

## DIRITTO COSTITUZIONALE E DIRITTO PUBBLICO COMPARATO: UNA CONVIVENZA *MORE UXORIO*

Lucio PEGORARO\*

SOMMARIO: I. *Premessa*. II. *Definizione*. III. *Autonomia scientifica del diritto comparato*. IV. *Le scienze ancillari*. V. *Diritto comparato e diritto costituzionale*. VI. *Le frontiere della comparazione*.

### I. PREMESSA

Raramente si ravvisa molta chiarezza su cosa si intenda per “diritto pubblico comparato”, su quali siano le caratteristiche che differenziano questa disciplina da altre, che diversità ci sia tra essa e il diritto costituzionale interno.

Mentre in Italia la causa va ascritta *anche* a una certa nociva “ibridazione” tra le cattedre costituzionalistiche e quelle comparatistiche, nel mondo accademico iberico e ibero-americano credo che un motivo di questi fraintendimenti sia da ravvisare *anche* nell’assenza di cattedre comparatistiche; la cosa è in parte imputabile, in Spagna e Portogallo, alla chiusura verso realtà esterne operata dal franchismo e dal salazarismo (le cui influenze si ravvisano tutt’oggi, a distanza di oltre tre decenni dalla fine delle dittature); sia in questi Paesi che in America latina, una concausa è *anche* la stratificazione di posizioni nell’accademia e il conservatorismo che caratterizza, in ogni paese, il mondo universitario quando si tratta di rimaneggiare la didattica e gruppi disciplinari ormai stabilmente dotati di un proprio equilibrio.

\* Professore ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Bologna.

È ben noto che la chiusura intellettuale operata dai regimi autoritari non favorisce e tanto meno alimenta le ricerche su ordinamenti liberali,<sup>1</sup> sì da rendere asfittica e provinciale la produzione scientifica, soprattutto se, date le ineluttabili relazioni che si instaurano tra ricerca e didattica, i corsi universitari non prevedono alcun insegnamento comparatistico (il che di solito accade negli ordinamenti in parola). Al letargo culturale, naturalmente, non si pone rimedio col lavoro di pochi giorni, come testimonia, ad esempio, lo stato delle ricerche giuridiche nei Paesi dell'Europa centro-orientale e dell'ex URSS, i cui autori, dopo settant'anni o cinquant'anni di isolamento, guardano talvolta, ancor oggi, ai modelli liberali prebellici, o alle esperienze autoctone pre-comuniste, né sovente sanno liberarsi dai residui del passato regime, restando condizionati dai suoi crittotipi.

Non è questo il caso del Messico, dove la produzione scientifica appare davvero straordinaria dal punto di vista quantitativo e qualitativo, anche quando non si ferma alle strutture giuridiche- costituzionali del Paese. Nondimeno, passato il periodo delle dittature militari, in America latina molte volte gli studiosi per lo più analizzano le altrui esperienze contemporanee non tanto per finalità di conoscenza, ma anche (soprattutto) per offrire il loro contributo alla ri-edificazione di un nuovo ordinamento. In tal modo, la loro produzione assolve soprattutto alle funzioni *sussidiarie* tipiche delle comparazione, come in particolare l'ausilio per la preparazione di testi normativi e l'armonizzazione legislativa.<sup>2</sup> In altre parole, la dottrina guarda sì all'orto del vicino, ma, spesso, in funzione servente all'analisi del proprio sistema.

Inoltre, lo studio dei diritti stranieri prevale, rispetto all'indagine di diritto comparato in senso stretto. Il primo —pur utilissimo, anzi indispen-

<sup>1</sup> ... salvo sporadiche eccezioni, come quella rappresentata dal poderoso *Derecho constitucional comparado* di M. García Pelayo, Madrid, Alianza Editorial, varie ed., che peraltro resta una silloge di diritti stranieri, più che un'opera di diritto comparato, oppure, in Italia, dal libro di Lucatello G. su *Lo Stato federale*, I, 1939, rist., Padua, Cedam, 1967, che ancor oggi costituisce un caposaldo per lo studio degli ordinamenti decentrati, ma che negli anni trenta ebbe *in più* il pregio di additare al pubblico un modello antitetico a quello di Stato accentrato e autarchico.

<sup>2</sup> Cfr. ad esempio la *Premessa* di G. de Vergottini al suo *Diritto costituzionale comparato*, 6a ed., Padua, Cedam, 2004, vol. I, pp. 5 y ss.; Pegoraro, L. y Rinella, A., *Introducción al derecho público comparado. Metodología de investigación*, México, UNAM, 2006, pp. 142 y ss.

sabile per affrontare il *vero* diritto comparato—<sup>3</sup> non si propone di verificare l'esistenza di ceppi comuni di istituti e discipline, l'esportabilità (e l'importabilità) dei medesimi, la coerenza dei substrati profondi. Per questa ragione, può essere utilizzato strumentalmente, lasciando talora ad altri, non scienziati (ad esempio i politici) trarre le conseguenze che credono. È curioso peraltro che, in Italia come in Spagna e in America latina, si pensi sovente che opere di diritto interno o di diritto straniero, solo in parte incorniciate da riferimenti comparatistici o corredate da qualche nota o appendice di diritto straniero, possano essere magniloquentemente corredate da titoli che si riferiscono al diritto comparato.<sup>4</sup>

Vale allora la pena di chiarire i termini del discorso, utilizzando i canoni dell'indagine analitica.

## II. DEFINIZIONE

Un approccio analitico a un'indagine giuridica presuppone l'analisi della domanda alla quale vuole darsi risposta (o, nel nostro caso, del problema cui allude implicitamente il titolo: ovvero, “cos'è il diritto pubblico comparato, e che relazioni intrattiene col diritto costituzionale?”).<sup>5</sup>

Dato per conosciuto quale è l'oggetto del diritto costituzionale (anche se pure su questa definizione ci sarebbe molto da discutere), tentiamo di definire quali siano l'oggetto e le finalità del *diritto comparato* e, più precisamente, del *diritto pubblico comparato*, analizzando le parole che compongono la domanda, nonché gli altri termini esplicitati o impliciti dell'interrogativo.

<sup>3</sup> Cfr. Lombardi, G., *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milán, Giuffrè, 1986.

<sup>4</sup> Riferimenti sulla Spagna in L. Pegoraro, *Diritto comparato ed evoluzione della giuspubblicistica spagnola*, Pegoraro, L., Rinella, A. y Scarciglia R. (a cura di), *I vent'anni della Costituzione spagnola nella giurisprudenza del Tribunale Costituzionale*, 5 dei Quaderni giuridici del Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli studi di Trieste, Padua, Cedam, 2000, pp. 1 y ss., *Id.*, La “giuspubblicistica spagnola e il diritto comparato a vent'anni dalla Costituzione del 1978”, *Studi in onore di A. Pensavecchio Li Bassi*, 2 vol., Turín, Giappichelli, 2004, pp. 965 y ss.

<sup>5</sup> V. ad esempio svariate opere di Guastini, R., tra le quali “Teoria e dogmatica delle fonti”, *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milán, Giuffrè, 1998, *passim*.

Sinteticamente, “definire” significa formulare, per mezzo di altri termini, le condizioni di applicazione di un termine.<sup>6</sup>

Quanto alla parola “diritto”, non è certo questa la sede per tentarne una definizione, sempre che essa sia possibile.<sup>7</sup>

“Oggetto”, in questo contesto, vuole dire l’ambito di indagine proprio della disciplina.

“Finalità” significa gli scopi che una ricerca si prefigge: sia quelli principali che quelli secondari, o sussidiari, o pratici.<sup>8</sup>

“Relazioni” è parola che a sua volta si riferisce alle interconnessioni, che possono essere univocamente o biunivocamente orientate, tra due o più oggetti.

Occorre a questo punto chiarire che, dalla prospettiva di una meta-indagine (una indagine di secondo livello, ovvero condotta sul versante delle definizioni dottrinali), con le parole “diritto pubblico comparato” si intendono “cose” diverse.

In una prima (ma impropria) accezione, il significato sembra essere più esteso: come già accennato, molti autori manifestano il fallace convincimento di fare comparazione solo perché studiano uno per uno più ordinamenti, o perché inquadrano l’indagine sul diritto nazionale (di volta in volta, spagnolo, italiano, portoghese, francese, eccetera) in una cornice più ampia, o infine perché raccolgono in un unico volume contributi scientifici relativi a *più* ordinamenti. Ciò senz’altro si riconnette all’imprescindibile esigenza di studiare il diritto costituzionale, o quello amministrativo, o penale, e via dicendo, nell’alveo di argini più estesi, ma ancora non consente di definire “di diritto pubblico comparato” manuali, monografie, saggi, articoli, i quali si limitano ad anteporre o posporre o affiancare allo studio degli istituti giuspubblicistici interni una breve introduzione comparatistica, oppure non elaborano adeguate connessioni tra i vari ordinamenti descritti.

<sup>6</sup> Cfr. almeno, là dove si richiama a Carnap, U. Scarpelli, *La definizione nel diritto, Id., L’etica senza verità*, Bologna, il Mulino, 1982, p. 206, Guastini, R., *ibidem*, pp. 4 y ss.

<sup>7</sup> V., sulle difficoltà o addirittura l’inanità di ogni tentativo in tal senso, le parole di A. Trabucchi ricordate nella *Prefazione* del volume a cura di Pegoraro, L. Y Reposo, A., *Letture introduttive al diritto pubblico italiano e comparato*, Padua, Cedam, 1995, p. VII.

<sup>8</sup> Pegoraro, L. y Rinella, A., *Introducción al derecho público comparado... cit.*, pp. 1 y ss., 47 y ss.

Testimoniano l'uso largo delle parole "diritto pubblico comparato", anche a livello di didattica universitaria, i volumi che, nell'illustrare i contenuti dei corsi, attestano l'interesse dei docenti di svariati Paesi per gli ordinamenti stranieri, e tuttavia nell'ambito di insegnamenti rigorosamente denominati "derecho constitucional".<sup>9</sup> Ma ne sono testimonianza anche tante opere pubblicate in Italia, che si limitano a descrivere il funzionamento di ordinamenti stranieri, o di singoli istituti che li compongono, o comunque si disinteressano di qualsiasi valutazione metodologica, della applicazione o della costruzione di modelli e classi, della circolazione degli istituti, di una esposizione critica delle analogie e delle differenze e via dicendo.<sup>10</sup>

Un aspetto eclatante e particolarmente deleterio di questo approccio è la smisurata crescita di "cronache", per lo più affidate a giovani, nelle riviste specializzate, o in "osservatori", di volta in volta cartacei o telematici, che segnalano, —quasi sempre sulla base di informazioni raccolte via internet— episodi istituzionali singoli e frammentati di ordinamenti i più svariati: una sorta di neo-cronachismo che disincentiva lo spirito critico che solo l'approfondimento e il confronto può alimentare.<sup>11</sup> Altro segnale del medesimo approccio è rappresentato, a livello didattico, dall'enfasi posta in alcuni dottorati sull'attività di amplificazione di notizie tratte dalle agenzie giornalistiche, non seguite da quell'opera di sistemazione e confronto la quale consentirebbe di trarre dal *convulsum ac dissi-*

<sup>9</sup> ... o in portoghese, naturalmente, "direito constitucional". Cfr. ad esempio i volumi di Tajadura Tejada, J., *El derecho constitucional y su enseñanza*, Lima, Ed. Jurídica Grijley, 2001, e di Blanco de Morais, C., "Direito constitucional II. Relatório", *Revista da Faculdade de direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, Coimbra Editora, 2001. Utile in proposito anche Sánchez Ferriz, R. y García Pechuán, M. (a cura di), *La enseñanza de las ideas constitucionales en España y Iberoamérica*, Valencia, Ene, 2001. V. altresì, per l'Argentina, A. Gordillo, *El método en Derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid, Civitas, 1988, 1999.

<sup>10</sup> V. sul punto le osservazioni di Scarciglia, R., *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Bologna, il Mulino, 2006, specialmente pp. 97 y ss.

<sup>11</sup> Cfr., sui rischi che internet rappresenta per la ricerca, Pegoraro, L., "Prólogo" a Fernández Rodríguez, J. J., *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 17 y ss.; *Id.*, "Internet e il diritto costituzionale (comunicazione giuridica, ricerca scientifica, tutela dei diritti)", in Bagni, S. y Pegoraro, L. (a cura di), *Internet, decentramento, diritti*, 26 della Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series, Clueb, Bologna, 2006, pp. 5 y ss.; *Id.*, "Internet y los problemas específicos del derecho constitucional", Pegoraro, L., *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Mexico, Porrúa, 2006, pp. 333 y ss.

*patum* (per usare le parole di Cicerone), quella razionalizzazione che —ola, se corredata da originalità— rappresenta la caratteristica di una scienza.

“Diritto pubblico comparato” può allora essere inteso in un secondo senso, più stretto e tecnicamente corretto.

Preliminare al nostro discorso è una precisazione: le basi del moderno diritto comparato *generale*, sulle quali poggiano anche le ricerche e in definitiva la scienza del diritto *pubblico* comparato, sono state poste dai privatisti-comparatisti. Essi hanno evocato il problema della metodologia comparatistica; essi, per lo più, hanno posto le pietre miliari delle classificazioni in famiglie dei vari ordinamenti; essi tutt’oggi continuano a coltivare —in Francia come in Germania o nel Regno Unito o in Italia— studi liberi dalle sudditanze dei rispettivi diritti indigeni.

Anche in Italia l’odierna produzione scientifica orientata alla posizione e soluzione di problemi metodologici è scarsa;<sup>12</sup> negli stessi corsi universitari —insegna l’esperienza— ben pochi docenti prepongono all’insegnamento dei temi sostanziali quell’indispensabile supporto metodologico che costituisce la stessa ragione d’essere della comparazione giuridica; le trattazioni generali —illustrate, tra i privatisti, da lavori talvolta monumentali quali i trattati o i manuali di Sacco, Gorla, Ancel, David, Gutteridge, Zweigert e Kötz, Markesinis, Constantinesco, Arminjon, Nolde, Wolff, e altri ancora,<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Eccezioni sono rappresentate dalle premesse ai manuali di Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, 6a. ed. riveduta, Milán, Giuffrè, 1988, e di G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, cit., e dai libri di Lombardi, G., *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, cit., di Bognetti, G., *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Turín, Giappichelli, 1994, e ora di R. Scarciglia, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, cit.

<sup>13</sup> Ci riferiamo principalmente (anche se non esclusivamente) alle seguenti opere: R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, 5a. ed., Turín, Utet, 1992, nel *Trattato di Diritto Comparato* da lui diretto; Gorla, G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milán, Giuffrè, 1981; Ancel, M., *Utilité et méthodes du droit comparé*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971, trad. Al italiano, *Utilità e metodi del diritto comparato: elementi d’introduzione generale allo studio comparato dei diritti*, Napoles, Jovene, 1978; David, R., *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, Pichon & Durand-Auzias, 1950; David, R y Jauffret-Spinosi, C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, cit.; Gutteridge, H. C., *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, 2a. ed., Cambridge Univeristy Press, Cambridge, 1946, p. 34, 1949, trad. al francés *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l’étude du droit*, Paris, 1953; Zweigert, K. y Kötz, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung*. Band 1: *Grundlagen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1984, trad. italiana, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I: *Principi*

e continuate dalla generazione successiva—<sup>14</sup> sono assenti, con rare eccezioni,<sup>15</sup> nel settore del diritto pubblico.<sup>16</sup> La causa va ricercata anche in un malinteso approccio al diritto pubblico comparato che ancor oggi si riscontra spesso nell'Università.<sup>17</sup>

*fondamentali*, Milán, Giuffrè, 1998, *passim*, e *Einführung in die Rechtsvergleichung*. Band 2: *Institutionen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1984, trad. it., *Introduzione al diritto comparato*, vol. II: *Istituti*, Giuffrè, Milano, 1995; B. Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The story of the Last Thirty-Five Years*, Hart Publ., Oxford-Portland Oregon, 2003, trad. it., *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Milán, Giuffrè, 2004; Constantinesco, L. J., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Band I: *Rechtsvergleichung*, Carl Heymanns-Verlag, Köln, 1971, tr. francesa, *Introduction au droit comparé*, in *Traité de droit comparé*, Paris, Lgdj, 1972, t. I, trad. it., *Introduzione al diritto comparato*, Turin, Giappichelli, 1996; *Id.*, *Die rechtsvergleichende Methode*, Band II: *Rechtsvergleichung*, Carl Heymanns-Verlag, Köln, 1972, tr. francesa, *Le méthode comparative*, in *Traité de droit comparé*, Paris, Lgdj, 1974, t. II, trad. it., *Il metodo comparativo* (a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro) Tuín, Giappichelli, 2000; P. Arminjon, B. Nolde, M. Wolff, *Traité de droit comparé*, 3 vol., Paris, Lgdj, 1950-1952; Agostini, E., *Droit comparé*, Paris, PUF, 1988; Hording, A. y Örüçü, E. (eds), *Comparative law in the 21<sup>st</sup> Century*, Londres, Kluwer Academic Publishers, 2002; Menski, W., *Comparative Law in a Global Context*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

<sup>14</sup> V. ad esempio A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, 2a. ed., Turin, Utet, 2002; Mattei, U. y Monateri, P. G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Padua, Cedam, 1997; Ajani, G., *Fonti e modelli nel diritto dell'Europa orientale*, Università di Trento-Dipartimento di scienze giuridiche, Trento, 1993; *Id.*, *Il modello post-socialista*, 2a. ed., Turin, Giappichelli, 1999; Mattei, U., *Il modello di common law*, 2a. ed., Turin, Giappichelli, 2004; Monateri, P. G., *Il modello di civil law*, Turin, Giappichelli, 1997; Guadagni, M., *Il modello pluralista*, Turin, Giappichelli, 1996; Ajani, G., Serafino, A., Timoteo, M., *Diritto dell'Asia orientale*, Turin, Utet Giuridica, 2007.

<sup>15</sup> Il riferimento è ad Pizzorusso, A., *Corso di diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1983; *Id.*, *Sistemi giuridici comparati*, 2a. ed., Milán, Giuffrè, 1998.

<sup>16</sup> Anche altre forme di produzione letteraria (saggi e articoli in particolare) segnalano una più assidua presenza dei privatisti: si vedano, ad esempio, Reitz, J. C., "How to do Comparative Law", *American Journal of Comparative Law*, 1998, pp. 597 y ss.; Kennedy, D., "The Politics and Methods of Comparative Law", Legrand, P. y Munday, R. (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Schlesinger, R. B., *The Past and Future of Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 1995, pp. 477 y ss.; Hoeckel, M. van y Warrington, M., "Legal Cultures and Legal Paradigms: Towards a New Model of Comparative Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 1998, pp. 495 y ss.; Örüçü, E., *Unde Venit*, "Quo Tendit Comparative Law", Harding, A. y Örüçü, E., *Comparative Law in The 21<sup>st</sup> Century*, *cit.*, pp. 1 y ss.

Nonostante l'Università italiana contempra da decenni l'insegnamento di diritto costituzionale italiano e comparato nelle facoltà di scienze politiche; anche se oggi il diritto pubblico comparato è obbligatorio, in alternativa a diritto privato comparato, nelle facoltà di giurisprudenza; malgrado i numerosi corsi comparatistico-pubblicistici attivati quali discipline opzionali,<sup>18</sup> e le decine e decine di cattedre nel rispettivo raggruppamento disciplinare, permane l'impressione che il diritto privato comparato non solo abbia posto, e si avvalga, di fondamenta metodologiche più solide, ma anche che offra una maggiore uniformità disciplinare.<sup>19</sup>

Nel settore pubblicistico, spesso l'insegnamento della disciplina è affidato a costituzionalisti (o pubblicisti) che si improvvisano comparatisti, convinti che il diritto pubblico comparato si risolva nello studio di diritti stranieri, e che la metodologia comparatistica, ben altrimenti arata e coltivata dai privatisti, rappresenti un mero accessorio opzionale. Non si studiano (e insegnano) a sufficienza le tecniche delle recezioni, i rapporti con altre discipline, i presupposti culturali, la logica delle classificazioni, la linguistica applicata alla materia, le ricadute pratiche della comparazione. Ossia, il diritto pubblico comparato nella seconda e più corretta accezione. Né è fondamentale quale sia il metodo prescelto, casistico (come proposto nei celebri e spesso criticati seminari di Cornell o da va-

<sup>18</sup> Tra le quali spicca oggi il diritto amministrativo comparato, sul cui rilievo v. in particolare il volume di Recchia, G., *Consonanze e dissonanze nel diritto pubblico comparato*, Padua, Cedam, 2000, pp. 3 y ss.

<sup>19</sup> Sulla situazione degli insegnamenti comparatistici nelle Facoltà giuridiche italiane (però aggiornata al 1997) v. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 168 y ss. Poi *cfr.*, Ponthoreau, M. C., "Questions à Alessandro Pizzorusso", *Revue Internationale De Droit Comparé*, 2005, pp. 986 y ss. (e, per il rapporto tra diritto pubblico comparato e diritto privato comparato, pp. 975 y ss.). Per la Spagna, per esempio, l'accostamento al diritto comparato è cosa recente: si rinvia in proposito ai seguenti scritti: oltre agli scritti segnalati nella nota 5, v. L. Pegoraro, *Il diritto comparato e la Costituzione spagnola del 1978: recezioni ed "esportazioni"*, in Fernández Segado, F. (dir.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context—La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 523 y ss., trad. "El derecho comparado y la Constitución Española de 1978. La recepción y la <<exportación>> de modelos", *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2005, n. 9, pp. 287 y ss., Fernández Segado, F., *Aproximación a la ciencia del derecho constitucional*, Lima, Ed. Jurídicas, 1995, Punset, R., "Los primeros veinte años de la ciencia española del derecho constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, 2000, n. 108, pp. 225 y ss.

ria dottrina),<sup>20</sup> o teorico-generale. Purché un metodo ci sia, e, anche tra i pubblicisti-comparatisti, alberghi la consapevolezza delle conseguenze di ciascuna scelta metodologica.

### III. AUTONOMIA SCIENTIFICA DEL DIRITTO COMPARATO

Per perseguire le sue finalità —sia quella principale (la conoscenza delle analogie e delle differenze tra sistemi, famiglie, ordinamenti, istituti, se del caso classificandoli e ri-classificandoli), sia quelle accessorie o pratiche— il diritto comparato si vale del metodo giuridico, che ha per oggetto di studio le norme e gli ordinamenti da esse composti; il meta-linguaggio utilizzato è quello dei giuristi, e a esso sono estranei giudizi di valore, che impongano valutazioni etiche, morali, religiose... (Quanto meno, lo scienziato che li esprime dovrebbe denunciare la loro utilizzazione, per consentire al lettore di distinguerli da altro tipo di giudizi.)

Ciò (anche se non solo ciò) concorre a differenziare le ricerche di diritto pubblico comparato da altre.

In primo luogo, anche se la comparazione può essere sia sincronica che diacronica, il diritto comparato non coincide con la storia del diritto. Lo studio storico è fondamentale per l'analisi finalizzata alla comparazione, poiché solo affondando le ricerche nella storia è possibile cogliere le radici di istituti e discipline, svelare i crittotipi, capire analogie e differenze. Ma, appunto, una cosa è proporsi come finalità principale la conoscenza dell'evoluzione di un ordinamento o istituto, altra è servirsi di questa conoscenza per operare confronti. La storia giuridica, insomma, assolve a una funzione ancillare —ancorché importantissima— rispetto al fine principale della comparazione.

Similmente, gli studi di dottrine politiche si rivelano quasi sempre utili, e spesso indispensabili, per la migliore comprensione dei fenomeni giuridici. Basti pensare al rilievo connesso in ambito costituzionalistico alle elaborazioni di pensatori quali —per citarne solo alcuni— Bracton, Fortescue, Coke, Hamilton, Jefferson, Madison, Tocqueville, Montesquieu, eccetera, o all'influenza sul pensiero giuridico di filosofi come Aristotele, Locke, Hobbes, Kant...

<sup>20</sup> Ad esempio, Markesinis, B., "Il ruolo della giurisprudenza nella comparazione giuridica", *Contratto e impresa*, 1992, pp. 1351 y ss.

Anche lo studio del pensiero filosofico e delle dottrine politiche non può però esaurire la ricerca comparatistica, che resta saldamente ancorata al diritto positivo e non si risolve in meta-ricerche che si propongono di operare l'esegesi del pensiero altrui.

Ancora: il diritto pubblico comparato non coincide con la scienza politica, nonostante che —specie nel settore delle forme di governo— esistano aree di sovrapposizione che inducono molti autori a dimenticarsene, pur proclamando l'intento di scrivere opere di diritto comparato. La scienza politica, infatti, nei settori di interesse comune non si pone quale oggetto di studio le norme, ma semmai i risultati che esse determinano: essa è una scienza dell'essere e non del dover essere, che utilizza il metodo empirico, disinteressandosi del rapporto tra prescrizioni normative e loro concreta realizzazione, a vantaggio solo di questo secondo elemento.

A sua volta —sia ben chiaro— il comparatista non può limitare le proprie indagini al dato testuale, trascurando l'effettività delle norme.<sup>21</sup> Soccorrono a questo fine indagini sull'instaurarsi, l'affermarsi, il mutare e l'eclissarsi di regole *giuridiche* quali consuetudini e convenzioni costituzionali, di prassi, della giurisprudenza, di regole di correttezza e via dicendo. Tuttavia, anche in questo terreno di confine con altre scienze, lo studio del diritto comparato non può ridursi a diventare una scienza giustificazionista dell'esistente, giacché in tal modo perderebbe non solo la propria autonomia scientifica, ma la stessa natura di scienza (che invece continuerebbero ad avere la scienza politica e la sociologia del diritto, le quali, appunto, sono precisamente scienze del *sein* —dell'essere— e hanno a oggetto la realtà, i dati che essa esprime, e non le norme).

Oltre che dalla storia del diritto, dalla scienza politica, dalla sociologia giuridica, il diritto pubblico comparato si differenzia altresì dalla teoria generale del diritto, la quale per forgiare le proprie costruzioni scientifiche non può non servirsi —magari inconsapevolmente— del diritto comparato, giacché le elaborazioni teoriche muovono dall'osservazione degli ordinamenti così come operano o hanno operato. E il cui fine tuttavia non è quello di operare confronti, bensì di costituire una concettuologia comunque valida e applicabile. Si pensi ad esempio alle elaborazioni teo-

<sup>21</sup> Ad esempio, nello studiare la forma di governo tedesca, deve domandarsi non solo se è previsto, e come è disciplinato l'istituto della sfiducia costruttiva, ma anche se, quante volte e come esso ha trovato attuazione, soppesarne la funzionalità rispetto ai fini perseguiti dai *framers*, eccetera.

riche dei concetti di fonte del diritto, di norma, di Stato, di sovranità, di scala gerarchica. Pure in questo caso numerosi sono i punti di contatto col diritto comparato, il cui scopo peraltro non è l'ipostatizzazione di concetti immutabili ma —lo ribadiamo— la ricerca di differenze oltre che di analogie, e il cui metodo si avvale con diversa sensibilità dell'analisi empirica degli ordinamenti, considerati nelle strutture linguistiche che li compongono come pure nel concreto operare delle norme da esse tratte o comunque vigenti.

La crescente pervasività del diritto prodotto dall'Unione europea, a far tempo dall'Atto unico, poi dal Trattato di Maastricht, sino alla "Carta" di Nizza e al progetto di una costituzione per l'Europa, comporta anche sul lato del formante dottrinale conseguenze di non poco rilievo, in relazione allo studio del diritto comparato.

Il processo di integrazione europea, e specularmente il consolidamento di studi di diritto comunitario, fa sì che, da un lato, gli ordinamenti dell'Unione europea siano più conosciuti nella loro individualità e nelle loro specificità (con ripercussioni sulla conclamata differenza tra studio del diritto straniero e studio del diritto comparato); dall'altro, che lo stesso ordinamento dell'Unione sia assunto come ordinamento di confronto con altre realtà istituzionali.<sup>22</sup>

In tale contesto, gli studi comparatistici contribuiscono ad arricchire il *milieu* culturale dal quale, nel corso degli anni, i Paesi europei hanno tratto e continuano a trarre motivazioni per formare una "*more perfect union*". Al contempo, i formanti normativo e giurisprudenziale europei sollecitano la dottrina a svolgere indagini da nuove prospettive: ad esempio, uscendo dagli schemi tradizionali di studio, è forse giunto il tempo di interrogarsi intorno alle influenze dei modelli nazionali sulla costruzione del processo decisionale comunitario (e viceversa); sul ruolo dell-

<sup>22</sup> In particolare, il processo di federalizzazione in atto sollecita indagini comparatistiche sulla natura giuridica dell'UE, e suggerisce il confronto con fenomeni consimili registrati nel passato, come quelli che hanno condotto alla nascita degli Stati Uniti d'America o, più di recente, della CSI, del NAFTA, del Mercosur, della Comunità andina. Si veda, inoltre, G. Recchia, *Consonanze e dissonanze nel diritto pubblico comparato*, cit., il quale si diffonde sulle questioni metodologiche in tema di diritto amministrativo comparato e comunitario. Significativi dell'approccio interdisciplinare sono i titoli di due opere recenti: Moccia, L., *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milán, Giuffrè, 2005, Gambino, S., *Diritto costituzionale comparato ed europeo*, Milán, Giuffrè, 2005 (oltre che della *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*).

’interprete comunitario, rispetto alle difformità che si riscontrano nei processi validativi e giustificativi nella giurisprudenza a livello nazionale (e, viceversa, sull’influenza dei modelli continentali e insulari nella giurisprudenza comunitaria); sulla possibilità di ricondurre nel quadro di modelli euristici consueti la “forma di governo” dell’Unione e, al pari, sull’esigenza di riconsiderare le modellistiche delle forme di governo anche alla luce dell’esperienza dell’UE; sull’opportunità di indagare in termini di “processo”, anziché “staticamente”, le relazioni tra costituzioni economiche nazionali e costituzione economica europea... e via dicendo.

Affrontare il problema della struttura culturale del diritto comunitario significa insomma soffermarsi sulle influenze che diversi modelli culturali hanno avuto nella mentalità del giurista. A livello comunitario, l’intreccio di culture giuridiche —di matrice francese, tedesca, britannica, nordica— influenza sia la fase di elaborazione degli atti che quella interpretativa-applicativa: dallo Stato nazionale all’Unione, e viceversa. Condiziona altresì l’atteggiamento nei confronti della recezione di istituti non radicati. Plasma infine l’attitudine dei giuristi teorici, dei legislatori, dei giudici, nel recepire e condividere basi e costruzioni comuni, come è particolarmente evidente nel campo dei diritti.<sup>23</sup>

Nel concludere questa breve rassegna sulle scienze affini o contigue, ribadiamo ancora una volta che il diritto comparato non coincide neppure con lo studio del diritto straniero. Naturalmente, per fare comparazione non si può non studiare l’oggetto di riferimento. Quindi, la comparazione presuppone lo studio del diritto straniero, e tuttavia non si esaurisce in quello. Ciascun comparatista, prima o poi, s’è trovato a indagare su un singolo istituto o ordinamento diverso da quello di appartenenza. L’acquisizione delle conoscenze così fatta, però, in un’ottica complessiva è strumentale al confronto con altri istituti o ordinamenti, o alla classificazione<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Approfondimenti in Frosini, J. O. y Pegoraro, L., “Il <<formante culturale>> nella elaborazione e nella applicazione del diritto europeo. L’esperienza del Regno Unito e l’allargamento a Est dell’Unione”, in Rossi, L. S. y G. Di Federico (a cura di), *L’incidenza del diritto dell’Unione europea sullo studio delle discipline giuridiche*, Naples, Editoriale scientifica, 2008, pp. 91 y ss.

<sup>24</sup> Conviene ricordare che, nell’accostarsi a un diritto non indigeno, c’è sempre il rischio di trasferire a esso gli «stilemi del proprio diritto di origine». Tuttavia, la crescita delle ricerche comparatistiche, oltre che una migliore conoscenza delle lingue, i più frequenti contatti tra gli studiosi, l’avvicinamento dei sistemi giuridici, la diffusione del cos-

## IV. LE SCIENZE ANCILLARI

Il diritto comparato, e nell'ambito del settore comparatistico il diritto pubblico comparato, ha dunque una sua autonomia rispetto ad altre scienze, e in particolare la mantiene rispetto a quelle che, nella *communis opinio*, gli sono considerate più contigue. Esso però non può prescindere dall'utilizzare, congiuntamente o disgiuntamente, la storia giuridica, la storia delle dottrine politiche, la scienza politica, la filosofia, la sociologia del diritto, come pure altre scienze o settori della scienza giuridica, tra i quali il diritto comunitario, quello costituzionale, quello amministrativo. Il rapporto che si instaura tra diritto pubblico comparato e tali scienze è spesso (anche se non sempre) di reciproca ancillarità, poiché anche gli storici, i teorici e gli studiosi di altri settori scientifici, giuridici o non giuridici, sono a loro volta costretti ad attingere ai risultati offerti dagli studi comparatistici. Cambiano però, di volta in volta, il fine e il metodo utilizzato.

Analogo discorso vale per ulteriori discipline, che nessuno si sognerebbe di pensare quali "simili" alla scienza comparatistica, ma che quest'ultima può (o deve) impiegare sopra tutto quando si proceda a classificazioni e a macro-comparazioni estese a regioni giuridiche disomogenee.

Ci si riferisce in particolare all'antropologia e all'etnologia giuridica, che come spiegato in un recente stimolante libro rappresentano la chiave di lettura essenziale per comprendere i fenomeni di società basate su concezioni non occidentali del diritto.<sup>25</sup>

Utile è altresì la psicologia, per spiegare in chiave microcomparativa, ad esempio, i processi validativi o giustificativi delle decisioni politiche o di quelle giudiziarie, o fenomeni quali la propaganda politica, il consumo e altri ancora.

Così pure, rivestono grande importanza per la comprensione dei fenomeni giuridici le varie branche dell'economia, al punto che l'analisi economica del diritto si configura ormai quale disciplina autonoma nelle

tituzionalismo liberale, eccetera, comportano che, oggi, il rischio di cattive comprensioni di realtà giuridiche "altre" sia più attenuato che in passato, quando la chiusura alle esperienze straniere era maggiore, quanto meno nello studio degli ordinamenti liberal-democratici (mentre viceversa le pretese universalistiche che accompagnano la globalizzazione alimentano a volte il rifiuto di comprendere le strutture giuridiche altrui).

<sup>25</sup> Sacco, R., *Antropologia giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007.

università americane, e anche in Europa sono sempre più numerosi i suoi cultori.

Negli studi comparatistici, grande rilievo assume pure la linguistica: il cultore del diritto, il costituzionalista, l'amministrativista, il comparatista si esprimono attraverso parole. (Come pure a oggetto delle loro ricerche vi sono —anche se non solo— le parole della legge, le parole dei giudici, le parole dell'amministrazione.) E, ne siano o meno consapevoli, l'uso che ne fanno è condizionato da una (precisa o imprecisa) visione del mondo. Un'analisi del codice legale che voglia essere adeguata dal punto di vista teorico, non può invero rinunciare a prendere in considerazione le estensioni socioculturali del linguaggio nel quale è stilato. Risulta infatti ideologicamente vacuo isolare le questioni del diritto da considerazioni più vaste concernenti l'organizzazione dei processi discorsivi in quanto modalità del potere e delle relazioni tra fazioni.<sup>26</sup>

Nel campo del diritto comparato, l'analisi linguistica appare assai più rilevante che nelle discipline interne, perché essa ha oggetto codici legali differenti da quello usato dal ricercatore, il quale è costretto a impossessarsene e a maneggiarli nella loro struttura profonda; la linguistica è poi particolarmente importante in connessione al problema delle traduzioni giuridiche: basti pensare alla difficoltà di tradurre in altre lingue i termini inglesi “*tort*”, “*rule of law*”, “*regulation*”, o decidere se l'istituto della “censura”, che compare con termine quasi identico nelle costituzioni spagnola e francese, coincida esattamente o meno con la parola italiana “sfiducia”.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Cfr. Goodrich, P., “The Role of Linguistics in Legal Analysis”, *Modern Law Review*, 1984, pp. 523 y ss. Del medesimo A. v. altresì *Legal Discourse. Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis*, Londres, MacMillan, 1987. A conforto di quanto asserito in testo, v. anche il bell'articolo di D.R. Miller, “Just How Cruel is «Cruel»? Notes on the Anglo-American History of an Epithet”, in Taylor Torsello, C., Haarman, L. y Gavioli, L. (a cura di), *British-American Variation in Language, Theory, and Methodology—Il centauro anglo-americano*, Atti del XVIII Convegno AIA, vol. II, Bologna, Clueb, 1998.

<sup>27</sup> Sulla tematica delle traduzioni giuridiche, cfr. fra i tanti oltre alla manualistica (in particolare Gutteridge, H. C., *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, cit., pp. 153 y ss., e R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 27 y ss.). Héraud, G., “Pour un droit linguistique comparé”, *Revue Internationale De Droit Comparé*, 1971, pp. 309 y ss.; Terré, F., *Brèves notes sur les*

Altro settore nel quale i problemi linguistici assumono preminente rilievo per il comparatista è quello delle definizioni: di una classe, come ad esempio “forma di Stato liberal-democratica”, o di un istituto, come ad esempio “matrimonio”, eccetera

## V. DIRITTO COMPARATO E DIRITTO COSTITUZIONALE

Nell'evidenziare l'autonomia scientifica del diritto comparato e le differenze tra esso e altre discipline, là dove abbiamo sottolineato la relazione di reciproca ancillarità tra svariate scienze e il diritto comparato, abbiamo volutamente pretermesso lo studio del diritto costituzionale (come pure di quello amministrativo: in generale, il diritto pubblico), per riservare al rapporto tra analisi comparatistica e ricerche di diritto pubblico interno alcune brevi apposite considerazioni.

Ribadiamo che una ricerca comparatistica è qualcosa di differente da uno studio di diritto interno: diversi sono gli obiettivi, diverso è il metodo. Pur nella consapevolezza di questa diversità, il costituzionalista (o l'amministrativista) spagnolo, italiano, canadese, messicano, israeliano, non può però rinunciare a fare i conti con la comparazione, almeno per due ordini di ragioni.

In primo luogo, la sempre più intensa circolazione dei modelli preclude di studiare i singoli istituti del diritto pubblico senza tenere conto degli influssi che provengono dall'esterno, della acquisizione di visioni comuni a livello legislativo e soprattutto giurisprudenziale, della sempre maggiore uniformizzazione del tessuto normativo, dell'efficacia cogente delle convenzioni internazionali (specie quelle in tema di diritti), dei processi di integrazione e via dicendo.

Persino chi è chiamato a operare in contesti caratterizzati da costituzioni storicamente datate, dove dunque le influenze “da fuori” sono meno immediatamente percettibili, non può ignorare il fenomeno opposto, dell'idoneità dell'ordinamento di appartenenza a porsi, per gli altri, quale modello, e dei connessi *feed-back* in termini di comprensione dell'ordinamento indigeno.

*problèmes de la traduction juridique*, *ivi*, 1986, pp. 347 y ss.; Beaupré, M., Kitamura, I., Groot, G. R. de, Herbots, J. H. y Sacco, R., *La traduction juridique*, in *Les cahiers de droit*, Québec-Montréal, 1987, vol. XXVIII, pp. 733 y ss.

A sua volta, la macrocomparazione è pure essenziale per ricerche di diritto pubblico interno: lo studio della forma di Stato, quello della forma di governo, il modello di decentramento territoriale, i sistemi elettorali, la giustizia costituzionale, i diritti, la pubblica amministrazione, i servizi, eccetera richiedono inquadramenti complessivi, l'iscrizione all'una o all'altra classe, la valutazione delle conseguenze prescrittive che conseguono all'appartenenza alle varie tipologie, tra quelle enucleate dalla dottrina comparatistica.

Di qui, l'esigenza anche per il costituzionalista e l'amministrativista di impossessarsi delle categorie dei comparatisti, e di utilizzarle strumentalmente, né più né meno di quanto egli da tempo usa fare con quelle degli storici, dei filosofi, dei teorici generali, degli scienziati politici, dei sociologi, dei linguisti. Ancora una volta, però, con la consapevolezza di utilizzare una scienza "altra", e che solo se il processo di globalizzazione giungesse a conclusione, con la formalizzazione di nuovi assetti giuridici "globali", sarebbe destinata a diventare "sua" (nel senso che, solamente allora, il giuspubblicista interno potrebbe indagare partendo dall'altro —la "Costituzione globale"— per dedurme le sue conseguenze scientifiche).

Nel caso del diritto pubblico generale, del diritto costituzionale, del diritto amministrativo, è dunque il diritto comparato ad assolvere a una funzione ancillare (come viceversa il comparatista è costretto a conoscere i *vari* diritti pubblici, costituzionali, amministrativi degli ordinamenti indagati).

L'importante è non confondere le due cose. Nessuna scienza è superiore a un'altra. Il comparatista non può avere l'ambizione di conoscere *tutti* i diritti interni; potrà penetrarne alcuni, oltre al proprio, al punto magari di conoscerli nei loro profili anche profondi al pari del proprio. Ma comunque avrà bisogno dell'apporto degli studiosi dei vari diritti interni, ben altrimenti specializzati e consapevoli delle strutture e del funzionamento di ciascun singolo ordinamento.

A sua volta, lo studioso di diritto pubblico nazionale non deve manifestare la pretesa di essere comparatista, se non lo è, solo perché illustra qui e là qualche soluzione straniera, estranea all'ordinamento indagato.

In ogni caso, l'accostamento culturale dei comparatisti e dei giuspubblicisti o costituzionalisti "interni" è profondamente diverso: il costituzionalista e in genere il giuspubblicista "domestico" muovono da un quadro dato, che interpretano con operazioni concettuali esclusivamente interne (insomma, il loro lavoro è *top-down*, non diversamente da quello dei giudici e degli av-

vocati), al contrario del comparatista il quale, muovendo da analisi empiriche, costruisce categorie concettuali che gli consentono di classificare e di individuare analogie e differenze (il suo lavoro è dunque *bottom-up*), in esse sussumendo poi, se del caso, le fattispecie concrete.

## VI. LE FRONTIERE DELLA COMPARAZIONE

Anche per perseguire quelle che si definiscono “funzioni pratiche” o “sussidiarie” della comparazione —costruzione di enunciati costituzionali o legislativi, elaborazione di trattati, armonizzazione e uniformizzazione del diritto, ausilio in sede interpretativa—<sup>28</sup> il diritto pubblico comparato non può rinunciare a porsi obiettivi nuovi, rispetto a quelli sin qui perseguiti in un contesto in cui la globalizzazione ancora non aveva raggiunto l’attuale livello di pervasività.

In particolare, si tratterà oggi, utilizzando anche l’apporto di altre scienze, oltre che di affinare le metodologie di ricerca, enfatizzando le peculiarità degli studi pubblicistici rispetto a quelli dei comparatisti generali (per lo più privatisti), di rinvenire le peculiarità che differenziano gli ordinamenti nel panorama uniformizzante dato dall’espansione del costituzionalismo liberale.

L’eurocentrismo (o, meglio, la prospettiva “occidentale”) che caratterizza l’accostamento di molti studiosi di diritto costituzionale interno al tema dei diritti, della democrazia, del decentramento territoriale, eccetera, induce spesso la dottrina a utilizzare approcci totalizzanti nell’uso delle parole. Così facendo, essa offre ai “formanti attivi” del diritto —il legislatore (in senso lato), e la giurisprudenza— la base culturale per giustificare operazioni che si traducono in imposizioni forzate (ad esempio, della “democrazia”, così come soggettivamente intesa dall’utente della parola). Si registra insomma una ipostatizzazione dei concetti, che identifica in un certo modello (ad esempio, di “democrazia”) l’unico modo corretto di usare la parola, e in quel modello l’unica soluzione possibile per organizzare *qualsiasi* ordinamento. Di fatto, l’operazione non è molto dissimile da quella operata dagli artefici dell’articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino con la parola “costituzione”. Se non ci sono certe caratteristiche (riconoscimento dei diritti e divisione

<sup>28</sup> V. *supra*, nota 2.

dei poteri), uno Stato non ha costituzione. Se non ha costituzione, bisogna dargliela. Dalla semantica alle baionette di Napoleone, sulla cui punta la Rivoluzione tentò di esportare sino alle Piramidi un'idea che solo in Europa, alimentata dalla cultura, poteva attecchire senza traumatiche crisi di rigetto, grazie all'influenza che i circoli illuministi avevano esercitato in molte parti del Continente (ad esempio, in Italia, attraverso l'opera dei vari Vico, Filangieri, Beccaria, Muratori....).

L'approccio giusnaturalista, e in quanto tale assolutista, permea tutt'oggi l'idea di democrazia nel mondo occidentale nei diversi formanti che compongono ciascun ordinamento: al di là delle autoqualificazioni, "democratici" sono solo gli ordinamenti che praticano la divisione dei poteri e assicurano il rispetto dei diritti classici (o borghesi, o della prima generazione, comunque li si voglia chiamare).

Il comune denominatore, alla fine, resta quello tradizionale, che si incarna nella classe della forma di Stato liberal-democratica, inclusiva di poliedriche sfaccettature che comprendono maggiori o minori concessioni a quelle "gocce di olio sociale" di cui ragiona Franz Wieacker tratteggiando la sua *Storia del diritto privato moderno* e poi illustrando i nessi tra *Diritto privato e società industriale*.<sup>29</sup>

Fuori dal gioco si pongono, dalla prospettiva eurocentrica (*recte* "occidentale"), sia quegli ordinamenti che si autoqualificano come "democratici", ma che tali non sarebbero, secondo i canoni occidentali, sia ovviamente quanti ripudiano la "democrazia" come modello di organizzazione e di sviluppo.

Pare aleggiare la convinzione che i diritti culturali, o comunitari, o identitari (come al solito, sul *nomen* delle classi non c'è mai assoluta concordanza), da una parte, se sono rivendicati *dentro* la forma di Stato liberal-democratica, sono ammissibili solo se concordano con il nucleo duro di quest'ultima; dall'altra, se sono affermati *fuori* dalla classe, quali espressione di culture diverse, che neppure accettano il nucleo duro, vanno combattuti.

C'è inoltre il convincimento che è in atto una conformazione del formante culturale a quello legislativo, che la liberal-democrazia si è ormai imposta e che il problema delle società multiculturali è prevalentemente un problema di adeguamento di culture "altre" alla nostra, nel rispetto di alcune particolarità "loro", non confliggenti con la "nostra" cultura.

<sup>29</sup> Rispettivamente, Milán, Giuffrè, 1980, vol. II, e E.S.I., Napoles, 1983.

C'è poi un secondo problema: quello di società (ancora) prevalentemente monoculturali, che fronteggiano (da fuori) il nostro monoculturalismo, che tenta a fatica di adeguarsi al multiculturalismo. Società che naturalmente alimentano la contrapposizione con visioni a esse estranee, anche dentro l'area di pertinenza di queste ultime. Penso all'oriente, che ragiona da Confucio in poi (ma anche da prima) in termini di doveri o etica o morale (i termini "fa" e "li" non sono traducibili,<sup>30</sup> non di diritti; penso all'Islam, che non conosce il concetto di eguaglianza in senso "occidentale"; penso agli ordinamenti socialisti, dove, chi ancora c'è, assorbe i diritti individuali in categorie non omogenee a quelle praticate nelle liberal-democrazie; penso a piccole residue comunità, dove la socialità prevale e fa aggio a ogni individualità...

La nostra cultura, negli ultimi attimi della storia, ha generato l'idea dei diritti umani quale elemento imprescindibile di qualsiasi forma di aggregato sociale. La globalizzazione non è dunque un fenomeno solo economico, ma si tira dietro anche la globalizzazione culturale. Di solito, però, i formanti non viaggiano alla stessa velocità, perché l'economia è rapida, il diritto lento, la cultura lentissima, e quando, per seguire l'economia, il diritto fa strame delle culture aliene, le recezioni sono assai difficili.

Come può la cultura dissociarsi dal brutale positivismo della forza e dello scopo che, paradossalmente in nome di visioni giusnaturaliste, pretende di imporre come assoluti valori i quali sono invece generati da faticose conquiste storiche? Come può la cultura favorire il rispetto per le culture (ossia: per l'autodeterminazione di ogni popolo nel darsi una cultura), e il rispetto di ogni comunità culturale anche dentro i confini degli ordinamenti liberal-democratici?

Nel campo del diritto comparato (ma pure in altri settori del diritto), anche se l'eurocentrismo e l'occidentalismo che ancor oggi caratterizzano la produzione comparatistica debbono fare i conti con la progressiva forza di espansione del costituzionalismo e con la permeabilità di ordinamenti antichi e moderni alle sue suggestioni, ciò non esime dal prestare attenzione, distintamente, alle strutture sedimentate dei vari ordinamenti: di qui l'esigenza di approfondire lo studio di ciascuno di essi prima di fare comparazione, per analogie e per differenze, prima di esprimere giudizi di valore, prima di suggerire recezioni o importazioni o esportazioni di

<sup>30</sup> V. R. Cavalieri, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Milán, Franco Angeli, 1999.

istituti e discipline; Di qui, l'opportunità di liberarsi di schemi semplicistici ancorati a "nuclei essenziali" costruiti con geometrie variabili, a seconda del soggetto che li propone. Persino l'interesse reputato meritevole di tutela cambia: per la femminista occidentale, essenziale è la parità della donna, anche se in tal modo si demolisce la struttura di residue società dalla storia millenaria, come dimostra la conflittualità che in Canada ha contrapposto donne inuit e uomini inuit, quanto all'accettazione della *Charter*. Per il fautore della democrazia protetta, appartiene al nucleo essenziale della democrazia la difesa contro la propaganda di ideologie che negano il valore della democrazia; per il credente, il confine del nucleo essenziale può comprendere il rupudio dell'eutanasia, che viceversa per il laico appartiene alla sfera della massima esplicazione della libertà... e via dicendo

L'assolutismo spinge verso Lepanto, dove tutto l'occidente starà —cristiani ma anche eretici e relativisti, ci mancherebbe!— con la flotta di Don Giovanni d'Austria, di Giovanni Andrea Doria e di Sebastiano Venier, condividendone la cultura e gli interessi, ma dove per forza di cose lo scontro avrà un vincitore e un vinto, cancellando l'integrazione, la dialettica, il dialogo.

Forse la strada per il comparatista di matrice pubblicistica è di dare finalmente un apporto nuovo alla scienza del diritto comparato generale, finora costruito nelle sue categorie, quasi esclusivamente, dai comparatisti privatisti: accettando di confrontarsi, anche dal punto di vista del metodo, con scienze diverse e abituate a studiare il diverso, quali la sociologia, l'etnologia, l'antropologia, la psicologia; e pur senza indulgere a commistioni, ad avvalersi dei risultati da esse raggiunti per meglio articolare una teoria dei diritti che muova dall'osservazione empirica verificabile, e per smussare contrasti spesso inconciliabili tra diritti individuali e diritti identitari.