

---

# Ruolo della dottrina, comparazione e "legal tourism"

## Papel de la doctrina, la comparación y el "turismo legal"

### Role of the doctrine, the comparison and "legal tourism"

Lucio Pegoraro\*\*

Universidad de Bolonia. Italia.

luciopegoraro@hotmail.com

#### ABSTRACT

Muovendo dai risultati di un'ampia ricerca sull'uso della dottrina da parte delle corti di vertice (costituzionali e supreme), l'articolo denuncia i rischi generati dall'esportazione acritica delle soluzioni "nazionali" e dalla recezione delle stesse, non supportata da un'analisi del contesto in cui si calano. In particolare, si sofferma sulla prassi delle "relazioni nazionali" nei congressi e nell'accettazione supina dei loro risultati da parte di uditori non attrezzati con le categorie della comparazione. Segnala che la rinuncia alla comparazione (in particolare, la mancata considerazione per il *milieu* dell'ordinamento recettore) riverbera conseguenze anche sui formanti dinamici (legislazione e giurisprudenza). Evidenzia che, ciò nonostante, le corti citano spesso autori (come quelli statunitensi) che assegnano valenza universale a teorie "locali" o "regionali" del diritto costituzionale, contribuendo a un'uniformazione giuridica formale, che non sempre riesce a mascherare profonde fratture tra i formanti.

**Parole chiave:** diritto comparato, la dottrina, cultura giuridica, ricevimenti, dialoghi.

#### RESUMEN

Utilizando los resultados de una amplia investigación sobre el uso de la doctrina académica por las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales, el artículo denuncia los riesgos provocados por la exportación acrítica de las soluciones "nacionales" y por la recepción de las mismas, no soportada por un análisis del contexto en donde se calcan. En particular, se detiene sobre la praxis de la aceptación acrítica de sus resultados por los "auditorios" no acostumbrados con las categorías de la

---

Fecha de recepción: 13 de octubre de 2015

Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2015

\* Artículo de reflexión.

\*\* Catedrático de Derecho Público Comparado en el Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Bolonia, profesor afiliado de la Universidad Autónoma de Nuevo León y Doctor H.C. por tres Universidades. Ha publicado una quincena de monografías, es autor de alrededor de 350 escritos sobre distintos temas de derecho comparado (método, fuentes del derecho, instituciones, justicia constitucional, reforma constitucional, derechos y libertades, etc.), publicados en italiano, castellano, francés, inglés, portugués, árabe, en revistas y volúmenes editados en Canadá, Portugal, Francia, España, Georgia, Reino Unido, y muchos países de América Latina. Ha participado en la redacción de obras didácticas y manuales colectivos publicados en Italia y fuera; dirige o co-dirige una revista internacional y cinco colecciones de Derecho comparado, y participa en los comités de dirección o científicos de 20 revistas y colecciones, sobre todo extranjeras.

comparación. Señala que la renuncia a la comparación (en particular, la falta de consideración para el milieu del ordenamiento receptor) provoca consecuencias incluso en los “formantes dinámicos” (doctrina y jurisprudencia). Subraya que, pese a ello, las Cortes citan a menudo autores (como los estadounidenses) quienes otorgan valor universal a teorías “locales” o “regionales” del Derecho constitucional, y contribuyen así a una uniformización jurídica formal, que no siempre consigue ocultar fracturas profundas entre los formantes.

**Palabras clave:** Derecho Comparado, doctrina, cultura jurídica, recepciones, diálogos.

## SUMMARY

Using the results of an extensive research on the use of the academic doctrine by the Supreme Courts and Constitutional Tribunals, the article denounces the risks caused by the uncritical export of “national” solutions and by their reception, unsupported by an analysis of the context where they are copied. Specifically, it refers to the practice of uncritical acceptance of the results by the “audiences” not used to the categories of comparison. It notes that the withdrawal of the comparison (in particular the lack of consideration for the milieu of the receiving regulation) causes consequences even in the “dynamic shapers” (doctrine and jurisprudence). It stresses that, in spite of this, courts often quote authors (like the American) who give universal value to “local” or “regional” theories of the Constitutional Law, and thus contribute to a formal legal standardization, that not always gets to hide deep fractures between the shapers.

**Keywords:** Comparative Law, doctrine, legal culture, receptions, dialogues.

## INTRODUZIONE: I RISULTATI DI UNA RICERCA SULL’IMPATTO DELLA DOTTRINA NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE, E ALCUNE RIFLESSIONI CHE ESSA SUGGERISCE

Una ricerca recentemente conclusa, relativa all’influenza delle opere scientifiche e delle dottrine accademiche sulle decisioni delle corti costituzionali e supreme, ha offerto molti spunti di riflessione sulla circolazione dei modelli, specie nel campo del diritto costituzionale e pubblico<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Prin “Courts, Professors and the Inclusive Society: the Impact of Scholarly Opinions on the Highest Courts” 2010-2011. I risultati relativi ad alcuni ordinamenti del mondo, ma specialmente all’area latinoamericana, sono raccolti in L. Pegoraro, G. Figueroa Mejía (eds), *Profesores y Jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*, Porrúa-Suprema Corte de la Nación-Fundación K. Adenauer, México, 2016, in corso di stampa. (Vedi v. anche il mio *La doctrina en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales (y la falta de doctrina sobre la doctrina)*.) Nonché, in italiano, inglese e spagnolo, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2015, Esi, Napoli, 2015. Per altri riferimenti

Tra gli altri risultati raggiunti, essa ha dimostrato innanzi tutto l’erosione di alcuni tradizionali

v. i miei: *Estudio introductorio. Los jueces y los profesores: la influencia de la doctrina sobre las decisiones de los Tribunales y Cortes constitucionales*, in G. Aguilar Cavallo, I. Díaz, C. Moro, L. Pegoraro, R. Poblete, C. Salas, M. Yáñez, *Los profesores y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*, Universidad de Talca-Cecoch, Santiago de Chile, 2015; Id., *Los responsa de los profesores como fuentes del derecho (el papel de la doctrina en la jurisprudencia constitucional)*, destinato a uno dei 7 volumi, a cura di J. Espinoza de los Monteros Sanchez, per il centenario della Costituzione Messicana e a *Pensamiento constitucional* per il 20° anniversario della Rivista. Sul “silenzio” della dottrina nella giurisprudenza spagnola v. S. Ragone (ed.), *La aportación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional española*, Ceps, Madrid, 2015.

La ricerca si inserisce in un filone di studi molto praticato, ovvero l’uso del diritto comparato da parte delle corti. A esso ha dato importanti contributi A. Gambaro, ad es. in *Il diritto comparato nella aule di giustizia ed immediati dintorni*, in AA.VV., *L’uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, *Quad. Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 7, Giuffrè, Milano, 2004; G.F. Ferrari, A. Gambaro (eds), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Esi, Napoli, 2006.

schemi classificatori delle famiglie giuridiche, che non sembrano reggere allo studio condotto attraverso la lente del rapporto dottrina/giurisprudenza. In alcuni ordinamenti classificati come “misti”, si registra una eclatante affermazione della cultura giuridica del *common law*, a scapito di quella di diritto civile. La circolazione della dottrina percorre strade tutte sue anche in sistemi classificati ineluttabilmente di diritto civile, nei quali la penetrazione della dottrina anglosassone (specie statunitense) appare massiccia<sup>2</sup>.

Ha dato inoltre conferma del fatto che alcune idee, principi, valori, concetti circolano a prescindere dalle classi di appartenenza dei paesi che importano ed esportano. Ad esempio, alla circolazione dei diritti soggettivi è estranea sia la classificazione delle famiglie, sia quella delle forme di governo, sia in parte persino quella della forma di Stato. Alcune tesi (come ad esempio quelle del c.d. neocostituzionalismo) accomunano giuristi statunitensi, spagnoli, latinoamericani, italiani, ecc., a prescindere dalla provenienza, ed essi sono spesso citati congiuntamente.

La generale prevalenza, nelle citazioni, delle opere di diritto interno ha una giustificazione nell'esigenza di risolvere i casi alla luce del proprio diritto, e per questa ragione i giudici nazionali si servono per lo più, *in primis*, dell'apporto degli studiosi del paese cui appartengono. Fanno eccezioni alcune corti “giovani”, che nella dottrina straniera cercano e talvolta trovano la base razionale della loro giurisprudenza, che non può essere assicurata dalla trama dei precedenti (i quali non esistono) o dalla dottrina autoctona (compromessa con l'*ancien régime*, o non attrezzata culturalmente a leggere i nuovi testi). Più nello specifico, i dati attestano che (come era facile presupporre) c'è comunque uno

stretto legame tra lingua e utilizzazione di fonti dottrinali straniere: spesso, le fonti più usate sono quelle redatte nella lingua-madre (ad es., il portoghese per i brasiliani, lo spagnolo per i restanti paesi dell'America latina, il francese nelle ex colonie).

Si afferma però una diffusione capillare delle opere redatte in inglese, specie – anche fuori del *Commonwealth* – quelle di provenienza statunitense: non solo libri e articoli tradotti, ma altresì gli originali, pure in riferimento a studi in materie non giuridiche; diversamente dal resto del mondo, in America Latina la letteratura giuridica in inglese è però tutt'altro che monopolizzante, o addirittura totalmente estromessa, come in Ecuador.

Si registra inoltre una diffusa (anche se molto più circoscritta) penetrazione della dottrina filosofica e giuridica di lingua tedesca, ossia di una lingua che dal secondo dopoguerra non può più essere considerata veicolare in campo giuridico, diversamente da prima, grazie all'importanza degli studi dei vari Windscheid, von Humbolt, von Jhering, Jellinek, Laband, von Gerber, von Kirchmann, A. Feuerbach, Radbruch, Engisch, Ehrlich, fino a Larenz, Forsthoff, Schmitt, Merkl, Kelsen, etc. Va detto peraltro che spesso questi autori sono stati tradotti (come lo sono oggi, tra altri, Hesse, von Bogdandy, Häberle). Neppure va scordato il ruolo assunto dal *Bundesverfassungsgericht* nell'elaborazione di importanti dottrine giurisprudenziali, che in quanto tali circolano nel formante giurisprudenziale, tirandosi dietro anche l'interesse per gli studi di dottrina accademica tedesca<sup>3</sup>.

Francesi e italiani sono ricordati soprattutto per gli studiosi del passato, più o meno prossimo,

<sup>2</sup> A conferma ulteriore della giustezza della tesi della scomposizione o scissione dei formanti, proposta da Sacco e dalla sua scuola, e dell'impossibilità di leggere il diritto comparato in modo compatto e omogeneo, come spesso si continuano a leggere i diritti positivi nazionali.

<sup>3</sup> Ci sono infine ragioni collegate all'emigrazione di studiosi tedeschi, come pure all'attrazione di studiosi di vari paesi del mondo presso istituti di cultura tedeschi. Il fenomeno si registra anche negli Stati Uniti (dove i tedeschi sono fra i pochi, anche se poche volte, ad avere talora l'onore di una citazione).

ma poco più (salvo, i francesi, nelle ex colonie e in alcuni paesi mediorientali e dell’Est europeo<sup>4</sup>, e gli italiani in America latina); in particolare la dottrina italiana – presente, se pure sporadicamente, con autori classici e sparse citazioni nel resto del mondo<sup>5</sup> – nella giurisprudenza iberoamericana lo è tutt’oggi, specie con i grandi processualisti, ma anche con autori contemporanei<sup>6</sup>. Gli spagnoli, scomparsi dalle Filippine, hanno ancora forte presa in America latina, ma non in modo preponderante, e i portoghesi ovviamente in Brasile.

Altri dati illuminano ulteriori profili, di natura sociologica più che giuridica in senso stretto: alcune Università prestigiose, come Sorbonne e Bologna, ma anche Cambridge, vanno progressivamente perdendo terreno in questo specifico *ranking*, mentre altre mantengono una forte presenza (soprattutto Harvard, favorita dalla penetrazione del pensiero giuridico statunitense, come pure alcune antiche Università tedesche). Gli autori citati provengono da innumerevoli Università, e sono centinaia quelle rappresentate. Normalmente, i giuristi citati si sono formati e/o hanno insegnato in varie Università. Ciò sembra attestare che per essere internazionalmente conosciuti è utile maturare una cultura poliedrica, mentre nascere come studenti, e morire come professori nella stessa Università non contribuisce all’internazionalizzazione.

<sup>4</sup> Anche in America latina è in sensibile calo l’utilizzazione delle opere in francese, che va pari pari con la perdita di *appel* di tale lingua, ormai poco insegnata nelle scuole di tutto il mondo e confinata quasi solo nell’ambito della diplomazia. (Persino nel ciclismo, dove era sino a poco fa la lingua ufficiale, come nella pubblicità dei profumi, essa è stata soppiantata dall’inglese; meno nella scherma.)

<sup>5</sup> Specialmente Beccaria, e i più contemporanei Orlando e Rocco.

<sup>6</sup> Non va sottaciuto, al riguardo, che la comune radice con lo spagnolo e il portoghese ne agevola comunque la lettura, e questo spiega il maggiore favore con cui gli autori italiani sono tenuti in America Latina (a prescindere che pure per essi vale il principio per cui i più citati sono quelli che sono stati tradotti).

Le corti citano in prevalenza teorici generali, filosofi, costituzionalisti che aspirano a ricostruzioni complessive, processualisti che propongono teorie del processo, ma anche, in relazione a temi puntuali, cultori di altre discipline giuridiche e non giuridiche, le cui opere siano reputate utili nella soluzione dei casi in esame. Le discipline non giuridiche sono utilizzate tendenzialmente per la soluzione di casi etici (medicina, biologia, psicologia, etc.) o di controversie inter-etniche (antropologia, sociologia), in quei paesi dove esse si presentino.

Nei riferimenti a dottrine straniere, si citano solo raramente studiosi stranieri che si occupano di temi del loro paese, salvo quando fanno astrazioni generali. Tanto meno si citano quanti da uno specifico ordinamento studiano un paese straniero. (In effetti, per fare un esempio, perché mai un giudice, per avere luce su un problema, dovrebbe utilizzare un autore italiano che scrive sugli Stati Uniti, e non direttamente un autore americano?)

Affiora un non completo allineamento tra i formanti, sia all’interno dei vari sistemi, sia per quel che riguarda la circolazione dei modelli. (La dottrina viene usata sia in funzione contromaggioritaria, a supporto di corti impegnate in tale missione, sia al contrario.) All’interno di ciascun sistema, il non allineamento si avverte meno in America Latina che altrove. Infatti, dove il formante normativo/costituzionale si è in parte discostato dagli archetipi del costituzionalismo occidentale (e specialmente dall’egemonia statunitense), anche nella giurisprudenza si riscontra una parallela limitazione dei richiami agli autori che lo supportano, a vantaggio di chi “canta fuori dal coro”. L’Ecuador in particolare, non solo usa in prevalenza dottrina straniera, ma la seleziona quasi pedantemente fuori dalla cultura giuridica statunitense, evidentemente additata quale supporto di una visione imperiale<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> ... quasi facendo proprio l’interrogativo che Piero Gobetti pubblicava sotto il titolo della rivista *Energie Nuove* – “τι μοι συν δουλοισυν?”, “che ho a che fare io con gli schiavi?”.

La dottrina citata, perciò, è quella non ostile agli obiettivi della nuova Costituzione.

In molti continenti e paesi, specie dove è assicurata ampia indipendenza e si afferma in varie forme l'attivismo giudiziario, la giurisprudenza costituzionale non si allinea di solito al formante legislativo, ma patrocina modifiche, cambi, allineamenti con la Costituzione, interpretata in modo evolutivo. A prescindere dalla provenienza e dalle politiche giudiziarie perseguite, è frequente la citazione di autori che patrocinano la prevalenza del diritto giurisprudenziale su quello legislativo.

A volte, principi metafisici evocati dalla dottrina citata (come quelli connessi alle teorie sui diritti umani) servono per bloccare revisioni costituzionali che attentino al c.d. nucleo duro, oltre che per cassare leggi con essi in contrasto<sup>8</sup>. È costante il richiamo alla dottrina di vari paesi che, con pensieri generali e astratti, è percepita, a torto o a ragione, come plausibilmente idonea a dare soluzioni a problemi comuni.

Per supportare queste operazioni, le corti fanno ricorso a dottrine scientifiche che servono da avallo, sia interne che straniere. La selezione della dottrina viene però operata molte volte in modo avulso, avendo più in mente i crittotipi linguistico-culturali che l'aderenza di "quella" dottrina alle prassi costituzionali dell'ordinamento di arrivo.

Ciascuno di questi dati può dare luogo a varie riflessioni; in queste pagine, li utilizzerò non solo per rafforzare l'idea, già espressa in altre sedi (e condivisa peraltro da quasi tutti i comparatisti) che gli studiosi di diritto nazionale sono tali e restano tali quando si occupano di diritto straniero, ma pure per sostenere che lo sono anche quando si dedicano a illustrare per l'estero

<sup>8</sup> S. Ragone, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bup, Bologna, 2011, trad. sp. *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, México, 2012. Ulteriore bibliografia e riflessioni nel mio libro *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 173 ss.

(o all'estero) le ricerche di diritto interno<sup>9</sup>. Di più: tali operazioni di decontestualizzazione possono essere dannose (in termini logici, non solo politico-ideologici) se non hanno il supporto di una adeguata base comparatistica. Parimenti dannosa, negli stessi sensi, è la acritica ricezione di *input* provenienti da fuori, da parte della dottrina autoctona (come pure tali operazioni sono foriere di cattive recezioni da parte della legislazione e della giurisprudenza). Definisco "iusonanismo" l'atteggiamento di chi (per lo più in buona fede) utilizza le proprie categorie giuridiche per assegnare a esse valenze extrastatali (o universali), senza contestualizzarle; definisco "iusvoyeurismo" l'atteggiamento di chi (per lo più in buona fede) osserva acriticamente (e recepisce, interiorizza) categorie giuridiche altrui, per assegnare loro valenze anche interne (e comunque extrastatali), senza contestualizzarle.

## 1. Legal Tourism

Il discorso ha risvolti generali, che riguardano non solo la relazione diretta inter-formanti (dalla dottrina alla giurisprudenza, attraverso le citazioni), oggetto della ricerca e illustrata negli studi conclusivi<sup>10</sup>, ma anche la circolazione infra-formanti: nel nostro caso, dalla dottrina alla dottrina. Quando circola in ambito accademico sia infra- sia extra-statale, la dottrina influenza indirettamente anche gli altri formanti. Un suo uso acritico, e inconsapevole delle implicazioni che hanno i trapianti, si riverbera nella legis-

<sup>9</sup> V. il mio *Le categorie civilistiche e il parassitismo metodologico dei costituzionalisti nello studio del diritto comparato*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013, Esi, Napoli, 2013, p. 305 ss., trad. sp. *Comparación y globalización (las categorías del Derecho civil y el parasitismo metodológico de los constitucionalistas en el estudio del Derecho comparado)*, in L.R. González Pérez, D. Valadés (eds), *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje A Jorge Carpizo*, Unam-Iij, México, 2013, e in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 14, 2013, p. 265 ss.

<sup>10</sup> V. nt. 1. Per l'uso del diritto comparato nella legislazione v. nt. 35.

lazione e nella giurisprudenza (oltre che nella stessa dottrina).

Nelle scienze della natura, anche i profani sono avvertiti dei danni formidabili che può provocare l'introduzione in ambienti non adatti di sostanze chimiche o biologiche, di animali, di piante, in contesti non idonei alla recezione<sup>11</sup>. Chi propone l'esportazione, come chi la accoglie, non può non sapere, oppure non porsi il problema. L'informazione divulgativa ha contribuito a creare una coscienza di questo speciale profilo della comparazione. Anche nel diritto, l'esito della circolazione è condizionato dal *milieu*. Chi suggerisce le proprie soluzioni, e chi le accoglie, è chiamato a spiegare se siano utili e praticabili, non solo all'interno, ma anche “altrove”.

Ci sono vari risvolti del problema. Un giurista che scrive di cose di casa sua, che vengono copiate in altri contesti, non risponde del loro uso scorretto; non c'è responsabilità di chi tiene in casa un medicamento lecito e utile per sé, ma potenzialmente pericoloso per i terzi, se un ladro lo ruba e un ricettatore lo rivende. *Caveat emptor*, ammoniva l'antico brocardo. Ma dall'altra parte c'è l'onere del venditore di garantire l'integrità del prodotto (come pure di non abusare della credulità popolare). Se il giurista propone elaborazioni interne a un pubblico straniero, si genera una corresponsabilità tra chi compra senza verificare i vizi, e chi vende occultandoli. Nel campo del diritto comparato, una variabile è rappresentata dall'uditorio cui ci si rivolge. Un uditorio notoriamente non avvertito (per ragioni culturali, generazionali, sistemiche...) ha “diritto” a informazioni metodologicamente più specifiche, rispetto a un uditorio di esperti comparatisti.

<sup>11</sup> L'immissione del *silurus glanis*, e già prima del pesce gatto, nei fiumi italiani, ha generato la distruzione o la trasformazione della fauna ittica autoctona; l'importazione in California di una specie aggressiva di api (ai fini “buoni” di favorire l'impollinazione), ha causato conseguenze devastanti e la scomparsa delle specie originarie. Gli esempi potrebbero continuare all'infinito.

Anche la mera informazione sui diritti stranieri (sia nell'ordinamento di riferimento, sia all'estero) è attività utile, perché arricchisce le conoscenze e fornisce ventagli di scelte. Essa però scarica sui riceventi l'intera responsabilità delle operazioni di selezione e di adattamento delle soluzioni, pur quando il pubblico non è attrezzato per tale tipo di operazioni (ad es., perché privo delle nozioni basilari fornite dagli studi comparatistici, causa l'assenza di insegnamenti dedicati nella tradizione giuridica del paese).

Circolano pure idee reputate comuni, che in teoria possono prescindere dal *milieu*: l'idea della ruota si può esportare pure in regioni geografiche sconosciute, nonostante possano sorgere alcune controindicazioni sul suo uso. Ma nel diritto non è detto che concetti reputati asettici, come “diritti fondamentali”, “diritti umani”, “federalismo”, “divisione dei poteri”, ecc., fino a “democrazia”, abbiano valore universale, se almeno non siano accompagnati da un bilanciamento con altri modi di intendere i fenomeni sociali: ad es., “dovere”, “morale”, “religione”, “natura”, “famiglia”, “tribù”, “perdono”, “ozio”, “armonia”, “tradizione”, “correttezza”, “deferenza”, “felicità”, “*buen vivir*”, ecc.<sup>12</sup>

Persino dentro sistemi, famiglie, forme di Stato comuni o omogenee – come ammonisce la letteratura di diritto comparato generale – occorre enfatizzare i rischi della decontestualizzazione, tanto frequente nella letteratura costituzionalistica: dal concetto di nazione, di sovranità nazionale, di sovranità popolare, di Stato, di gerarchia delle fonti, ecc., sino a cose più giù nella scala della sistemazione teoretica, come il voto di scambio (sul quale si basa, legittimamente,

<sup>12</sup> V. il mio *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bup, Bologna, 2014, spec. pp. 56 ss. e 78 ss., trad. sp. *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el metodo*, Astrea-Unam-Un. Libre, Buenos Aires, 2016, in corso di stampa, e, in particolare per “democrazia”, *Costituzioni e democrazia: definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo*, in *Rass. parl.*, aprile-giugno 2014, p. 249 ss., e in *Rev. Latino-Am. Estudos Constitucionais*, n. 16, 2014.

l'intero *frame of government* americano, in perfetta sintonia con le regole formali della divisione dei poteri e della base etica che ne elimina o almeno ne tempera gli effetti altrove dirompenti).

Specularmente alle classificazioni aristoteliche delle forme di governo, si possono creare classi “rette” e classi degenerate per incasellare (in modo *fuzzy*) le categorie dell’esportazione/recezione di dottrina giuridica<sup>13</sup>. Appartengono alle classi “rette”: a) il giurista interno che *insegna* diritti stranieri, all’interno, conoscendo l’“arte” della comparazione; b) il giurista interno che *apprende* diritti stranieri, all’interno, conoscendo l’“arte” della comparazione; c) il giurista interno che *insegna* diritti stranieri, all’esterno, conoscendo l’“arte” della comparazione; d) il giurista interno che *apprende* diritti stranieri, dall’esterno, conoscendo l’“arte” della comparazione. Per le classi “degenerate”: a) il giurista interno che *insegna* diritti stranieri, all’interno, senza conoscere l’“arte” della comparazione; b) il giurista interno che *apprende* diritti stranieri, all’interno, senza conoscere l’“arte” della comparazione; c) il giurista interno che *insegna* diritti stranieri, all’esterno, senza conoscere l’“arte” della comparazione; d) il giurista interno che *apprende* diritti stranieri, dall’esterno, senza conoscere l’“arte” della comparazione.

L’espressione “*legal tourism*” ha un senso conosciuto ai comparatisti. È sinonimo di “*transposition*”, “*borrowing*”, “*migration*”, o “*cross fertilization*”<sup>14</sup>. Non ha una connotazione nega-

tiva. La userò qui, con riferimento soprattutto alle due ultime classi indicate, in senso un po’ diverso, per indicare le velleità traspositive di culture giuridiche aliene in contesti sconosciuti e non propensi all’accoglimento.

## 2. *Fast food, self-service: le varie facce del rapporto tra diritto comparato e diritto straniero*

Nonostante il campo sia già stato profondamente arato, dedico qualche riga alla differenza tra studio del diritto straniero e diritto comparato, ma solo perché il tema è preliminare alle riflessioni sui risvolti pratici, ai quali è dedicato il § 3. Si è affermato che «conoscere il diritto *straniero* (o *esterno*, o “ancora ignoto”) è (...) comparazione, perché ne rappresenta la prima operazione mentale, cioè la “costruzione” o “ricostruzione” di uno dei termini (che possono anche essere molteplici, nel tempo e nello spazio) del raffronto»<sup>15</sup>. Già ho replicato di non essere per nulla d’accordo e che addirittura, la comparazione “criptica” o “clandestina” che farebbe uno studioso di un diritto straniero per andare a fondo della sua indagine, neppure ci sarebbe, se lo stesso studioso fosse un profondo conoscitore dell’ordinamento indagato (la Francia per uno spagnolo, gli Stati Uniti per un italiano, ecc.). Paradossalmente, se si dovessero considerare comparatisti anche gli studiosi di diritti stranieri, come opinava Lombardi, tali sarebbero solo quelli che, almeno all’inizio, proprio non li conoscono: gli unici che fanno uno “sforzo comparativo”, se pure

<sup>13</sup> Sul concetto di classe duttile v. S. Baldin, *Riflessioni sull’uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 10, 2011, p. 3 ss.

<sup>14</sup> Chen Lei, *Contextualizing legal transplant: China and Hong Kong*, in P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law: An Intellectual Overview*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2012, p. 192. In questo senso la usa anche E. González Hernández, *Breve historia del constitucionalismo común (1787-1931). Exilio político y turismo constitucional*, Ramón Areces, Madrid, 2006. Sul tema v. E. Ferrer Mac-Gregor, A. Herrera García (eds), *Diálogo jurisprudencial en*

*Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant Lo Blanch México, México, 2013, e *ivi*, p. 33. ss., il mio *Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado*.

<sup>15</sup> Respinge l’anatemizzazione dello studio del “diritto straniero”, proprio perché “presupposto necessario” dell’analisi comparata, G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 29 ss., il quale – come M.-C. Ponthoreau, *Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique*, in *Rev. int. dr. comp.*, n. 1, 2005, p. 13 – manifesta scetticismo anche in ordine all’equazione «diritto straniero = diritto ignoto, diritto nostrano = diritto noto».

clandestino<sup>16</sup>. Se essere comparatisti volesse dire occuparsi di un diritto straniero, chi abita cinque chilometri al di là di un confine, ma insegna in una università a quattro chilometri al di qua della frontiera, sarebbe comparatista quando sta, per es., in Svizzera e studia l'Italia, e in Italia quando studia la Svizzera. Ma non lo sarebbe se studia la Svizzera in Svizzera e l'Italia in Italia. Con un euro di benzina o una corsa in bicicletta, insomma, si prenderebbe la patente di comparatista<sup>17</sup>.

Come ricorda R. Sacco, tra uno studioso di diritti stranieri e un comparatista c'è la stessa differenza che corre tra un poliglotta e un linguista: «Il poliglotta conosce molte lingue, ma non sa misurarne le differenze, né quantificarle, cose che, tutte, il linguista sa fare. Così il comparatista possiede un insieme di nozioni e di dati appartenenti a diversi sistemi giuridici, e sa inoltre

porli a confronto, misurandone le diversità o somiglianze»<sup>18</sup>. Penso che nessuna seria Facoltà di lingue chiamerebbe a insegnare, in un corso di lingua straniera, un poliglotta in luogo di un linguista. (Al massimo potrebbe utilizzarlo come *tutor*.) Viceversa, questo è ciò che accade a volte in alcuni paesi (come Francia, Spagna, Italia), dove i “poliglotti” del diritto straniero si cimentano – con l’avallo delle istituzioni universitarie – nella comparazione.

Tutte queste sono cose ben note, almeno tra quanti conoscono la differenza tra riconoscere la *Grundnorm* e accettarla<sup>19</sup>, e le sue ripercussioni sul piano epistemologico; tra i pubblicisti di tutto il mondo non sono molti, mentre la distinzione è basilare per filosofi, teorici e comparatisti di ogni paese.

Il tema qui in discussione è non già chi è comparatista e chi no; o se il diritto straniero è comparazione oppure no. Neppure si tratta di discutere se studiare un diritto straniero per farlo conoscere all’interno del proprio ordinamento (quello di cui si accetta la *Grundnorm*) si traduca in una operazione comparativa. Il *focus* invece è il risvolto pratico, materiale, della circolazione di concezioni dogmatiche interne, in uno dei suoi risvolti: la traslazione di visioni del diritto (di suoi particolari aspetti) all’esterno. I profili sono però connessi: chi è convinto di poter studiare un diritto esterno con le categorie proprie, scrivendoci un articolo o un libro, probabilmente sarà anche convinto che il suo diritto, o qualsiasi altro diritto, possa essere esportato fuori, quale sia il formante implicato: legislazione, giurisprudenza, dottrina.

Il mondo si può osservare (come il diritto) dalla grata di una cantina, dalla finestra di casa, dalla terrazza di un condominio, dalla cima di una collina o di una montagna, da un aereo o dalla

<sup>16</sup> V. ancora *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, cit., p. 33 s. Secondo A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 39, peraltro, «La distinzione da operare non è (...) quella tra diritto straniero e diritto comparato, bensì quella tra una buona e una cattiva comparazione, la seconda stigmatizzata fin dagli albori del diritto comparato eretto a scienza autonoma». C'è anche il problema di quelli che hanno doppio passaporto: è comparatista chi scrive un articolo sul paese del padre, e uno su quello della madre?. (La risposta implicherebbe una serie di riflessioni su “cultura” e “mentalità”.)

<sup>17</sup> Tra i critici più accesi della equiparazione tra diritto straniero e diritto comparato c'è O. Pfersmann, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, in *Rev. int. dr. comp.*, n. 2, 2001, p. 275 ss., che in particolare a p. 280 sottolinea: «Rien n'empêche évidemment de conférer l'étiquette de 'droit comparé' à un cours ou un à ouvrage concernant le droit espagnol professé ou paru en France (ou l'inverse), à condition que l'on reconnaisse explicitement qu'il s'agit uniquement d'un synonyme strict du terme 'droit étranger' ce qui a pour conséquence que tout ouvrage étranger devient un ouvrage de droit comparé dès qu'il subit un transfert géographique, un document stocké sur un serveur étranger devient du droit administratif ou commercial national, s'il apparaît sur un écran national ou s'il est imprimé sur un appareil situé sur le territoire du pays en question, il se transforme en droit administratif ou commercial comparé, dès lors que l'on fait appel à lui à partir d'un endroit extérieur à cette sphère».

<sup>18</sup> R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Utet, Torino, 1992, p. 17, nt. 34.

<sup>19</sup> U. Scarpelli, voce *Metodo giuridico*, in *Enc. Feltrinelli Fisher, Diritto 2*, a cura di G. Crifò, Feltrinelli, Milano, 1972, e in *Id., Letica senza verità*, il Mulino, Bologna, 1982, p. 418 s.

stazione spaziale orbitante. Non c'è una visione "giusta" e una "sbagliata". Semplicemente, sono visioni diverse, che forniscono informazioni diverse. Scientificamente sbagliata è la pretesa che la visione che si ha dalla cantina, o dalla finestra di casa, sia l'unica giusta. Questa è la visione che del diritto comparato hanno spesso molti costituzionalisti "domestici", convinti che per conoscere il mondo basti applicare le teorie e le categorie apprese in casa (o in cantina), dando a esse validità universale. In altri scritti ho commentato questo tipo di approccio alla materia (o meglio, questo distacco dalla stessa), per segnalarne la siderale distanza dalla scienza comparatistica così come si è manifestata nel monumento costruito dai suoi cultori nel corso del ventesimo secolo<sup>20</sup>, non solo richiamando la già evocata metafora di Sacco sulle differenze tra un poliglotta e un linguista, ma suggerendone altre: quella di chi si crede (e autodefinisce) astronomo perché ogni tanto guarda le stelle dalla finestra di casa; o di chi facendo il manovale – portando i mattoni al cantiere – pensa a sé stesso come un architetto. Ribadisco peraltro che ciò non implica alcuna assiologia: senza i mattoni, l'architetto non costruisce case, così come lo studio delle esperienze straniere è imprescindibile per fare diritto comparato. Solo, si tratta di mestieri diversi, anche se il bar degli architetti è pieno di manovali seduti ai tavoli, mancando il cartello "La proprietà si riserva il diritto di non ammissione".

La scienza comparatistica, peraltro, ha affinato gli strumenti, distinguendo nettamente la fase informativa da quella elaborativa, e soprattutto, sin dai primordi, applicando alla comparazione le stesse scelte decostruttive utilizzate per lo studio del diritto interno: come questo non è

<sup>20</sup> *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, cit.; Id., *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, Fundap, Querétaro, 2011, e Editorial Universidad Libre, Bogotá, 2012, *mult. loc.*, e già L. Pegoraro, A. Rinella, *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Cedam, Padova, 2013, p. 4 ss.

mera sequenza di leggi (ma neppure *solo* una ricostruzione razionale della *sola* legislazione), così il diritto comparato, non solo non è l'analisi della *sola* legislazione, ma inoltre non è neppure l'analisi dei *soli* distinti sistemi. Il percorso, però, è stato a due velocità: mentre da una parte – anche per ragioni temporali – i comparatisti civilisti hanno prontamente accettato l'onere di elaborare metodi diversi di indagine, riuscendo a costruire una scienza della comparazione con caratteristiche generali, i giuspubblicisti hanno mostrato una renitenza molto maggiore, ordinandosi in classi separate (anche se duttili: ci sono commistioni, e ogni tanto c'è qualche passaggio). Molti, specie in alcuni paesi del globo, sono ancora fermi allo stadio per cui fare comparazione è imporre i codici napoleonici all'Egitto.

In trincea stanno quanti (pochi tra i costituzionalisti) accettano come i civilisti le specificità della comparazione, rinunciando all'idea che si possa conoscere tutto, ma cercando di costruire le categorie pertinenti della disciplina. Sanno, costoro, «how dangerous is the acquirement of knowledge and how much happier that man is who believes his native town to be the world, than his nature will allow»<sup>21</sup>.

Nelle postazioni di seconda linea stanno vigili e attenti quei cultori dei diritti nazionali consapevoli che fare comparazione è altra cosa, e si arroccano saggiamente nello studio del diritto nazionale (o eventualmente europeo: è la stessa cosa<sup>22</sup>), lasciando ad altri scienziati fare i comparatisti. Tra questi ultimi e i comparatisti le relazioni possono essere ottime e proficue (come con tutte le altre scienze, dato che si accetta la diversità)<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> M. Shelley, *Frankenstein* (1818), trad. it. Mondadori, Milano, 2002.

<sup>22</sup> Cfr. il mio *Diritto pubblico comparato e diritto pubblico europeo: verso una convivenza legale*, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, VI, Coimbra editora, Coimbra, 2012, p. 271 ss.

<sup>23</sup> Rinvio al mio *Comparación jurídica y uso "externo" de las otras ciencias*, in *Rev. Jur. Avances*, n. 7, 2012, p. 295 ss.

Nelle affollate retrovie militano infine quanti difendono a oltranza l’idea che si è comparatisti solo per il fatto di scrivere ogni tanto di diritto straniero<sup>24</sup>; al loro fianco stanno quelli convinti dell’utilità di descrivere a un pubblico straniero il proprio diritto nazionale. (È questo il tema che tra un po’ approfondirò.) L’esercito è molto numeroso, e comprende quasi tutta la dottrina costituzionalistica statunitense, e gran parte di quella tedesca, francese, italiana, spagnola, latinoamericana. La militanza nelle due compagini è dovuta alla convinzione, o alla presupposizione: a) che le proprie categorie si possono applicare ovunque; b) che la cultura e la cultura giuridica sono fatti estranei all’indagine giuridica; c), persino, da parte dei più analfabeti, che qualsiasi diritto straniero si può apprendere e insegnare senza fatica, leggendo i testi. La convinzione (o presupposizione) è dovuta: a) a genuina carenza di cognizione delle elaborazioni teoriche sulla scienza comparatistica, per ignoranza, disinteresse e comunque perché spesso manca l’*humus* nelle università; b) ad accostamenti universalistici/monistici, per cui il proprio diritto, la cui *Grundnorm* è vissuta e accettata dal punto di vista interno, viene generalizzata, e c’è la presunzione che valga ovunque<sup>25</sup>; c) a scelte strumentali, di interesse economico<sup>26</sup> o di politiche accademiche, complessive o individuali<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> V. ad es. V.C. Jackson, *Comparative Constitutional Law: Methodologies*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford U.P., Oxford, 2012, p. 55, dove, nel catalogare i diversi approcci al diritto costituzionale comparato – classificatorio, storico, normativo, funzionale e contestuale – afferma che essi si usano per affrontare temi di diritto straniero «on a matter of domestic interest».

<sup>25</sup> U. Scarpelli, voce *Metodo giuridico*, in *Enc. Feltrinelli Fisher, Diritto 2*, a cura di G. Crifò, Feltrinelli, Milano, 1972, p. 418 (anche in Id., *L’etica senza verità*, il Mulino, Bologna, 1982, p. 179 ss.).

<sup>26</sup> D. Fontana, *The Rise and Fall of Comparative Constitutional Law in the Postwar Era*, in *Yale Journ. int. law*, n. 36, 2011, pp. 14 ss., 23 ss., 51. Questa visione miope, anche dal punto di vista “economico”, e gli argomenti meramente utilitaristici, criticamente denunciati da Fontana, sono gli stessi che usa B.

Il discorso sulla comparazione come studio di diritti stranieri presenta anche la seconda faccia, accennata in premessa: non già il giurista interno che studia il diritto straniero, ma quella del giurista interno che vende il proprio prodotto agli stranieri, assegnandogli sensi unificanti che, spesso, esso non può avere. Mi riferisco soprattutto all’idea che scrivere libri o fare convegni basati sui contributi di giuristi nazionali (che cioè parlano del loro diritto) sia sempre fruttifero, anche senza prefazioni o sintesi comparatistiche, quando difetti la consapevolezza di ciò che può rivelarsi utile nel contesto del ricevente; in particolare, alludo all’accostamento “aritmetico” alla materia, la cui epifania più evidente è lo stile, praticato sin dal ’900, di volumi concepiti quali sommatorie di articoli “nazionali”, e di convegni quali sequenze di relazioni, pure “nazionali”.

I libri collettanei “a sommatoria”, o i congressi basati sulle relazioni nazionali, non elaborano i dati, ma li espongono; non prospettano e risolvono i problemi, al massimo li enunciano. Persino in un’arte che non è scienza – il giornalismo – l’illustrazione del fatto viene distinta dal suo commento, e “bravo giornalista” è reputato quello che all’esposizione dei dati fa seguire un commento appropriato. Nella traduttologia, il traduttore si pone nella prospettiva di immedesimarsi nelle istanze del ricevente, non di sé

Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The Story of the Last Thirty-Five Years*, Hart, Oxford-Portland, 2003, trad. it. *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 73, p. 85 e *passim*. Le funzioni della comparazione «per rispondere alle domande dei clienti» sono elencate anche da M.A. Glendon, M.W. Gordon, Ch. Osakwe, *Comparative Legal Traditions. Text, Materials and Cases*, 2ª ed., West Group, St. Paul, 1994, p. 11.

<sup>27</sup> Può trattarsi di contratti, nomine o chiamate che favoriscono i giuristi dommatici interni, o gli internazionalisti, o di scelte strategiche sugli orientamenti delle singole facoltà, o di ostracismi personali. Capita anche di sentir dire che per insegnare diritto comparato basta leggere un manuale e saperlo spiegare.

stesso<sup>28</sup>. Questa mentalità è assente in molti giuspubblicisti di molte comunità accademiche di molti paesi, che utilizzano la moviola da una sola angolatura, pretendendo di insegnare i diritti stranieri, oppure pensano di poterli leggere, attraverso la lente sporca del grasso del proprio dito, ignorando tradizioni, storia, recezioni, cultura. Ma come lo stesso sasso può essere studiato dal geologo, dall'archeologo, dall'architetto, dall'ingegnere, dal soldato, così il diritto comparato esige osservazioni pluriangolari.

In una primordiale accezione, fortemente condizionata dalla mitologia del positivismo legistico ottocentesco, lo studio delle legislazioni comparate rispondeva a questa visione. Sin da allora, peraltro, all'esposizione delle legislazioni nazionali faceva da contraltare lo sforzo della dottrina civilistica per costruire qualcosa che si spingesse più in là della mera "informazione comparativa"<sup>29</sup>: la ricerca di concetti comuni, l'approfondimento dei temi traduttivi, l'analisi dei problemi della circolazione, la ricerca della causa della circolazione (imposizione, prestigio ...), ecc.<sup>30</sup>. È restato però, anche fra i civilisti, un atteggiamento non ostile ad approcci descrittivi "nazionali" nelle opere collettanee e nei convegni, nella consapevolezza che proprio essi forniscono il materiale grezzo indispensabile per passare alla fase comparativa. Tra i pubblicisti, questo è ancor oggi l'accostamento prevalente in molti paesi, e in molti casi l'unico modo di concepire quella che viene chiamata scorrettamente e pomposamente "comparazione".

<sup>28</sup> V. sinteticamente M. Manfredi, voce *Traduzione giuridica*, in L. Pegoraro (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Carocci, Roma, 2009, p. 267 s., trad. sp. "Traducción jurídica", nella ed. in castigliano riveduta e aumentata *Glosario de Derecho Público Comparado*, a cura di E. Ferrer Mac-Gregor, M. Nuñez, C. Astudillo, G. Enríquez Fuentes, P. Torres Estrada, Porrúa, México, 2012, p. 385 s.

<sup>29</sup> La data di riferimento è il Congresso di Parigi del 1900: cfr. L. Pegoraro, A. Rinella, *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, cit., p. 9 ss.

<sup>30</sup> Rinvio a L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, cit., *passim*.

Si tratta del *legal tourism* nel senso sopra delimitato, ovvero l'esportazione della propria cultura giuridica nazionale, o l'importazione di culture giuridiche straniere, senza l'elaborazione di una riflessione teorica sull'esportabilità o l'importabilità. Il fenomeno può dunque essere guardato dal lato concavo o da quello convesso: la pretesa dei giuristi nazionali dei vari paesi, da una parte, di insegnare *fuori* le proprie cose (ciò che ho chiamato "iusonanismo"); dall'altra, di potersi valere di quelle straniere ("iusvoyeurismo"), in entrambi i casi prescindendo dall'elaborazione del *milieu* in cui esse vanno a calarsi.

La "mentalità" del giurista è l'elemento che accomuna le due prospettive. Di solito l'atteggiamento è che la conoscenza di cose straniere è necessaria e sufficiente, sia per esportare, sia per importare. Il corollario dell'idea che il proprio modo di pensare sia l'unico corretto, anch'essa derivata dall'interpretazione *juriciste* del positivismo dell'800, è che descrivere (e magari razionalizzare) le esperienze dei diritti propri sia necessario e sufficiente per far loro assumere carattere universale; come pure, che avere informazioni su tali esperienze sia necessario e sufficiente per costruire scienze "nazionali" che tali informazioni metabolizzano, e per le finalità pratiche della comparazione: costruire leggi che copiano esperienze straniere, e risolvere casi utilizzando argomentazioni straniere. Il problema è che solo Michelangelo vedeva nel blocco di marmo quelli che sarebbero stati il Mosè o la Pietà, non certo i suoi garzoni di bottega e i visitatori del suo *atelier*.

Porsi da una prospettiva esterna alla norma, o se si vogliono usare le categorie traduttologiche "secondo le istanze del ricevente", comporta uno sforzo sovraumano – erculeo, direbbe Dworkin<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Sono d'accordo con C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 59, quando scrive che è la dottrina il vero Hercules dworkiniano: a essa compete leggere e rileggere il diritto giurisprudenziale (oltre che quello legislativo/costituzionale), trovarne le linee di sviluppo, le concordanze e le antinomie, e in un processo

Significa abbandonare le tranquille certezze della propria cultura giuridica, mettere tutto in discussione, e cercare di impossessarsi della mentalità dell'altro, chiedersi cosa pensa, cosa gli è utile, cosa si può trasmettergli e cosa egli è in grado di recepire (e, naturalmente, viceversa...). Trasferire le proprie nozioni è facile: costa poco o nulla inviare al curatore spagnolo di un libro “mondiale” sulla giustizia costituzionale un articolo francese sulla giustizia costituzionale in Francia, o, per un relatore tedesco a un congresso svedese, parlare della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*. Anzi, chi fa così ha persino il vantaggio di poter essere impreciso, perché è meno controllato che in patria. Difficile è invece, da parte di chi scrive o parla, risolvere il problema di come selezionare e interpretare il materiale grezzo così offerto, per offrire a chi legge o ascolta le chiavi di lettura utili a comprendere le analogie e le differenze tra il materiale prospettato, con il suo marchio di origine, e quello utile al destinatario. In altre parole, si tratta di *sapere*, almeno a livello embrionale, ciò che divide e ciò che unisce. Si tratta di *conoscere* e fare propria, almeno a livello embrionale, la conoscenza giuridica del destinatario. Ed è a questo stadio, appunto, che le strade dei comparatisti e quelle degli studiosi interni divergono.

I comparatisti sono spesso costretti a limitare ad aree ben precise i loro interessi, proprio per la difficoltà appena segnalata, ma dimostrando così di essere veri studiosi e professori, consapevoli delle difficoltà di penetrare a fondo tutte le culture e i sistemi giuridici<sup>32</sup>. Alcuni riescono a dominare a fondo *più* culture giuridiche. Come è stato scritto, il diritto comparato rischia sovente

---

circolare costruire schemi di lettura e restituirli alla giurisprudenza. La dottrina è il custode del legislatore, è il giudice dei giudici.

<sup>32</sup> Così, Menski o Lombardi Vallauri o D. Amirante si occupano *prevalentemente* del mondo della cultura hindu; Castro o Oliviero o Piccinelli di quella islamica; Biscaretti o Crespi Reghizzi o Ganino di quella russa; Timoteo o Cavalieri di quella cinese, ecc. (Si tratta ovviamente di segnalazioni solo esemplificative.)

di essere una scienza superficiale<sup>33</sup>, anche se chi lavora dentro un'area non identificata con uno Stato preciso fa sempre comparazione (il *common law*, il diritto islamico, il diritto socialista, il diritto hindu, il diritto latinoamericano, ecc...). Tutti però sono ben consci degli ostacoli, a differenza di chi, studioso delle proprie farmacie (per usare una graffiante definizione di Sergio Bartole) o dei marciapiedi della sua città, è convinto che i suoi problemi di sistemazione giuridica siano anche i problemi di chi vive ad anni-luce culturali di distanza o à l'envers che qualsiasi nozione acquisita “da fuori” sia utilizzabile anche a livello pratico, oltre che dottrinale, solo perché “fuori” ha dato buoni esiti o magari solo perché tali esiti sono stati correttamente esposti. Gli esempi sono numerosi, specie nella dottrina statunitense (ma anche in quella continentale).

### 3. “Iusonanismo” e “iusvoyeurismo” giuridico: le ripercussioni pratiche

La tecnica delle “relazioni nazionali”, o dei libri (pseudo)-comparatistici a sequenza, se pure ha il merito di fornire nozioni comunque utili, ha conseguenze pratiche, che si riverberano sui formanti dinamici e non solo su quello dottrinale. La dottrina, dove non produce direttamente

---

<sup>33</sup> Mette in guardia dal “dilettantismo tuttologico” G. Crespi Reghizzi, *La comparazione giuridica estrema: L'Est europeo, l'Estremo Oriente, l'Africa e l'India*, in L. Antonioli, G.A. Benacchio, R. Toniatti (eds), *Le nuove frontiere della comparazione*, Un. degli studi di Trento, Trento, 2012, p. 244. G. Watt, *Comparison as deep appreciation*, in P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law: an intellectual overview*, cit., p. 82, ci ricorda che «In his 1949 article on ‘The Field of Comparative Law’, F.H. Lawson wrote that comparative law is ‘bound to be superficial’. Some years later Alan Watson acknowledged that superficiality will always remain a peril in comparative law scholarship». Le opere citate sono rispettivamente: F.H. Lawson, *The Field of Comparative Law*, in *Jurid. rev.*, n. 61, 1949, p. 16, e A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edimburgh, 1974, 2ª ed., Un. of Georgia Press, Athens, 1993, p. 10, trad. it. *Il trapianto di norme giuridiche*, Esi, Napoli, 1984.

diritto autoritativo, quanto meno lo influenza<sup>34</sup>. Se la produzione dottrinale (tramite libri, articoli o convegni) instilla o fomenta l'idea che quel che va bene qui va bene anche là, tale idea si riverbera pure su legislatori e giudici, invogliati a scovare nel diritto straniero soluzioni estemporanee (nei contesti di decisione o di invenzione) e/o a produrre processi giustificativi delle scelte (nei contesti di giustificazione o di validazione).

<sup>34</sup> Nella costruzione del diritto, la dottrina contribuisce ad alimentare i formanti dinamici, ma oggi, nel mondo occidentale, non produce direttamente diritto autoritativo. Però, non è stato sempre così in passato, né lo è ovunque oggi. Come tutti sanno, nel diritto romano, e fino alla rivoluzione francese (e persino dopo, in Germania, grazie all'alimento della Pandettistica, e ad Andorra sino al 1993), a creare diritto erano anche i giureconsulti: la manifestazione più eclatante si ebbe con la *Legge delle citazioni*, con cui nel 426 d.C. Teodosio II creò una sorta di *Stufenbau* delle opinioni dei giuristi, con al vertice della gerarchia Paolo, Ulpiano, Gaio, Modestino e via via altri, e criteri per risolvere le antinomie. Il diritto hindu si basa ancora largamente (se pure in modo recessivo) sulle interpretazioni dei dotti raccolte tra il XII e il XVII secolo nei *nibandhas*, commentari del *Manusmṛti*, o *Codice di Manu*. [Vedi almeno W.F. Menski, *Hindu Law. Beyond Tradition and Modernity*, Oxford U.P., Nuova Delhi, 2003; R. Lingat, *The Classical Law of India*, Un. of California Press, Berkeley, 1973; Id., *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*, Mouton & Co., La Haye, 1967, trad. it. *La tradizione giuridica dell'India*, Giuffrè, Milano, 2003; P. Diwan, *Modern Hindu Law*, 9<sup>a</sup> ed., Allahabad Law Agency, Allahabad, 1993. Una efficace sintesi delle fonti del diritto hindu si trova ora in D. Amirante, voce *Diritto indù e diritto indiano*, in L. Pegoraro (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., p. 97 ss.; Id., *Il caleidoscopio del diritto indiano: percorsi di comparazione*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 14, 2013, p. 1 ss., e in *Ann. dir. comp. st. legisl.* 2013, cit., p. 239 ss.; Id., *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*, Bup, Bologna, 2015.] Il diritto musulmano, che vincola 1300 milioni di persone, ha tra le sue fonti la *ijma*, ovvero l'opinione concorde della comunità (sunnita, non sciita) dei giuristi-teologi, o almeno dei giurisperiti più autorevoli, purché largamente condivisa e chiaramente formulata. Cfr. M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Bari, 2000, p. 387 ss., e sinteticamente M. Oliviero, voce *Diritto islamico*, in L. Pegoraro (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., p. 99 ss.

In primo luogo nei parlamenti, che sovente si valgono di letture e dossier atomizzati di diritto straniero, riservando a sé medesimi le sintesi comparatistiche, con risultati a volte grotteschi<sup>35</sup>. Da una parola mal tradotta, come pure dalla trasposizione di concetti non esportabili, possono essere tratte conseguenze totalizzanti.

Nella prassi, i lavori preparatori delle leggi di vari paesi attestano una marcata predilezione per il formante normativo. I legislatori, in altre parole, amano (di più, non esclusivamente) citare le soluzioni normative date all'estero, anche se qualche volta fanno riferimento a categorie generali, qualche altra a studiosi di riferimento. La giurisprudenza straniera è quasi assente, come se i testi normativi stranieri ne fossero immuni. Ciò è probabilmente imputabile – oltre che alla scarsa o inesistente cultura comparatistica di gran parte dei parlamentari – alla maggiore facilità di reperimento dei meri documenti normativi. Concorrono a questa tendenza anche gli uffici studi di qualche parlamento (come quelli francese e italiano), che forniscono solo i dati grezzi, senza commenti, chiose e classificazioni. Non si può pretendere dai parlamentari, senza l'aiuto degli uffici, ma soprattutto della dottrina, astrazioni e approfondimenti sul contesto nel quale si cala una legge straniera citata, e men che meno verifiche sulla sua interpretazione da parte dei giudici<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Sui risultati non sempre confortanti dell'uso della comparazione in sede costituente o di revisione rinvio ad alcuni miei studi sulle costituzioni italiana e spagnola: *Il diritto comparato nel dibattito sulle proposte di riforma costituzionale in materia di decentramento territoriale*, in *Il dir. della reg.*, n. 5-6, 2007, p. 59 ss., e in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, Giappichelli, Torino, 2010, V, p. 2465 ss.; *El Derecho comparado y la Constitución española de 1978. La recepción y la "exportación" de modelos*, in *An. iberoam. just. const.*, n. 9, 2005, p. 287 ss., e in L. Pegoraro, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Porrúa, México, 2006, p. 29 ss. V. anche S. Bagni, *L'argomento comparatistico nel dibattito parlamentare sulla procreazione assistita*, in *Pol. dir.*, n. 4, 2008, p. 635 ss.

<sup>36</sup> Sul divieto di fare commenti comparatistici per traduttori e funzionari in tali parlamenti, al fine di preservare l'autonomia della politica (!) v. F. Megale, *La traduzione delle legislazioni straniere nei Parlamenti italiano e*

La situazione cambia – ma non tantissimo – quando si tratta di scrivere o di riformare le costituzioni. Spesso gli organi costituenti hanno una composizione *ad hoc* (diversa quindi dalle ordinarie assemblee legislative): vi compare l'*élite* della società civile, inclusi costituzionalisti aperti al mondo; qualche volta dunque viene esteriorizzato l'apporto della dottrina e, talora, della giurisprudenza<sup>37</sup>. Altre volte la recezione si deduce implicitamente. Quando si redigono *ex novo* le costituzioni, poi, spesso il terreno è già dissodato dalla dottrina, il cui ruolo si enfatizza nel caso siano istituzionalizzati appositi organismi ausiliari a base scientifica (comitati, commissioni di studio o simili)<sup>38</sup>.

---

francese, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3, 2011, p. 663 ss. e spec. p. 669. A tali mancanze potrebbe soccorrere l'uso delle *hearings* in sede di elaborazione legislativa: è emblematica l'esperienza del Congresso degli Stati Uniti, ma la prassi è diffusa in tutto il mondo. In sede di udienze legislative, possono essere ascoltati anche esperti di diritto comparato. Per questo canale, può entrare nel processo legislativo, attraverso la dottrina in via diretta, anche il formante giurisprudenziale, a patto che si consultino comparatisti, e che questi se ne avvalgano. Qualche volta (come nel Parlamento italiano) ciò accade, molte volte no. Nella sentenza *McGrain v. Daughurty* (273 U.S. 135, 1927), la Corte suprema ha affermato che il potere di inchiesta «rappresenta un supporto essenziale e proprio del potere legislativo», e che «un organo legislativo non può legiferare saggiamente e con proprietà se difetta l'informazione che illustri le condizioni che la legge deve avere o cambiare; e quando l'organo legislativo non ha le informazioni necessarie (...), deve ricorrere ad altri che ne sono in possesso». Sull'introduzione delle *hearings* negli Stati Uniti cfr. nella dottrina italiana A. Predieri, *Contraddittorio e testimonianza del cittadino nei procedimenti legislativi*, Giuffrè, Milano, 1964; N. Olivetti Rason, voce *Processo legislativo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (eds), *Il Dizionario di Politica*, 3<sup>a</sup> ed., Utet, Torino, 2004, p. 847 ss.

<sup>37</sup> Rappresenta un valido esempio di circolazione trasversale tra formanti l'art. 82 della Costituzione spagnola, una vera e propria verbalizzazione costituzionale non solo dell'art. 76 Cost. it., ma soprattutto della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana sulle leggi delegate, frutto degli studi allora messi in cantiere. V. ancora il mio *El Derecho comparado y la Constitución española de 1978. La recepción y la "exportación" de modelos*, cit.

<sup>38</sup> Si pensi al ruolo della c.d. Commissione di Venezia nel supportare la stesura delle costituzioni dei paesi dell'Est

A volte, si tende a importare o a esportare soluzioni normative che non possono attecchire altrove, perché non si tiene conto abbastanza dell'implementazione della giurisprudenza e delle critiche della dottrina, ma soprattutto perché non si ascoltano le avvertenze dei comparatisti sulle condizioni di importabilità o esportabilità di enunciati normativi o istituti corrispondenti. Molto dipende dalla preparazione comparatistica dei funzionari e dei consulenti, e quindi, in definitiva, dal ruolo dell'Università nell'offrire questa preparazione. Ciò rappresenta il *sollen*, ovvero quello che sarebbe auspicabile, per fornire al legislatore dati completi sul diritto di altri paesi, troppe volte evocato in modo generico e decontestualizzato, o addirittura a sproposito, nei lavori preparatori di tante leggi e di tante costituzioni.

Quanto all'uso del diritto *costituzionale* comparato, il cui richiamo è d'obbligo se si tratti di scrivere o riformare costituzioni, lo si evoca a volte anche in sede legislativa, per leggi con implicazioni costituzionalistiche. Temi privilegiati per utilizzare formanti non normativi sono quelli eticamente sensibili, quali immigrazione, divorzio, differenze di genere, coppie di fatto, adozioni, e la bioetica (eutanasia, sperimentazione clinica, contraccezione, fecondazione artificiale, ecc.). In questi campi, sui quali spesso il legislatore è incapace o diviso, spesso sono le sentenze giudiziarie (e costituzionali) a indicare le soluzioni, ma solo a volte i legislatori se ne ricordano.

Conclusivamente: il costituente, il potere di revisione, il legislatore usano il diritto costituzionale comparato; lo usano spesso in modo approssimativo, specie il legislatore; si avvalgono prevalentemente dell'osservazione parallela e speculare a testi normativi di pari grado, qualche volta di categorie generali (“diritti”, “federalismo”,

---

europeo. Il diritto comparato sta dunque dietro molte scelte costituenti (o di riforma), quale insieme di norme, sentenze, dottrine.

ecc.), delle quali raramente colgono la complessità. Ignorano per lo più (ma non sempre) la giurisprudenza. In qualche circostanza, si valgono di letture della dottrina. La legislazione è comunque influenzata, e in qualche occasione giustificata, dalle categorie comparatistiche. Dietro ciascuna legge, o ciascuna costituzione, c'è la cultura giuridica di un paese; il livello di percezione dell'utilità di guardare a esperienze straniere dipende anche dagli atteggiamenti dell'Università, dalla selezione del personale che assiste i legislatori, dal prestigio ascrivito al potere giudiziario; in definitiva, da fattori interni che influiscono sull'omogeneità o la disomogeneità del diritto nel suo complesso, comprensivo di legislazione, giurisprudenza e dottrina.

Nel formante giurisprudenziale il grado di attenzione dei recettori è di solito più elevato che nei corpi legislativi, se non altro per la diversa formazione. Anche per i giudici, costituzionali e ordinari, valgono le considerazioni già espresse, relative alle influenze culturali, alla formazione universitaria, ecc. Che usino categorie comparatistiche per decidere i casi, e se sì quali usino, e con quale frequenza o peso, dipende dalla complessiva mentalità giuridica propria di ciascun ordinamento.

Pure nel caso dei giudici, il rischio della totalizzazione dei concetti da parte di dottrine assolutizzanti, disattente all'analisi empirica dei diversi contesti culturali, di tradizioni giuridiche, produce lo stesso *clear and present danger*: quello di far credere universali categorie parziali, temporalmente e spazialmente radicate (*rule of law*, diritti umani, diritti fondamentali, federalismo, democrazia, interesse nazionale, ragionevolezza, ecc.). I giudici fanno riferimento spesso a leggi straniere, non solo perché devono interpretarle e applicarle – come nel caso del diritto internazionale o europeo –, ma anche per rafforzare o basare su esse la loro interpretazione o un bilanciamento di valori, e utilizzano leggi, giurisprudenza e dottrina come *argumentum quoad auctoritatem*.

È stato osservato che l'influenza del diritto straniero non si manifesta solo attraverso una comparazione effettuata direttamente dai giudici (o – aggiungo – dal legislatore), ma anche mediante il rinvio a opere di dottrina, che a loro volta analizzano il diritto interno con la lentezza della comparazione<sup>39</sup>. Con ciò risulterebbe che spesso le corti che usano rinviare alla dottrina sarebbero inconsapevolmente influenzate dal diritto straniero; anzi, tale influenza indiretta sarebbe addirittura più intensa di quella determinata dal rinvio consapevole alla legislazione e alla giurisprudenza straniera, e la dottrina avrebbe la missione di preparare la strada alla recezione da parte della giurisprudenza interna di soluzioni in uso presso altri ordinamenti<sup>40</sup>.

Se la dottrina non adempie al suo compito di spiegare, ma si limita a fornire i dati grezzi delle esperienze straniere, occorre che si assuma anche le responsabilità delle cattive recezioni.

## CONCLUSIONI

Tornando agli esiti della ricerca, si registra una divaricazione.

Da una parte, come detto, sono molto limitati i richiami a studi che illustrano le soluzioni percorse in specifici ordinamenti (salvo il caso di

<sup>39</sup> A. Gerber, *Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgericht*, cit., p. 141 ss.; F. Werro, *La jurisprudence et le droit comparé*, in Aa.Vv., *Perméabilité des ordres juridiques*, Schulthess, Zürich, n. 20, 1992, p. 165 ss. Anche alla dottrina, più che alla giurisprudenza delle corti continentali, preferisce richiamarsi la stessa giurisprudenza inglese, nelle ipotesi in cui debba fare applicazione del diritto straniero: si v. la decisione *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd* – House of Lords [1981] AC 251. Peraltro A. Paterson, *The Law Lords*, MacMillan, London, 1982, p. 10 ss., dimostra il disinteresse della massima autorità giurisdizionale britannica per le opere accademiche, comprese le note e i commenti alle sentenze. Così, infatti, era già ai tempi dei grandi tribunali di diritto comune, dove i responsi richiesti ai giuristi non assurgevano a fonte del diritto, pur “plasmando” il sistema giuridico.

<sup>40</sup> F. Werro, *La jurisprudence et le droit comparé*, cit., loc. cit.

soluzioni tecniche che possono essere considerate utili anche nel sistema ricevente); men che meno si utilizzano studi di stranieri su diritto (a loro) straniero. Ciò sembra attestare la cautela dei giudici nel selezionare il materiale, e una certa loro propensione a un accostamento “comparatistico”. Dall’altra, però, le corti di vertice impiegano a man bassa, un po’ in tutto il mondo, le dottrine universalistiche, antitesi della comparazione.

Forse le ragioni di tale atteggiamento si possono trovare nel rinato ammiccamento a forme moderne di giusnaturalismo, alle quali peraltro si contrappongono le dottrine positivistiche e realistiche, pure ampiamente utilizzate dai giudici delle leggi. (Basti considerare le citazioni di Bobbio, Guastini, Bökenförde, etc.) In particolare, sembrano da collegarsi alla penetrazione delle teorie del neo-costituzionalismo, per cui alle citazioni di autori di altra provenienza (Spagna, Italia, Germania, specie con Häberle), si associano quelle di studiosi statunitensi entrati in voga. (Si pensi a R. Dworkin.)<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Non c’è però una radice unitaria tra questi autori: cfr. R. Guastini, *A proposito di neo-costituzionalismo*, in *Teoría pol.*, nueva serie, n. 1, 2011, con replica di M. Barberis, *Esiste il neocostituzionalismo?*, in *Análisis e dir.*, 2011, p. 285 ss. Secondo S. Sastre Ariza, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 145, il principale strumento con cui il neocostituzionalismo attacca il positivismo legislativo è rappresentato dalla presenza egemonica dei principi: «Estos principios, que aspiran a conceder unidad material al sistema jurídico aunque estén presididos por el pluralismo, han hecho inservibles las tesis mecanicistas de la interpretación, que era uno de los pilares del positivismo teórico». Si veda sul tema L. Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación*, Ubijus, México, 2014, spec. p. 81 ss. Come ricordano R. Viciano Pastor, R. Martínez Dalmau, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 9, 2011, p. 6, richiamando P. Comanducci, *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, in M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 83: «Como teoría del Derecho, el neoconstitucionalismo –en particular a partir de los principios– aspira a describir los logros de la constitucionalización, entendida como el proceso que ha comportado una modificación de los grandes

C’è però un prezzo da pagare, strettamente connesso all’ipotesi della scarsa utilità delle dottrine (e delle opere giuridiche che le divulgano) avulse dai contesti di recezione. È emblematico il successo presso le corti dell’America Latina, dell’Est europeo e di altre regioni, inclusa l’Europa occidentale, di molti autori statunitensi. Il costituzionalismo statunitense (ma anche parte di quello tedesco contemporaneo) è assorto nel culto di sé stesso, e cerca di spiegare il mondo utilizzando solo le proprie categorie, spesso con vere e proprie mistificazioni della realtà. Spesso i problemi metodologici sono affrontati semplicemente universalizzando le categorie del costituzionalismo nordamericano, considerate valide per tutto il globo<sup>42</sup>. Non solo: è oggi

sistemas jurídicos contemporáneos. Por esta razón, está caracterizado por una constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la ley. Se trata, en definitiva, de recuperar en sentido fuerte la idea de constitución como norma jurídica suprema del Estado y fortalecer su presencia determinante en el ordenamiento jurídico».

<sup>42</sup> Come scrive P. Goodrich, “*Interstitium and non-law*”, in P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law: an intellectual overview*, cit., p. 226, «If US lawyers are trained in the merits of insularity, the benefits of monolingualism and the superiority of their common law, it does not come as a huge surprise that there is an epistemic difficulty in the perception of difference as relevant to the analogic of law». Un esempio tra i tanti è uno studio di Mark Tushnet, il quale, nel proporre nuove metodologie classificatorie della giurisprudenza costituzionale, applica le categorie elaborate dalla Corte Suprema ad altri sistemi, senza preoccuparsi di verificare la loro utilizzabilità, e mistificando così i dati del diritto positivo. Non per caso nella bibliografia non appare alcun autore non statunitense: M. Tushnet, *Alternative Forms of Judicial Review*, in *Michigan L.R.*, n. 8, 2003, p. 2781 ss. La distinzione tra *strong-* e *weak-form judicial review* è data sostanzialmente dal fatto che la prevalenza in tema di interpretazione della Costituzione sia affidata agli organi giudiziari preposti, oppure a una sorta di dialogo tra essi e i parlamenti. I limiti di questa proposta sono molti: soprattutto, si basa prevalentemente sull’esperienza statunitense, nel solco della tradizione dottrina del paese, poco interessata a quello che succede fuori di esso (di fatto evoca solo qualche altro ordinamento di *common law*, e nessuno di *civil law*, con eccezione dell’Olanda); non è

prevalente, negli Stati Uniti, l'accostamento originalista nell'interpretazione delle leggi, sino a ieri patrocinato nella Corte suprema soprattutto da B. Scalia<sup>43</sup>. La polemica di Scalia sull'uso del diritto comparato nella giurisprudenza trae origine anche dalla consapevolezza dell'inapplicabilità di regole (e parole e istituti), che fuori dal contesto statunitense operano diversamente<sup>44</sup>,

---

preceduta da alcuna analisi empirica; alla fine, classifica in base a un solo un profilo, ovvero quello della "forza" delle decisioni. Aspira però (e ci riesce) ad avere valore universale. Cfr. M. Tushnet, *Weak Court, Strong rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton U.P., Princeton, 2008; Id., *The Rise of Weak-Form of Judicial Review*, in T. Ginsburg, R. Dixon (eds), *Comparative Constitutional Law*, Elgar, Cheltenham, 2011, p. 321 ss.; e già Id., *Weak-Form Judicial Review and "Core" Civil Liberties*, in *Harvard civil liberties-civil rights L.R.*, 2006, p. 1 ss.

<sup>43</sup> V. in particolare sull'interpretazione originalista, nell'ampia letteratura in inglese, J. O'Neill, *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History*, Johns Hopkins, Baltimore, 2005; A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton U.P., Princeton, 1977; J.N. Rakove, *Original Meanings*, A. Knopf, New York, 1966; R. Bennet, *Judicial Review in the United States*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2011, spec. p. 168 ss. In spagnolo P. De Lora del Toro, *La interpretación originalista de la constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*, Cec, Madrid, 1998.

<sup>44</sup> Sulla controversia tra i giudici Breyer – favorevole all'uso della comparazione da parte delle corti – e Scalia, che in nome dell'originalismo della Costituzione statunitense demonizza il diritto straniero v. C.N. Llewellyn, *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules of Canons About Statutes Are To Be Construed*, in *Vanderbilt L.R.*, n. 3, 1950, p. 395, il quale giunge ad affermare che l'attenzione per il diritto straniero può distrarre il giudice dalla comprensione del diritto interno. Viceversa, a sostegno della tesi che l'uso del diritto comparato rappresenta un "metodo universale di interpretazione" si esprime K. Zweigert, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, n. 15, 1949-50, p. 5 ss. Com'è noto, Le ripercussioni sono giunte persino a livello parlamentare, con proposte di vietare espressamente i riferimenti comparatistici: Senate 520 (2005), House of Representatives 1070 (2005). Sull'enfatizzazione del dibattito, non solo negli Stati Uniti ma anche in altri paesi, vedi il significativo titolo dell'articolo di A. Parrish, *Storm in a Teacup: the US Supreme Court's Use of Foreign Law*, in *Un. of Illinois*

ma probabilmente dietro c'è anche la percezione della pochezza del dibattito americano sull'uso della comparazione, e quindi dei rischi di un uso distorto del diritto straniero<sup>45</sup>. Ciò nonostante, la produzione scientifica ha velleità planetarie, né sembra pagare presso le corti costituzionali di tutto il mondo lo scotto di una contraddizione che parrebbe eclatante: come può ciò che è eccezionale, e va interpretato secondo i canoni dell'originalismo, essere al contempo universale? A essere in conflitto non è solo la pretesa della dottrina statunitense di ignorare il resto del mondo, però al contempo di affermare idee "universali", ma anche l'accettazione, da parte delle altre corti, di incorporare dottrine che si basano sull'analisi di una sola realtà ordinamentale, quella patria, o quanto meno muovono da essa (e dai casi giudiziari colà incardinati) per darle una estensione universale<sup>46</sup>.

Ciò ovviamente vale anche per gli studi praticati in altri paesi, che accettino tali presupposti.

L'opera selettiva fatta dalle corti sembra arrestarsi in tal caso a uno stadio embrionale della comparazione: come già detto, percepiscono che un numero eccessivo di "filtri" – quello dello studioso straniero che studia un paese straniero, e quello proprio, se usano un prodotto già "fil-

---

*L.R.*, n. 2, 2007, p. 637 ss. La visione *narrow minded* della corrente originalista americana (che con eclatante contraddizione pretende però che i diritti difesi dalla sua Costituzione siano universali) è smentita dalla prassi di tanti tribunali: T.L. Grove, *The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation*, in *Harvard L.R.*, n. 114, 2001, p. 2064, osserva che «The U.S. Supreme Court has been notably absent from the international judicial dialogue. Even as its opinions are cited by constitutional courts all over the world, the U.S. Supreme Court continues to look inward».

<sup>45</sup> Cfr. nt. 26. Le funzioni della comparazione "per rispondere alle domande dei clienti" sono elencate anche da M.A. Glendon, M.W. Gordon, Ch. Osakwe, *Comparative legal traditions. Text, Materials and Cases*, 2ª ed., West Group, St. Paul, 1994, p. 11.

<sup>46</sup> V. più approfonditamente L. Pegoraro, *Derecho constitucional comparado, La ciencia y el metodo*, cit., esp. cap. II.

trato”, è davvero troppo. Come se un messicano utilizzasse una traduzione all’inglese di un autore bulgaro, che avesse tradotto dall’arabo. Tuttavia, pur rifiutando questo uso distorto della dottrina straniera, accettano, citandole, le opere di studiosi che operano astrazioni presuntivamente valide anche oltre i confini. Se ciò sia fatto in modo consapevole e critico (ossia considerando se l’autore straniero citato abbia o meno affrontato il problema dell’universalità della sua opera), dipende dai casi. Ma anche il grande J. Bentham, e non solo Voltaire<sup>47</sup>, era convinto dell’esportabilità della codificazione nel Regno Unito.

Come l’Isis, distruggendo Palmira, distrugge la memoria, così chi induce a dimenticare la memoria, oppure è convinto che la sua memoria sia l’unica giusta, si rende complice delle conquiste nelle guerre di esportazione: guerre non solo dottrinali o accademiche, ma anche vere, dato che, spesso, esse sono giustificate proprio sotto lo slogan della difesa di concetti inesportabili (democrazia, diritti, federalismo, sovranità popolare...). Forse nel breve periodo le guerre riescono a produrre gli effetti voluti, ma alla lunga i trapianti di istituzioni e concetti estranei determinano riviviscenze dei crittotipi culturali, se non eventi reattivi ben più gravi. Basti pensare al risorgere dell’Islam dopo l’imposizione del diritto socialista nel sud dell’ex Urss, una volta caduto il muro di Berlino, o più recentemente ai fenomeni migratori, o alle rivolte delle *banlieu*, o ancora, almeno, al rifiuto del neo-liberismo e alla rivendicazione di modelli nuovi di costituzionalismo attento alle tradizioni<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> «Volete avere buone leggi? Bruciate quelle che avete, e fatene di nuove», “Loi”, in *Questions sur l’Encyclopédie* (1771).

<sup>48</sup> V. in una letteratura (anche italiana) già ampia R. Viciano Pastor (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; S. Bagni (ed.), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir? Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Filodiritto, Bologna, 2013; S. Baldin, M. Zago (eds), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva*

Per Procida Mirabelli, il comparatista è “antagonista del dogmatico”<sup>49</sup>. Dei dogmatici che senza essere attrezzati pretendono di comparare vien da dire con Derrida: «Tutte queste persone sarebbero radicalmente incompetenti non perché, paradossalmente, sanno in anticipo, come credono quasi sempre, cos’è l’uomo, cos’è la vita, cosa vuol dire “presente”, cosa vuol dire “giusto” (...), ma sarebbero incompetenti, come ritengo siano spesso, perché credono di sapere, perché sono in condizioni di sapere e sono incapaci di articolare queste domande e imparare a formularle. Non sanno né dove né come si siano formate, e dove e come imparare a ri-formarle»<sup>50</sup>.

---

*europaea*, Filodiritto, Bologna, 2014; R. Gargarella, C. Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Cepal, Santiago de Chile, 2009; R. Viciano Pastor, R. Martínez Dalmau, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 9, 2011, p. 7; P. Pazmiño Freire, *Aproximación al nuevo constitucionalismo. Debate sobre sus fundamentos*, RisperGraf, Quito, 2012; M. Carducci, *A aquisição problemática do constitucionalismo ibero-americano*, Upf, Passo Fundo, 2003. V. anche la sezione monografica coordinata da M. Carducci, “Il ‘nuevo constitucionalismo’ andino tra alterità indigenista e ideologia ecologista”, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2012, p. 319 ss. e *ivi* in particolare Id., *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell’alterità*.

<sup>49</sup> Per A. Procida Mirabelli di Lauro, *Presentazione* a J.-L. Constantinesco, *Il metodo comparativo* (a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro), Giappichelli, Torino, 2000, p. LVIII, trad. it. di *Die rechtsvergleichende Methode*, II, *Rechtsvergleichung*, Carl Heymanns, Köln, 1972, il comparatista deve «demistificare la scienza giuridica nazionale per poi rifondarla culturalmente sulla base della conoscenza dello spazio e del tempo. Egli diventa l’antagonista, illuminato e colto, del civilista dogmatico».

<sup>50</sup> *Penser ce qui vient*, ora in R. Major (ed.), *Derrida pour les temps à venir*, Stock, Paris, 2007, p. 17 ss. Non è un caso che il legislatore italiano, paradossalmente più intelligente di certi professori, abbia creato gruppi disciplinari distinti, dividendo i costituzionalisti (e i privatisti) dal gruppo dei comparatisti.