, è tenuto a una ricostruzione del termine da comparare, che non sia influenzata dall'ordinamento in cui egli stesso opera.

segue

La *seconda* regola riguarda *la comparazione dei termini nelle fonti originali*: per poter procedere efficacemente nel procedimento comparativo, occorre studiarli e conoscerli separatamente.

Come raccogliere queste fonti, selezionarle, classificarle, oltre ad assicurarsi che esse siano scientificamente attendibili? Il valore (e la utilità) della ricerca comparatistica dipendono proprio dal rigore con cui queste operazioni vengono affrontate

la conoscenza diretta degli ordinamenti da analizzare rappresenta una condizione necessaria per procedere a una vera comparazione. Si tratta di un problema di educazione del comparatista: egli pone in essere un reale

segue

La **conoscenza linguistica** rappresenta il principale ostacolo alla comparazione. Per comparare è necessario conoscere la lingua, che è condizione necessaria per accedere alle fonti del diritto straniero.

La **terza** regola metodologica riguarda lo *studio del termine da comparare* in relazione alla pluralità delle fonti giuridiche che sono in vigore in un determinato ordinamento e in un momento storico definito.

Riprendendo la descrizione della fase di conoscenza, si può osservare che il ricercatore difficilmente si lascia ingannare dalla lettura della sola fonte *prima facie* applicabile, per procedere nel suo percorso comparatistico

Segue

A La **quarta** regola metodologica è rappresentata dal rispetto della gerarchia delle fonti nell'ordinamento relativo al termine da comparare: per “fonte” qui intendiamo qualunque fattore che contribuisce alla elaborazione e alla formazione di una norma giuridica, mentre per “**gerarchia delle fonti**” l'ordine di priorità che governa i reciproci rapporti fra norme

Tali relazioni si atteggianno, tuttavia, diversamente a seconda che si tratti di un ordinamento di *civil law* oppure di uno di *common law* e questo rende particolarmente difficile la missione del comparatista, tenuto a registrare le variazioni più o meno profonde della gerarchia delle fonti in ogni singolo ordinamento.

segue

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 comparare può ritenersi quello seguito dai giuristi che operano in quell'ordinamento.

La fase di comprensione

Nel procedimento comparativo, alla fase di conoscenza fa seguito quella di *comprensione*, in cui è necessario che il comparatista proceda a *reintegrare il termine della comparazione* nel proprio ordinamento,

Ciò presuppone una significativa esperienza comparatistica – come si è cercato di evidenziare nel rapporto fra percezione e oggetti della comparazione – , che consenta di cogliere le relazioni intercorrenti fra (almeno) due regole operanti in due ambienti, con proprie peculiarità culturali, giuridiche, economiche, geografiche, storiche e sociali.

segue

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

segue

A differenza dei percorsi procedurali che riguardano il diritto pubblico interno – in cui vi è un termine per la conclusione di una fase specifica –, nel procedimento metodologico, **non soltanto questo termine non vi è**, ma si presenta indefinita anche la linea di confine fra la fase della conoscenza e quella della comprensione, nonostante che i tratti peculiari delle due fasi siano nettamente distinti.

Nella prima, l'oggetto della comparazione viene percepito isolatamente: possono esservi formanti legali diversi, studiati separatamente, giacché **soltanto nella seconda i singoli formanti vengono posti in relazione**, fra di loro e con altri componenti, come insiemi all'interno di una struttura complessa

La fase di comparazione

che varia a seconda dello scambio, delle interferenze fra formanti, analogamente a quanto avviene per i composti chimici.

Nella fase che precede è stato definito il termine della comparazione. È in questo momento del procedimento che una componente del diritto straniero viene conosciuta e diviene strumentale alla **comparazione in senso stretto**.

Ciò evidentemente dipende, in modo particolare, dal grado di accuratezza raggiunto dal ricercatore nelle prime due fasi del procedimento. Ma occorre, in ogni caso, tenere separato lo studio del diritto straniero dalla comparazione

Arresto procedimentale

L'arresto del procedimento comparativo alla fase di comprensione del diritto straniero escluderebbe, tuttavia, che si possa parlare, in senso stretto, di comparazione giuridica

dovendosi attribuire all'attività procedimentale svolta un valore prevalentemente decorativo rispetto al principale oggetto di indagine, che deve essere sviluppato nell'intero procedimento.

Sotto il profilo metodologico, nella fase di comparazione, è necessario acclarare il contenuto della relazione fra i termini della comparazione

- CONCLUSIONE DELLA PRIMA PARTE DEL CORSO

Domande



- Quali sono le fasi del procedimento comparativo?
- In che cosa consiste la fase di conoscenza?
- E la fase di comprensione?
- E la fase di comparazione?