



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
DOTTORATO IN DIRITTI UMANI: EVOLUZIONE, TUTELA E LIMITI  
CICLO XXI  
S.S.D. IUS-17

**Interpretazione, comparazione, diritti fondamentali**  
**Teorie e pratiche della comparazione nella giurisprudenza sui diritti**

Tesi di Dottorato della Dott.ssa Serena Romano

**Coordinatore del dottorato:**

Ch.mo Prof. Aldo Schiavello

**Tutor:**

Ch.mo Prof. Vittorio Villa

**Co-Tutor:**

Ch.mo Prof. Massimo Starita

*Ad Emma, mia figlia*

## ***Indice***

<b><i>Introduzione</i></b> .....	<b>3</b>
<b><i>Capitolo I: Comparazione e conoscenza</i></b> .....	<b>14</b>
1.1 Comparare, comparazione, comparativo: la nozione di senso comune. La comparazione-attività e la comparazione-prodotto. Gli enunciati comparativi .....	14
1.2. Comparazione e processi cognitivi: Tutto è comparazione .....	19
1.3. Il metodo comparativo nell'indagine scientifica.....	26
1.3.1 <i>Metodo comparativo e conoscenza giuridica: la questione del punto di vista</i> .....	35
1.3.2 <i>La questione della comparabilità dei diritti</i> .....	48
<b><i>Capitolo II: Comparazione e pratica giuridica.</i></b> .....	<b>60</b>
2.1 Considerazioni introduttive.....	60
2.2. Comparazione e ispirazione normativa. Cenni alla dottrina normativa dei trapianti giuridici (variante legislativa).....	65
2.3 Comparazione e unificazione dei diritti: la dottrina del diritto uniforme. I principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili. Il problema della traduzione giuridica.....	79
2.4 Comparazione e interpretazione giuridica. L'interpretazione comparativa ...	100
2.4.1 <i>La nozione di diritto straniero e la questione della riconoscibilità del diritto. Comparazione necessaria e comparazione volontaria. La comparazione genealogica e la borrowed statute doctrine</i> .....	106
2.4.2 <i>Diritto comparato e diritto straniero nell'interpretazione giuridica</i> .....	114
<b><i>Capitolo III: Le dottrine dell'interpretazione comparativa</i></b> .....	<b>119</b>
3.1 Comparazione e interpretazione costituzionale: le ragioni di un rinnovato interesse (Cenni).....	119
3.2 Le tre dottrine dell'interpretazione comparativa. Enunciati normativi e linguaggio giuridico: il ruolo della comparazione nella determinazione del	

significato. Le pratiche comparative tra certezza del diritto e discrezionalità  
giudiziale ..... 129

*3.2.1 Le dottrine dell'interpretazione comparativa: le cinque tesi della dottrina  
dei trapianti giudiziari. Il modello delle problem solving courts e  
l'universalismo funzionale. Il corollario della persuasive authority. Il Teorema  
della giuria di Condorcet. Le principali obiezioni alla dottrina dei trapianti.* 139

*3.2.2 Le dottrine dell'interpretazione comparativa: il cosmopolitismo  
giudiziario. Diritti fondamentali e dialogo tra giudici. L'universalismo  
programmatico. Il modello ermeneutico della cross fertilization.....* 156

*3.2.3 Le dottrine dell'interpretazione comparativa: la comparazione critica o  
sovversiva ..... 167*

**Capitolo IV: Le pratiche comparative nell'interpretazione dei principi  
costituzionali..... 175**

4.1 Una proposta classificatoria ..... 175

4.2 Gli usi autoritativi: Lawrence contro Texas; Roper contro Simmons; Il caso  
Englaro ..... 179

4.3 Gli usi sostanziali del foreign law: Il borrowing reasoning e il caso Greaterex  
contro Greaterex; gli usi empirici e il caso Washington contro Glucksberg; la  
comparazione negativa e i casi Jeyaretnam Joshua Benjami contro Lee Kuan Yew  
e Regina contro Keegstra ..... 197

4.4 Gli usi critici o ricognitivi del foreign law: Lo Stato contro Solberg. Cenni alle  
pratiche di comparazione occulta..... 211

4.5 Cenni agli usi retorici o ornamentali del foreign law..... 217

**Conclusioni..... 219**

**Bibliografia..... 223**

## ***Introduzione***

Accade ormai di frequente che si discuta di comparazione a proposito del diritto, per quanto non sempre sia chiaro in che senso se ne parli. Comparazione non è un vocabolo giuridico, questo è chiaro. Si tratta di una parola di senso comune con cui altrimenti si designa l'idea del paragone, del confronto, tanto nel parlare ordinario, quanto nei discorsi sul diritto.

Non è raro imbattersi, nelle pagine di una sentenza, in espressioni quali *giudizio di comparazione* – a proposito del computo della pena nel concorso tra circostanze attenuanti e aggravanti – o, ancora, *scritture di comparazione* – con riferimento a quegli atti di prova attraverso cui il giudice determina la veridicità di una scrittura privata mediante il *confronto* con un atto autografo.

E tuttavia per comparazione, nel diritto come altrove, s'intende più che questo. Una fitta letteratura sulla natura degli atti comparativi, sviluppatasi in principio in ambito filosofico, intorno alla seconda metà del diciassettesimo secolo, ed estesasi in seguito alla linguistica, alla psicologia, alle scienze sociali ed infine anche al diritto, ha arricchito e complicato il bagaglio semantico della parola, legando sempre più da vicino la comparazione alle attività cognitive in generale, e alla conoscenza scientifica e a quella del diritto, per ciò che ci riguarda direttamente.

Durante il ventesimo secolo, alla visione della comparazione quale mezzo per una più approfondita conoscenza dei fenomeni giuridici viene a sostituirsi, pian piano, l'idea che l'esperienza normativa altrui custodisca un prezioso bagaglio d'informazioni utili al legislatore al fine di migliorare il proprio diritto nazionale.

In tempi recenti, infine, è invalsa la prassi di accostare la comparazione all'interpretazione giuridica, ed in special modo all'interpretazione in materia di diritti fondamentali.

Nelle pagine iniziali di una delle sue ultime pubblicazioni Basil Markesinis<sup>1</sup> saluta con entusiasmo l'avvento dell'era del *giudice comparatista*, sottolineando come le odierne pratiche giudiziarie indichino che «in tutto il mondo i giudici stanno pian

---

<sup>1</sup> B. Markesinis e J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero, La pratica del diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 2009.

piano entrando in quest'area marginale della formazione giuridica». In modo non dissimile Gustavo Zagrebelsky dedica uno dei paragrafi conclusivi di una recente pubblicazione<sup>2</sup> al rinnovato ruolo della *comparazione* nell'ermeneutica costituzionale e nella teoria del diritto: da termine di raffronto al fine di determinare l'*identità costituzionale, per analogia o differenza con altre, diverse, identità* o, al più, *in vista di trasferimenti o imitazioni*, a mezzo «per un confronto cooperativo delle esperienze particolari in vista di un orizzonte costituzionale comune nel quale convivano e interagiscono unità e pluralità».<sup>3</sup> E Peter Häberle insiste, ormai da diversi anni, nel sostenere che la prassi abbia definitivamente adottato, in aggiunta ai quattro metodi di Savigny, la comparazione quale *quinto metodo comandato* per l'interpretazione costituzionale.<sup>4</sup>

L'idea generalmente condivisa è che la comparazione – *rectius*: l'interpretazione comparativa – nelle cornici costituzionali contemporanee sia chiamata a giocare un duplice ruolo: un ruolo metateorico, per un verso, in quanto cellula impazzita – *anomalìa*, nell'espressione di Thomas Khun<sup>5</sup> cara alle più recenti dottrine del diritto<sup>6</sup> – che contribuisce alla crisi del modello Westfaliano di un diritto in qualche modo fondato sulla sovranità degli Stati nazionali<sup>7</sup>, e con esso, nelle parole di Zagrebelsky, della natura chiusa ed *esclusivamente legislativo-positiva* degli ordinamenti giuridici; un ruolo metaetico, per altro verso, in quanto *parametro di giustizia*, mezzo valido ad orientare le operazioni di interpretazione dei principi costituzionali verso il solo ed unico significato corretto.

In una simile cornice, il ricorso al metodo comparativo lungi dall'esprimere la verosimile, e del tutto contingente, indole esterofila di un giudice, o di un legislatore, assurgerebbe, piuttosto a parte integrante e necessaria del giudizio di

---

<sup>2</sup> G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, 2008, p. 400.

<sup>3</sup> Ivi, p. 400.

<sup>4</sup> Peter Häberle, *La giurisdizione costituzionale nell'attuale fase di sviluppo dello stato costituzionale* in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>5</sup> T. Khun, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962), Torino, Einaudi, 2009

<sup>6</sup> Si veda, ad esempio, F. Ost F. Ost and M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau?* Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002

<sup>7</sup> Sul punto si veda Paolo Ridola, *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, in Guido Alpa (a cura di), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 15 -32.

costituzionalità<sup>8</sup>, un giudizio gravato di un nuovo e più pesante fardello: risolvere – così pare – il dilemma della postmodernità giuridica, la coesistenza, vale a dire, delle dimensioni particolari dei diritti nel quadro di una giustizia universale.<sup>9</sup>

Nelle pagine di questo lavoro intendo muovere dalla ricostruzione del percorso semantico della parola comparazione a partire dal senso che le si suole attribuire nel linguaggio ordinario – la *comparazione come operazione mentale intenzionale preordinata al confronto* – fino all’idea che lega l’analisi comparativa alla determinazione del significato degli enunciati in materia di diritti.

Sullo sfondo di questo accidentato percorso si collocano alcuni temi di estremo rilievo che vanno ben oltre l’oggetto immediato della ricerca investendo, piuttosto, una più ampia e profonda riflessione sulla natura e sui vincoli delle attività che riguardano il diritto: la relazione tra soggetto e oggetto nelle operazioni cognitive; l’interferenza del punto di vista sui risultati di un’indagine; il valore cognitivo della differenza; il peso delle matrici culturali nella determinazione dei contenuti e delle strutture dei fenomeni giuridici; la natura della conoscenza comparativa ed il problema della commensurabilità delle esperienze normative; l’aspirazione ad una giustizia universale e la problematica relazione con il particolarismo dei diritti; la nozione di universalità giuridica; e ancora, e più in generale, la relazione tra diritto e autorità, tra diritto e morale, tra interpretazione ed enunciato giuridico; il ruolo del giudice nei processi di creazione del diritto e la natura dell’interpretazione giuridica, per citarne alcuni.

Poiché, com’è chiaro, si tratta di temi di dimensioni immani, esula dagli obiettivi di questo lavoro entrare nel dettaglio di ciascuno di essi. Cosa diversa, tuttavia, è chiarire in che modo simili questioni – in cui tanto spesso è pur dato imbattersi tra le righe dei recenti dibattiti sull’impiego del diritto straniero nell’argomentazione costituzionale – si leghino al tema dell’interpretazione comparativa.

---

<sup>8</sup> Sul punto si veda anche Peter Häberle, La giurisdizione costituzionale nell’attuale fase di sviluppo dello stato costituzionale in [www.cortecostituzionale.it/documenti/download/.../HaeberleRom.doc](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/.../HaeberleRom.doc)

<sup>9</sup> Un’idea simile ricorre in B. Pastore, Per un’ermeneutica dei diritti umani, Giappichelli, 2003.

A tal fine s'è ritenuto opportuno procedere distinguendo quattro principali aree tematiche d'interesse cui verranno dedicati, nella trattazione a seguire, altrettanti capitoli: la relazione tra comparazione e conoscenza; il ruolo della comparazione nella pratica giuridica; l'interpretazione comparativa; l'analisi delle pratiche giudiziali.

Nell'ambito del primo capitolo – comparazione e conoscenza – verranno previamente distinte quattro nozioni di comparazione secondo un crescente grado d'intensità semantica: la prima, la nozione *debolissima*, coglie nell'atto del raffronto un aspetto essenziale ed ineliminabile di qualsivoglia processo cognitivo, che nasce non già da una determinata strategia cognitiva del soggetto conoscente ma, più semplicemente, dal modo in cui l'essere umano è, per sua natura, fatto.

La seconda, quella *debole*, è la nozione invalsa nel senso comune, la comparazione intesa quale operazione mentale di carattere intenzionale che ha ad oggetto il confronto tra due termini comunque determinati al fine di accertare cosa li accomuni e cosa, all'opposto, li renda dissimili.

La terza è la nozione *forte*, la comparazione intesa quale strategia d'indagine peculiare delle scienze umane e sociali, cui altrimenti ci si riferisce con l'espressione *metodo comparativo*. In tale accezione la comparazione, più che analisi delle somiglianze e delle differenze tra due termini comunque determinati, viene a configurarsi quale vera e propria *strategia dell'alterità*, tecnica d'*alienazione culturale* che mira alla (ri)scoperta del *sé* attraverso lo *sguardo estraneo dell'altro*. Rivendicando la valenza cognitiva della differenza, l'indagine comparativa si profila quale percorso analitico di decostruzione degli assunti consolidati entro uno sfondo storico, sociale e culturale di partenza al fine di ridefinirne le cornici generali di senso e cogliere, nel dato noto, ciò che non sempre è di ordinaria od immediata percezione.

Un'attenzione particolare, a tal proposito, sarà dedicata ai peculiari problemi, in termini di metodo, che l'impiego dell'indagine comparativa solleva con riferimento a quel complesso di fenomeni – *fatti umani*, o *istituzionali*, tra cui anche il diritto – i cui contenuti essenziali sono racchiusi nel nucleo di significati che ad essi ha inteso



imprimere una determinata comunità di *parlanti competenti*. Si tratterà di chiarire, a tal riguardo, se il “dilemma del punto di vista” – osservatore o partecipante? – che tanta parte ha giocato nella discussione sull’approccio teorico al diritto, mantenga intatti i termini della questione anche a proposito dell’indagine comparativa o se una simile indagine non muova, piuttosto, da distinti presupposti epistemologici che nascono dalla peculiare natura dell’oggetto – il raffronto con il *diritto straniero* – e che finiscono con l’orientare il risultato verso diversi orizzonti d’inchiesta; e ancora a quali condizioni, ove alcune se ne diano, possa proficuamente instaurarsi una relazione di paragone tra due sistemi giuridici o tra talune delle loro parti – eterna ed irrisolta disputa se sia il simile che il simile è chiamato a conoscere, così come nella proposta funzionalista di cui si darà conto, o se, al contrario, non sia l’impatto con ciò che si presume – e non può che presumersi – *essere altro*, a far da tramite nel progresso cognitivo.

All’ultima delle quattro nozioni, la comparazione quale metodo dell’interpretazione giuridica, saranno interamente dedicati il terzo ed il quarto capitolo. Poiché una simile attività si colloca, per sua natura, ad un livello intermedio tra l’indagine cognitiva e la pratica di produzione normativa, prima di entrare nel merito di tale accezione, e dei problemi ad essa legati, s’è ritenuto opportuno dedicare una parte centrale del lavoro – il capitolo secondo – alla ricostruzione dello spettro delle applicazioni pratiche – *rectius*: delle proposte di applicazioni pratiche – del metodo comparativo nel quadro dei processi di produzione ed evoluzione del diritto. Verranno a tale fine identificate tre distinte dottrine pratiche della comparazione giuridica: la dottrina dei trapianti (legislativi), che promuove il ricorso al diritto comparato nel quadro dei progetti di riforma di diritto interno; quella del diritto uniforme, che propone l’impiego della comparazione giuridica quale mezzo per l’enucleazione dei contenuti giuridici condivisi – con particolare riguardo ai *principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili* – e per l’implementazione dei processi internazionali e sovranazionali di unificazione del diritto a partire dalle migliori esperienze di diritto nazionale; e quella, infine, dell’interpretazione comparativa, sul cui oggetto precipuo s’incentrano gli obiettivi di ricerca di questo

lavoro di ricerca, e che confida nel ragionamento comparativo per la determinazione del significato dei documenti normativi nazionali.

Il quadro teorico a fondamento delle tre dottrine, pur nelle differenze di specie, porterà alla luce lo scontro tra due contrapposte concezioni della comparazione e con esse, a monte, tra due distinti modi d'intendere il diritto: l'una, d'impostazione universalista e *nomotetica*, fondandosi sui corollari dell'apertura dei sistemi giuridici, della commensurabilità delle soluzioni pratiche, della traducibilità delle disposizioni normative, della trasmissibilità dei contenuti di diritto e dell'incorruttibilità dei significati, rintraccia nell'indagine sul simile il senso dell'analisi comparativa. L'altra, all'opposto, muovendo da premesse radicalmente relativiste e da un approccio *idiografico* all'analisi comparata, contrappone alle tesi universaliste della prima una visione etnocentrica del diritto, basata sui principi d'incommensurabilità delle soluzioni, d'intraducibilità delle disposizioni, d'intrasmissibilità dei contenuti e d'incomunicabilità delle culture giuridiche.

Particolare attenzione sarà, a tal riguardo, dedicata, al tema della traduzione giuridica e al diverso statuto degli enunciati normativi rispetto a quelli di senso comune, per interrogarsi, da ultimo, sul senso stesso della comunicazione linguistica tra soggetti portatori di distinte esperienze sociali, giuridiche e culturali.

Nel paragrafo conclusivo del secondo capitolo, infine, si darà luogo all'introduzione del tema centrale di questo lavoro – l'interpretazione comparativa – soffermandosi su talune delle principali questioni definitorie che lo riguardano ed in particolare sulla nozioni rilevante di diritto straniero, sulla relazione concettuale e pratica tra interpretazione comparativa ed interpretazione conforme a diritto straniero ed infine sulla opportunità di distinguere i diversi impieghi dell'interpretazione comparativa in funzione della natura della disposizione interpretata e del legame che essa intrattiene con un diverso ordinamento giuridico. Facendo tesoro delle riflessioni di Ulrich Drobnig, verranno a delinearsi, a tal riguardo, tre distinte specie d'interpretazione comparative, caratterizzate da tre diversi livelli teorici di problematicità: la comparazione necessaria, sotto la cui etichetta vanno inclusi tutti quei casi – si pensi ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili o alle norme di diritto internazionale privato – in cui il ricorso al diritto straniero è il solo mezzo per

attribuire significato ad una disposizione giuridica altrimenti inapplicabile; la comparazione volontaria nell'interpretazione di norme esogene, nel cui alveo rientrano le ipotesi in cui, pur non dandosi in capo al giudice alcuna necessità d'impiego del diritto straniero questi, tuttavia, vista la peculiare origine della disposizione che è chiamato ad interpretare – testi *trapiantati* da altri ordinamenti o norme interne esecutive di obblighi internazionali – valuta opportuno e ragionevole, aver riguardo al modo in cui in altri ordinamenti giuridici ne sia stato inteso il significato; la comparazione volontaria nell'interpretazione delle norme di diritto interno, infine, caso particolarmente problematico, e per ciò di peculiare interesse, in ragione della pressoché totale assenza di una cornice giustificatoria a sostegno della pratica ermeneutica, cui verranno dedicati i capitoli successivi.

Ad una disamina delle principali questioni teoriche sollevate da questa terza specie d'interpretazione comparativa sarà dedicato il terzo capitolo. Ci s'interrogherà, anzitutto, sulle ragioni del rinnovato interesse, da parte della più diffusa letteratura in materia, per un tema, tutto sommato, tutt'altro che nuovo, sottolineandone, a tal riguardo, talune peculiarità inedite legate al più ampio contesto della globalizzazione giuridica e giudiziaria ed alle ricadute – dovute in special modo alle nuove frontiere dell'informatica giuridica – sul piano della metodologia giuridica e del paradigma stesso del diritto. Constatata, indi, la rilevante diffusione della pratica nell'interpretazione dei principi costituzionali, si formulerà l'ipotesi che si dia una qualche sorta di relazione tra l'impiego del *foreign law* nell'ermeneutica giudiziaria e il paradigma dei diritti fondamentali, ponendo l'accento, a tal riguardo, su un'interessante contraddizione che pare attraversare tutte le esperienze costituzionali contemporanee – e che pesa, con forza, sull'idea stessa di Costituzione: la ricorrenza, per un verso, nelle Carte dei diritti, di un linguaggio lessicalmente assonante e parimenti indeterminato, che pare spingere verso il raffronto con le pratiche giuridiche altrui; la rivendicazione, per altro verso, di un legame intimo ed essenziale tra identità nazionale ed *humus costituzionale*, che rema nella direzione uguale e contraria.

Nella parte centrale del capitolo, muovendo da un interrogativo tanto semplice quanto rilevante – *cosa cerca il giudice, nell'altrui diritto, che non possa del pari conseguire con mezzi propri?* – si affronterà la questione delle funzioni del diritto straniero nella dinamica delle decisioni in materia di diritti.

Si distingueranno, a tal fine, due diverse prospettive da cui inquadrare il fenomeno: quella ideologico-prescrittiva – che vede nell'impiego del *foreign law* lo strumento per la realizzazione di una determinata visione della costituzione – cui saranno, peraltro, dedicate le pagine a seguire; e quella teorico-ricostruttiva, attenta a dar conto, mediante l'analisi delle pratiche giudiziarie maggiormente significative, del modo in cui il diritto straniero ricorre, *de facto*, nell'argomentazione giudiziale, nonché delle funzioni che esso assolve nell'economia della decisione del caso – aspetto sarà oggetto, invece, di una più puntuale trattazione nell'ultimo capitolo di questo lavoro.

Con riferimento alla prima delle due prospettive – a quella ideologico-prescrittiva, vale a dire – si procederà, quindi, alla ricostruzione delle tre dottrine dell'interpretazione comparativa che, a sorti alterne hanno dominato, nell'ultimo secolo, il dibattito sull'impiego dell'interpretazione comparativa: la dottrina dei trapianti (giudiziari), d'impostazione oggettivista e cognitivista, che riscrivendo in chiave etica i tradizionali presupposti del funzionalismo giuridico, guarda al diritto comparato come ad uno strumento essenziale ad incanalare la decisione di un *caso difficile* verso parametri assoluti di verità e giustizia; la dottrina del cosmopolitismo giudiziario, che nata dalle ceneri dell'oggettivismo etico, assegna alla comparazione giudiziaria il compito di creare una comunità globale di giudici impegnata nella fondazione di uno stato costituzionale di ordine cooperativo – nell'espressione impiegata da Marie-Claire Ponthoureaux – e nella realizzazione dell'*orizzonte universale dei diritti fondamentali*; la dottrina della comparazione critica o sovversiva, infine, che lontana dalle cornici giustificatorie delle prime due, rivendica per il *foreign law* una *funzione euristico-decostruttiva* nell'interpretazione dei principi costituzionali.

Ciò che preme sottolineare, in particolare, è la differenza sostanziale che scorre tra le tre dottrine ora delineate, una differenza troppo spesso trascurata dalla letteratura in

materia – che suole confondere temi e proposte dell’una con aspirazioni ed assunti dell’altra – e che investe non soltanto la natura e la funzione dell’argomento comparativo, ma l’immagine stessa della costituzione, della funzione giudiziaria, e con esse, dell’interpretazione dei diritti, traducendosi, peraltro, com’è chiaro, nell’impiego di apparati concettuali distinti – come sarà chiaro, ad esempio, a proposito della nozione di *autorità persuasiva*, peculiare della dottrina dei trapianti, ed incompatibile con le premesse particolariste del cosmopolitismo giudiziario – e non di rado inconciliabili.

Con il capitolo quarto ci si propone di concludere, come accennato, il complesso quadro delle tematiche legate all’utilizzo del *foreign law* nell’interpretazione dei principi costituzionali soffermandosi su un’analisi delle più significative pratiche giudiziarie a riguardo. L’attenzione sarà focalizzata, in particolare, su talune decisioni della Corte Suprema degli Stati Uniti non già perché si tratti d’una tecnica argomentativa appannaggio di tale apparato giudiziario – non ci si esimerà, infatti, dall’esaminare casi europei a fianco, peraltro, di decisioni canadesi, asiatiche o sudafricane – quanto, piuttosto, per la forza paradigmatica delle pronunce del giudice americano; per il valore esemplificativo d’un modo di ragionare, e d’argomentare, che raramente compare con altrettanta chiarezza di stile e d’intenti nella giurisprudenza altrui.

Non se ne tragga, pertanto, non da un dato così parziale, almeno, conclusione alcuna circa un presunto legame tra area, o sistema giuridico, ed interpretazione comparativa, poiché non è ad una simile indagine che mira l’analisi dei casi giudiziari. L’obiettivo del capitolo sarà, piuttosto, quello di sottolineare l’approccio pluralista e diversificato che si cela dietro le pratiche d’utilizzo del *foreign law* nell’interpretazione costituzionale, *insieme di metodi*, più che metodo singolo, di cui si proporrà, nei paragrafi conclusivi, una classificazione di massima.

Si distingueranno, a tal fine, accanto alle pratiche di comparazione occulta, delle quali, per brevi cenni, ci s’interesserà nell’ultimo paragrafo, quattro specie d’interpretazione comparativa espressa: 1) l’autoritativa, strutturata in forma di un argomento maggioritario del tipo *X perché la maggioranza degli stati dice X* – di cui

i noti casi americani *Lawrence contro Texas* e *Roper contro Simmons*, così come la decisione della Corte di Cassazione italiana sulla nota vicenda di Eluana Englaro, rappresentano interessanti esempi; 2) la sostanziale, nelle tre versioni del *borrowing reasoning*, dell'argomentazione empirico-consequenzialista e della comparazione negativa, infine, il cui valore argomentativo risiede nel pregio o nell'utilità dell'informazione veicolata dalla decisione straniera piuttosto che nell'autorità riconosciuta a chi ebbe a pronunciarla – la cui esemplificazione sarà affidata a quattro casi provenienti da distinte autorità giurisdizionali: il caso britannico *Greaterex contro Greaterex*, quello americano *Washington contro Glucksberg*, quello singaporiano *Jeyaretnam Joshua Benjami contro Lee Kuan Yew* ed il caso canadese, per concludere, *Regina contro Keegstra*; 3) la critica, o ricognitiva, dai risvolti più squisitamente euristici che argomentativi, che nel confronto con un diverso orizzonte giuridico e cognitivo amplia la prospettiva del giudice illuminando il caso d'una luce inedita – di cui si darà conto mediante l'analisi del caso sudafricano *Lo Stato contro Solberg*; 4) l'ornamentale, infine, mero impreziosimento estetico della decisione che nulla toglie o aggiunge alle sorti del caso, con la cui brevissima trattazione si concluderà la disanima degli usi e delle funzioni del *foreign law* nell'interpretazione sui diritti fondamentali.

Ci si auspica, in tal modo, di conseguire tre ordini d'obiettivi: ricostruire, per un verso, per quanto possibile, le diverse cornici di senso che ai vari livelli muovono l'individuo, lo studioso, il giurista, il giudice, nella difficile ed articolata relazione con *l'altro*; dare un'idea, per altro verso, della complessità dei temi e dei profili che si legano all'impiego del diritto straniero nell'interpretazione costituzionale, della varietà delle posizioni teoriche, delle applicazioni pratiche, dei valori, dei significati e delle aspettative di cui viene caricata l'esperienza comparativa, una varietà troppo spesso confusa, e celata dietro l'impiego di etichette sommarie e di formule di stile che non vanno oltre la superficie delle cose; interrogarsi, per concludere, sulle implicazioni che lo scenario che verrà infine a delinearsi, e dall'analisi delle dottrine, e soprattutto dal dato emergente dalle pratiche giudiziarie, produce, in termini di

ricaduta, sul paradigma del diritto costituzionale, della funzione giudiziale, e per esse, dell'interpretazione giuridica.

## ***Capitolo I: Comparazione e conoscenza***

In ordine d'intensità semantica è opportuno distinguere almeno quattro accezioni del termine comparazione:

- una nozione generalissima, o *debole*, che vede nella comparazione *un aspetto essenziale dell'atto stesso del conoscere*;
- una nozione di senso comune, secondo cui per comparazione è da intendersi l'operazione mentale di carattere *intenzionale* mediante cui si realizza l'atto del confronto;
- una nozione *forte*, che riconosce nella comparazione uno dei metodi dell'indagine scientifica – è da tale ultima nozione prendono il nome le cosiddette discipline comparate: ambiti della ricerca a carattere multidisciplinare che si muovono nell'area di più ampi settori quali la letteratura, la politica, la linguistica o il diritto e che hanno fatto del confronto prima ancora che un criterio d'indagine, la loro stessa etichetta definitoria.
- Una nozione *fortissima*, infine, che riconosce nella comparazione un criterio d'interpretazione giuridica.

### ***1.1 Comparare, comparazione, comparativo: la nozione di senso comune. La comparazione-attività e la comparazione-prodotto. Gli enunciati comparativi***

Nel linguaggio ordinario *comparare* significa stabilire intenzionalmente un confronto. Le radici etimologiche del termine, come sovente accade, sono alquanto interessanti. La voce, infatti, deriva dal latino *cum-paro*, che letteralmente significa riportare ad uno stesso livello, pareggiare, congiungere, *agguagliare*.

L'idea racchiusa nel patrimonio genetico della parola, così pare, è che il raffronto tra due termini implichi una sorta di *reductio ad similem* che valga a renderli, in qualche



modo affini, che li ponga sul medesimo piano d'analisi, così che, dalle caratteristiche note di uno dei due, sia possibile desumere le caratteristiche ignote proprie dell'altro. Pare pertanto che, almeno alle origini – ma qui si anticipa un tema che verrà più diffusamente trattato in seguito a proposito della comparazione come metodo – il vocabolo *comparare* avesse già in radice il germe di una teoria della comparazione fondata sul *principio di commensurabilità*. Nel linguaggio ordinario una simile idea sarebbe in seguito andata perduta o, quanto meno, si sarebbe notevolmente indebolita così che con il verbo *comparare* si finì per designare, più semplicemente, l'operazione del confronto, quale che ne fosse l'oggetto.

L'atto di chi confronta è detto *comparazione*. In effetti, come sempre accade ai derivati verbali (considerazioni analoghe valgono per *comparativo*) attraverso il termine è dato designare tanto l'atto del raffrontare – la comparazione-attività – quanto i risultati che da esso discendono<sup>10</sup> e che potremmo chiamare, mutuando la proposta di Giovanni Tarello a proposito del termine *interpretazione*<sup>11</sup>, comparazione-prodotto.

In tal senso, per *comparazione-attività* intendiamo quell'*operazione intenzionale* – cioè consapevole e volontaria – di carattere mentale, linguistico e, talvolta, empirico che consiste nello stabilire *un confronto* tra due o più termini – siano essi individui, oggetti, stati psicologici o emotivi, teorie, idee, dati d'esperienza o altro ancora – al fine di stabilire, tra di essi, una relazione di somiglianza o differenza.<sup>12</sup>

I risultati della comparazione-attività – *comparazione-prodotto* – confluiscono in enunciati detti, appunto, comparativi, i quali svolgono la funzione logica di dar conto della relazione di somiglianza e/o differenza tra i termini considerati secondo criteri di qualità o quantità (X è una macchina da corsa mentre Y è un'utilitaria; X è più veloce di Y; Y è più robusta che veloce. Y quest'anno è più veloce di quanto non fosse l'anno scorso).

---

<sup>10</sup> Da Vocabolario Della Lingua Italiana Treccani, I.

<sup>11</sup> Si veda G. Tarello, *L'interpretazione della Legge*.

<sup>12</sup> Così per il logico idealista Bosanquet, secondo cui «La comparazione nel senso ordinario è un nome applicato al richiamo intenzionale di due o più contenuti dati, al fine di stabilire tra questi contenuti, in quanto dati, un'identità generale o speciale, o un'identità parziale (simiglianza)», in J. Dewey, *Logica, teoria dell'indagine* (1938), Einaudi, Torino, 1949, p. 255.

L'enunciato comparativo, per essere tale, deve comporsi di taluni elementi essenziali: anzitutto (almeno) due termini di paragone, che potranno alternativamente interessare il medesimo oggetto – considerato per qualità differenti (Mario è più bravo a scrivere poesie che saggi) o per variazioni d'intensità di una data qualità nel tempo (Mario ieri è stato più allegro rispetto ad oggi) – o, piuttosto, oggetti tra loro distinti (Maria è più alta di Mario).

Se l'enunciato comparativo mira a dar conto della variazione di una data proprietà nel tempo si suole parlare di comparazione diacronica<sup>13</sup>, com'è tipico, ad esempio della comparazione storica tra fenomeni, nozioni, personaggi o altro. Ove le considerazioni temporali, al contrario, afferiscano al medesimo *punto* nel tempo la comparazione è detta sincronica, sebbene sia ben possibile, così come taluni autori hanno avuto modo d'osservare<sup>14</sup>, che la comparazione non sia né diacronica, né sincronica, ma che manchino, più semplicemente, le considerazioni di carattere temporale. Si parlerà, in tal caso, di comparazione acronica.

Ora, poiché asserire che due oggetti siano distinti, o somiglianti poco significa, se non si precisa, altresì, sotto quale profilo essi si somigliano o si differenzino, un secondo elemento essenziale dell'enunciato comparativo è costituito dalle proprietà. La comparazione, in altri termini, non è un'attività che investe gli oggetti considerati nel loro complesso, bensì certi loro specifici profili – l'altezza, la velocità, la destinazione d'uso, la capacità stilistica, negli esempi considerati – determinando, nella relazione di somiglianza o differenza tra i due termini, la graduazione dello stato delle proprietà in essi considerate (terzo elemento essenziale). Tali proprietà potranno alternativamente riguardare stati di fatto quali l'altezza, il colore, il peso, la direzione o altro – nel qual caso si parlerà di comparazione descrittiva – o qualità valoriali, nel qual caso le operazioni comparative saranno orientate alla formulazione di un giudizio di valore (comparazione valutativa).

---

<sup>13</sup> Così A. Marradi, in N. Smelser, *La comparazione nelle scienze sociali* (1976), Il Mulino, Bologna, 1982.

Anche R. Fideli, *La comparazione*, Franco Angeli, Milano, 1998, p. 23.

<sup>14</sup> Fideli, op. cit. p.68.

In sintesi, ciascun enunciato comparativo presenta<sup>15</sup> una struttura logica essenziale costituita da cinque componenti: i due termini di comparazione, la proprietà attraverso cui essi vengono considerati e lo *stato* della proprietà, per ciascuno di essi, all'esito del raffronto. Man mano, poi, che il modello si complica rispetto alla struttura a cinque, prendendo in esame, ad esempio, la medesima proprietà in distinti intervalli di tempo o elevando il numero degli oggetti, o delle proprietà, si otterranno enunciati via via più complessi, che daranno accesso ad informazioni più composite. Non rileva, tuttavia, per i fini che ci riguardano, entrare nel merito di un'analisi logica di tali strutture. Ciò che è importante osservare, per il momento, è che per quanto complessa possa essere la struttura di un enunciato comparativo, è sempre *tra gli stati delle proprietà* che si darà il raffronto.

Possiamo, pertanto, definire la comparazione-prodotto come la relazione, di carattere valutativo o descrittivo, tra gli stati delle proprietà (rilevanti) dei termini considerati.

Tale relazione, tuttavia, a ben vedere non è il solo risultato che può discendere da un'operazione comparativa. La considerazione congiunta di due termini, una volta definita la relazione tra gli stati delle proprietà rilevanti, ha, o può avere, delle ricadute sul modo in cui ciascuno di essi è descritto (o valutato). Ipotizziamo che ci si proponga di raffrontare due termini, X ed Y, sotto il profilo dell'altezza. Una simile operazione, così condotta, condurrà alla conoscenza della pura e semplice relazione tra lo stato dell'altezza di X e quello di Y. Essa avrà, pertanto, un valore puramente relazionale poiché non consentirà di accertare il valore assoluto dell'altezza di X, o di Y, ma solamente che *il primo è/non è alto con riferimento al secondo.*

Perché la comparazione conduca ad informazioni spendibili oltre il sistema considerato – in ipotesi il sistema X-Y, perché ambisca a risultati generalizzabili – *che X è alto, o che Y non lo è* - è sempre necessario che essa muova da una

---

<sup>15</sup> A..Marradi, in N.L.Smelser, La comparazione nelle scienze sociali, op. cit. p. 9-35.

premessa esterna al sistema considerato e che tale premessa riguardi almeno uno dei termini di paragone. Più correttamente può osservarsi che l'enunciato comparativo può contribuire a rivelare informazioni sui singoli termini del raffronto, a condizione che esso sia inserito nella più complessa cornice di un ragionamento deduttivo di cui costituisce una delle premesse. E come ogni altro ragionamento deduttivo, esso sarà soggetto a delle regole di validità formale.

Ipotizziamo che si disponga di un'informazione sull'altezza di X ed s'intenda inferire, attraverso una premessa comparativa, un'informazione sull'altezza di Y. Ora, X o è alto o non lo è<sup>16</sup>.

Se X è alto e Y è più alto di X, se ne potrà inferire che Y sia alto.

SE X non è alto e Y non è più alto di X, se ne potrà inferire che Y non sia alto.

Ma se so che X è alto e che X è più alto di Y, ciò non varrà ad escludere che anche Y sia alto.

Così come, se si premette che X non sia alto e che Y sia più alto di X, non per forza ciò significherà che Y sia alto.

Quanto prima osservato ci porta ad affermare che la relazione tra gli stati delle proprietà rilevanti, la comparazione-prodotto, può costituire il fine diretto ed ultimo dell'analisi comparativa o, piuttosto, il *medium* per conseguire informazioni ulteriori su uno, o su entrambi, i termini, che questo, individualmente considerato, non è in grado di rivelare. Questo secondo impiego della comparazione, come si vedrà, è quello che sta a fondamento delle discipline comparate e avanza l'idea che ci sia un modo utile di guardare all'oggetto muovendo da un oggetto distinto. In tal senso, Gino Gorla ha definito la comparazione – ma sul punto si tornerà più diffusamente in seguito – come un «processo *quasi circolare* di conoscenza che va dall'uno all'altro termine e dall'altro ritorna sull'uno e così via; e arricchisce sempre più la conoscenza dell'uno e dell'altro, per i caratteri individuali di ciascuno di essi (che risultano e

---

<sup>16</sup> Potrebbe obiettarsi che X può non essere né alto né basso, ma in tale ipotesi non avrebbe senso inserirlo tra le premesse poiché non consentirebbe di inferire alcuna conclusione.

possono risultare soltanto dal raffronto, poiché non si dà l'*individuo* senza l'*altro*) e per i caratteri comuni». <sup>17</sup>

## ***1.2. Comparazione e processi cognitivi: Tutto è comparazione***

Nel paragrafo precedente si è rilevato come la comparazione, a livello di senso comune, sia intesa come un'*operazione* di carattere mentale, linguistico e, talvolta, empirico che consiste nello stabilire *un confronto, consapevole e volontario*, tra due o più termini al fine di determinarne le mutue relazioni di somiglianza o differenza. Accanto ad una simile idea ve n'è un'altra, più radicale, che riconosce nell'attività comparativa non già, o solo, un'operazione mentale intenzionale, o una strategia d'inchiesta, bensì la forma fondamentale dell'atto stesso del conoscere<sup>18</sup>, o quanto meno una sua parte essenziale. La conoscenza, in altri termini, non per scelta nostra ma per effetto del modo in cui siamo fatti, sarebbe, sin dalla nascita, il risultato di continui e naturali processi di accostamento, di raffronto, di percezione e di determinazione del simile e del dissimile, poiché, come già rilevato nelle parole di Gorla, *non si dà l'individuo senza l'altro*.

Si vengono in tal modo a delineare due distinte relazioni tra conoscenza e raffronto, cui corrispondono due distinte accezioni del termine comparazione: l'una quale atto volontario e consapevole, espressione di una precisa intenzione comparativa; l'altro quale componente necessaria ed inconsapevole della formazione di ogni sapere.

Già Locke, nel libro IV del Saggio sull'intelletto umano<sup>19</sup> – *Conoscenza e Probabilità* – osservando come il confronto fosse per un verso, ed in sintonia con l'idea di senso comune, lo strumento attraverso cui accedere alla *conoscenza relazionale delle idee*, rilevava:

---

<sup>17</sup> G. Gorla, Diritto Comparato, in Enciclopedia del Diritto, XII, p. 928.

<sup>18</sup> Grande Dizionario Enciclopedico UTET, voce di Giovanni Maria Merlo.

<sup>19</sup> J. Locke, Saggio sull'Intelletto Umano (1690), Officine grafiche La scuola, Brescia, 1985.

«Quando la mente considera una cosa in modo da condurla e porla accanto ad un'altra, e sposta la sua considerazione dall'una all'altra, questo è ciò che si chiama *relazione*; e le denominazioni date alle cose reali, attribuenti loro tale rapporto, e che servono come segni per condurre i pensieri al di là di ciò che fa da soggetto dell'attribuzione, fino a qualcosa che da esso si distingue, sono quelle che chiamiamo *relative*; e le cose così unite si dicono *correlate*».<sup>20</sup>

Nel determinare questa *dimensione comune delle idee – la relazione* – la mente procede, in altri termini, attraverso una serie di considerazioni che hanno carattere individuale (*spostandosi dall'una all'altra idea*), e che guidano, in qualche misura, il soggetto conoscente dall'uno termine, nel percorso di comprensione dell'altro, attraverso una sequenza di atti di comparazione incrociata che trascende la dimensione conoscitiva individuale per approdare a quella comune, o relazionale (*condurre i pensieri al di là di ciò che fa da soggetto dell'attribuzione*).

Ma ciò che Locke, ancor più radicalmente<sup>21</sup>, afferma, è che non solo il confronto è il mezzo per trascendere la dimensione individuale della cosa, ma che esso è altresì il fondamento della conoscenza intera, in quanto «avvertimento della connessione e dell'accordo, o della discordanza e opposizione tra alcune delle nostre idee [...]. Infatti, quando conosciamo che il bianco non è nero, che altro facciamo se non avvertire che queste due idee non concordano? [...] è il primo atto della mente percepire le sue idee [...] e riconoscere, mentre le percepisce, *che cosa ciascuna sia* e pertanto percepire con ciò la loro differenza e *che l'una non è l'altra*. Ciò è tanto rigorosamente necessario, che altrimenti non vi potrebbe essere conoscenza, né ragionamento né immaginazione, né affatto alcun pensiero distinto: in tal modo la mente chiaramente ed infallibilmente percepisce che *ogni idea concorda con se stessa* ed è ciò che è; e *che tutte le idee distinte non concordano*, cioè l'una non coincide con l'altra, e ciò fa essa senza sforzo, fatica o deduzione, ma a prima vista, col suo natural potere di percezione e distinzione».<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Ivi, p. 126.

<sup>21</sup> In seguito il tema fu ripreso e trattato anche dalla dottrina sensista di Condillac, *Logique*, parte I, cap. VII.

<sup>22</sup> Ivi, p. 169- 171.

Riconoscere e distinguere, identificare il simile, discernere il dissimile sono funzioni elementari comuni a tutti gli esseri umani attraverso cui la mente elabora il dato sensibile e lo riduce a *idee*, a categorie e concetti. Percepire un oggetto equivale, né più, né meno, a percepirne le relazioni d'identità e di diversità con gli altri oggetti. Ed è proprio ad una simile relazione, all'infinita dialettica tra identità e differenza che guida l'individuo nella (ri)costruzione del mondo che lo circonda, che sarà dato il nome di comparazione. *Il n'ya rien que l'esprit humain fasse si souvent que des comparaisons* si rilevò nella Grande Encyclopedie.<sup>23</sup>

Se così è, asserire che un oggetto sia bianco e rotondo implica allora, non soltanto, riconoscervi la qualità della bianchezza e della rotondità per come definite all'interno della comunità di parlanti competenti considerata, ma implica altresì escludervi la qualità del rosso, verde, giallo, o della *quadratezza*, o della *pentagonalità*.

Rileva John Dewey nel suo celebre saggio sulla logica dell'indagine: «Prendiamo la proposizione *questo è rosso*. Per aspetto, essa è puramente affermativa; essa non comporta alcuna idea di negazione o eliminazione. Ma la semplice esistenza di una cosa rossa non è fondamento sufficiente per affermare: *questo è rosso*. Perché questa affermazione sia fondata, le possibilità alternative devono essere scartate».<sup>24</sup>

Ciò equivale a dire che ciascun concetto è dotato di una duplice dimensione di significato: quella inclusiva, che lo definisce variamente affermando *ciò che esso è*, e che ha segno positivo. E quella esclusiva, che lo delimita, per negazione, da ciò che *esso non è*.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Encyclopedie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des metiers, Tomo terzo, voce *comparaicon*. Citato anche in N.L.Smelser, *La comparazione nelle scienze sociali* (1976), Il Mulino, Bologna, 1982. Nell'introduzione, p. 12, nota 7, Alberto Marradi, insistendo sulla continuità tra metodo scientifico e senso comune, osserva che «non pochi scienziati sociali di orientamento antipositivista continuano a far notare come la comparazione sia centrale nei processi mentali di ogni essere umano, non solo nelle procedure della scienza», citando, tra gli altri, E.E. Evans-Pritchard, *The comparative method in social anthropology*, London, Atlon Press, 1963.

<sup>24</sup> J. Dewey, op. cit., p. 260.

<sup>25</sup> La componente esclusiva, o negativa, del concetto ha, in effetti, per quel che si dirà in seguito, un peso di estremo rilievo. La differenza, infatti, nella dialettica negativa che prende l'avvio con l'opera di Adorno, cui, in seguito, si farà riferimento, assume una portata essenziale quale strumento per l'indagine cognitiva e, con essa, per l'estensione del livello semantico del riferimento.

La qualificazione di un oggetto, infatti, l'affermazione, ad esempio, che si tratti di un libro, o di un gatto o di un portacenere, così come la (ri)costruzione della nozione attraverso cui esso è correntemente definito – il concetto di libro, gatto o portacenere – implica, sempre, la sedimentazione di un bagaglio di percezioni e rappresentazioni anteriori (di libro, gatto e portacenere) – di *casi paradigmatici*<sup>26</sup> – con i quali l'oggetto ora osservato viene posto a raffronto con l'esito di ravvisarvi una relazione d'identità – la dimensione inclusiva<sup>27</sup>.

E tuttavia essa implica, altresì, così come rilevava Dewey, una dimensione comparativa di segno negativo, l'esclusione, vale a dire, di tutta quella serie di caratteristiche che, al contrario, valgono a distinguerlo *dal resto*, a delimitarne, per negazione, lo spazio semantico di riferimento<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Sulla definizione per casi paradigmatici e sulla relativa nozione vd. Vittorio Villa, *Costruttivismo e Teorie del Diritto*, Giappichelli, 1999.

<sup>27</sup> Lo psicologo tedesco William Wundt assegnava il nome di *relazione*, appunto, a questa forma essenziale di comparazione che precede il riconoscimento e che si distingue dalla *comparazione in senso stretto*, sebbene ne costituisca *funzione parziale affine*, in quanto la prima è interamente *subordinata al fine della relazione dei contenuti*, la seconda, al contrario, *diventa per se stessa un fine indipendente*, che consiste *nello stabilire certe concordanze o differenze tra due distinti fatti psichici*. William Wundt, *Compendio di psicologia* (1896), p. 202-203, C. Clausen, Torino, 1900.

Allo stesso modo in *Encyclopedie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des metiers*, Tomo terzo, voce *comparaicon*, *Quand'on compare, par exemple, deux piece de monnoie, ou on les regarde l'un et l'autre d'un soul coup d'œil, ou l'on conserve l'idé de la premiere q'un a vû et on la consul dans les tems qu'on jette les yeux sur la seconde; car si l'on n'avoit plus d'idée de cette premiere, il ne seroit pas possible de décider si elle est égale à la seconde ou si elle est en differe.*

Sul punto anche P. F. Strawson, *Individuals: An Essay on Descriptive Metaphysics*, Routledge, London- New-York, 1990; e S. Hampshire, *Thought and Action*. University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 1983.

<sup>28</sup> Alla dialettica del diverso l'idealismo tedesco sostituì l'idea di comparazione come dialettica dell'opposto identificando nella tensione tra affermazione e negazione, tra tesi ed antitesi, *il momento stesso in cui avviene la genesi il concetto*.

Nel terzo libro della *Scienza della Logica*, Hegel definisce *Vergleichen* (il comparare) *l'andare dall'eguaglianza all'ineguaglianza e da questa a quella avanti e indietro* prendendo atto – rileva Giuseppe Gangemi – *che i due poli dell'antitesi (A e non A) che si costituisce nel costruire un concetto – qualsiasi concetto – sono inscindibili*<sup>28</sup>. «Nella concezione di Hegel – osserva ancora Gangemi – la comparazione unisce due elementi che sono insieme opposti e continui, ma anche discreti e continui. I due elementi compresi nella comparazione sono, infatti, due categorie diverse collocate su una scala continua in cui una rappresenta il positivo e l'altra il negativo».

Anche la semiotica contemporanea attribuisce alla relazione tra gli opposti, almeno in determinate pratiche linguistiche, il ruolo di componente semanticamente predominante. In tali casi il concetto, osserva Samuel Jackson<sup>28</sup>, è fondato su una serie di relazioni binarie di tipo opposizionale tra le parti che lo compongono (*semi*).

Si dice uomo, ad esempio, di chi non sia donna, o non sia un fanciullo – a seconda che nel particolare contesto d'uso rilevi l'elemento distintivo del genere o dell'età. Fanciulla si dice di colei che non sia ancora una donna e che tuttavia abbia in comune con una donna la circostanza di non essere uomo.



Potrebbe ribattersi<sup>29</sup>, a questo punto, che, poiché la componente negativa del concetto ha un contenuto tendenzialmente infinito, includendo tutto fuorché la cosa considerata, non abbia senso pensare ad essa come ad una parte del concetto stesso. Poco varrà, ad esempio, a spiegare cosa s'intenda per rotondo limitarsi ad asserire che rotondo voglia dire non quadrato. Numerose forme geometriche condividono la caratteristica di non essere quadrate senza perciò essere tonde. E le stesse considerazioni valgono per bianco e non nero, non verde, non rosso etc. Ciò che è nero non è bianco, ma ciò che non è bianco, non per questo è nero. La diversità, in altri termini, è una scala che collega due poli esterni e contrari (A e -A) attraverso una gamma infinita di sfumature di subcontrarietà (B,C,D,E,F...).

Esiste, tuttavia, una dimensione pratica del linguaggio, la dimensione storico-evolutiva, che mostra con piena evidenza, nel senno del poi, come a ben vedere, la componente inclusiva e quella esclusiva stiano in una relazione di costante e reciproca dialettica, ora ampliando, ora restringendo il margine semantico del concetto in un processo continuo di (ri)determinazione e di creazione dei significati.<sup>30</sup>

E proprio a partire dalla valenza cognitiva della dialettica tra simile e dissimile, si sono sviluppate, negli ultimi decenni, una serie di teorie epistemologiche che, come si avrà modo di vedere, hanno fortemente influenzato il dibattito sulla natura della

---

Alto è ciò che non è basso, e così via. Fideli definisce le proprietà *non ordinabili* del tipo maschio/femmina, cattolico/ protestante, nessun titolo/licenza elementare etc, aventi *natura discreta*. Quelle ordinabili per variazioni anche infinitesimali sono dette continue. Le proprietà discrete possono a loro volta essere distinte in dicotomiche, categoriali, categoriali ordinate, con stati enumerabili. Sul punto l'autore rinvia a Marradi, 1993, p. 12-15, in R. Fideli, *La comparazione*, Franco Angeli, Milano, 1998, p.22, nt.6.

<sup>29</sup> Così in M. A. Arbib e M. B. Hesse,: «Se descriviamo un insieme di cose come *quadrato*, non possiamo allo stesso tempo elencare *tutte* le altre proprietà che le distinguono l'una dall'altra, addirittura neanche quelle connesse con la loro quadraticità. provare a farlo significa cadere in un regresso all'infinito» *La costruzione della realtà* (1986), Il Mulino, Bologna, 1992, p. 233.

<sup>30</sup> Una simile caratteristica risulta con particolare evidenza nel caso di espressioni vaghe, o comunque non precisamente determinate, di cui il diritto è colmo – si pensi alla parola eguaglianza, o libertà, o vita – materiali per loro natura tendenzialmente instabili, elastici, preda della continua tensione tra la componente inclusiva e quella esclusiva, della dialettica di attrazione e repulsione che ne regola i rapporti, mutandone i riferimenti e, con essi, l'estensione dell'area semantica condivisa.

comparazione nelle scienze sociali e, con essa, sull'interpretazione comparativa nel diritto.

\*\*\*

Che alla base dei processi cognitivi ci siano percorsi – seppur non sempre consapevoli – di comparazione è un'idea abbastanza intuitiva e ricorre sovente non soltanto in filosofia, in semiotica, o in psicologia, ma altresì in matematica, in antropologia, in epistemologia, in logica, in metodologia, per citarne alcune. Pur da diverse angolazioni, e con diversi sguardi, si condivide l'assunto che nell'identificazione di analogie e differenze stia l'atto elementare attraverso cui il pensiero, il linguaggio, talvolta l'azione, e la scienza, come si vedrà, procedono.

Non rileva ai nostri fini entrare nel merito di tali considerazioni di settore. E pare d'altronde alquanto scontato che se non fossimo in grado di *riconoscere* e di *distinguere* – *l'assimilazione e l'accomodamento*, nel linguaggio di Piaget<sup>31</sup> – non ci sarebbe spazio né per la comprensione, né per il linguaggio, e le nostre azioni, il mondo che ci circonda, le cose che accadono intorno, sarebbero, agli occhi di chiunque li osservasse, pure e semplici sequenze caotiche, casualità. In questo senso Gregory Bateson<sup>32</sup> distingueva ciò che è creatura, che è *mente*, da ciò che non lo è, il *pleroma*: nella capacità, esclusiva della prima, di comprendere se stessa e ciò che le sta intorno attraverso la *percezione delle differenze*, di attribuirvi un senso e di reagire ad esse: «qual è la differenza tra il mondo fisico del pleroma, dove le forze e gli urti costituiscono una base esplicativa sufficiente, e la *creatura*, dove non si può capir nulla senza invocare differenze e distinzioni? [...] Infrangete la *struttura che connette* gli elementi di ciò che si apprende e distruggerete necessariamente ogni qualità». <sup>33</sup>

Portando alle estreme conseguenze una simile considerazione, tuttavia, v'è stato chi è arrivato a negare alla comparazione una qualsivoglia autonomia definitoria od

---

<sup>31</sup> Cit. In Arbib – Hesse, op. cit. p. 78.

<sup>32</sup> G. Bateson, *Mente e Natura* (1979), Adelphi, Milano, 1984.

<sup>33</sup> Ivi, p. 20-21.

epistemica. Tutto è comparazione<sup>34</sup> – è stato detto – poiché è comparazione la stessa ricostruzione del campo dell'esperienza cognitiva: «È un nome per ogni e qualsiasi operazione per cui mezzo dei dati supposti o provvisori si determinano essere dati rispetto al problema proposto da una certa situazione indeterminata; per cui mezzo taluni fatti si determinano essere i fatti del caso in questione ed altri non esserlo [...] alcune realtà vengono trascelte e costituite in dati mentre altri materiali esistenziali vengono eliminati»<sup>35</sup>.

In questo senso generalissimo il diritto intero, o per lo meno le attività che lo riguardano, in ogni loro aspetto, potrebbero essere efficacemente rappresentate come un'interminabile successione di operazioni comparative. Il giurista, così come il giudice o il legislatore, nella loro opera di concettualizzazione, di costruzione dell'ordinamento giuridico, sono costantemente impegnati a definire le reciproche relazioni d'identità, d'appartenenza, di esclusione e di differenza tra classi, concetti o istituti giuridici, e ancora, tra istituti e pratiche giuridiche, tra regole e casi, tra norme e fatti. La definizione, la sistematizzazione, l'interpretazione e l'applicazione del diritto sono tutte attività *latu sensu* comparative poiché tutte si fondano, in ultima analisi, sulla determinazione di relazioni d'inclusione e di esclusione, d'appartenenza e di estraneità. Così è nel sillogismo giudiziale, laddove alla costruzione della premessa minore si addivene attraverso l'analisi comparativa tra il caso di specie e le caratteristiche astrattamente poste dalla premessa normativa; così è nella ponderazione tra principi, poiché il bilanciare, implica, anzitutto, il considerare comparativamente i principi considerati, al fine di accertarne la reciproca alterità, l'estraneità dell'uno all'altro. Così è nella determinazione del contenuto stesso di ciascun principio giuridico, se è vero quanto prima osservato a proposito della dialettica d'inclusione e d'esclusione che definisce l'area del concetto.

---

<sup>34</sup> In G. Gangemi, op. cit., p. 49-50. L'autore cita, in particolare, Dewey, laddove per comparazione intende *un nome per ogni e qualsiasi operazione per cui mezzo dei dati supposti o provvisori si determinano essere dati rispetto al problema proposto da una certa situazione indeterminata; per cui mezzo taluni fatti si determinano essere i fatti del caso in questione ed altri non esserlo.*

<sup>35</sup> J. Dewey, op. cit., p. 254-255.

Tuttavia, affermare che tutto sia comparazione, o che tutto il diritto sia in qualche modo comparativo, per quanto suggestivo possa essere e, nei limiti di cui s'è detto, teoricamente fondato, determina un'eccessiva dilatazione del nucleo concettuale del termine, sfocandone i margini di significato al punto da perderne di vista la specificità semantica.

Non è in questo senso, non sempre almeno, che si parla di comparazione a proposito del diritto. Ciò non significa disconoscere la rilevanza delle relazioni tra conoscenza, o conoscenza del diritto, e comparazione. Trascarle per non incorrere nel pericolo di una nozione eccessivamente ampia equivarrebbe a buttar via il bambino con tutta l'acqua. In particolare, se debitamente ridimensionata, e collocata in una più utile cornice di riferimento, l'idea della relazione tra comparazione e processi cognitivi, o tra comparazione e formazione dei concetti, come si vedrà al termine di questo lavoro, offrirà uno spunto di estremo interesse alla comprensione del senso del raffronto nell'ermeneutica giudiziale, specie quando essa ha a che fare con la costruzione dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali. Ma per far ciò, sarà prima necessario avere riguardo alla nozione di comparazione come metodo.

### ***1.3. Il metodo comparativo nell'indagine scientifica***

Nei paragrafi precedenti ci siamo occupati della nozione debole di comparazione – cui corrisponde una tesi epistemologica forte secondo cui *tutto è comparazione* – e della nozione di senso comune secondo cui per comparazione è da intendersi quell'operazione di carattere mentale, linguistico e, talvolta, empirico che consiste nell'operare *un confronto intenzionale* tra due o più termini al fine di stabilire, tra di essi, una relazione di somiglianza o differenza.

A fianco di queste due nozioni v'è né una terza, più tecnica, che costituisce, in qualche misura, una specificazione della nozione di senso comune e che vede nella comparazione un preciso metodo di ricerca scientifica, il metodo comparativo, appunto.

La configurabilità di una simile nozione, tuttavia, è stata foriera, sino in tempi recenti, di forti perplessità legate a due diversi ordini di ragioni.

V'è stato chi per un verso, accogliendo l'idea generale secondo cui la comparazione è la componente essenziale di qualsiasi processo cognitivo – *l'Il n'ya rien que l'esprit humain fasse si souvent que des comparaisons* della Grande Encyclopédie – ne ha escluso, per ciò solo, qualsivoglia autonomia epistemica<sup>36</sup>. In quanto *fondamento dell'atto stesso del conoscere*, modo originario attraverso cui la mente umana opera la selezione, l'analisi e l'elaborazione dei dati sensibili a fondamento del sapere, essa non godrebbe di alcuna autosufficienza concettuale, nel novero dei metodi scientifici, costituendo, piuttosto, il principio informatore di ciascuno di essi. Lungi dall'essere un autonomo criterio di analisi ed elaborazione dei dati, la comparazione avrebbe, al contrario, rango di *minimo comun denominatore* della metodologia scientifica, *quid communis* che coglie un principio d'identità tra operazioni tra loro distinte per obiettivi, forme e ambiti di competenza<sup>37</sup>. Corollario di un simile assunto è che non abbia senso qualificare una disciplina come *comparata*, così come si fa con certi rami dell'indagine linguistica, politica, giuridica, o la letteraria, poiché tutte la ricerca scientifica è, per sua natura, *implicitamente comparata*<sup>38</sup>.

Altri autori<sup>39</sup>, meno drasticamente, hanno riconosciuto al metodo comparativo una sorta di autonomia “relativa”, attribuendogli la natura di surrogato dell'analisi sperimentale<sup>40</sup> nella ricerca sociale.

---

<sup>36</sup> Così, ad esempio, in J. Dewey, op. cit.

<sup>37</sup> Così Cécile Vigour rileva: «le méthode comparative présente trois caractéristiques communes aux sciences sociales, comme le résume Madeleine Grawitz : d'une part elle ne dispose pas de procédure technique particulière. Elle est utilisée par toutes les sciences sociales. D'autre part, le méthode comparative est également employée à tous les stades de la recherche. Enfin, elle trouve sa place à tous les niveaux de la recherche, la description, la classification et l'explication[...]loin d'être seulement une méthode, la comparaison est plus largement une stratégie d'enquête et de recherche qui imprègne l'ensemble de la démarche du chercheur, de la définition de la problématique au choix du terrain, en passant par la construction des données, leur analyse et leur explication», C. Vigour, la comparaison dans les sciences sociales, Ed. La Découverte, Paris, 2005.

<sup>38</sup> R. Fideli, op. cit., p. 33-34, citando posizioni quali quelle espresse da Cassirer, Levy e Swanson.

<sup>39</sup> Una ricostruzione della posizione di tali autori – Mill, Durkheim, Przewoski e Teune, Dogan, Pelassy, Feeley, Sartori – si trova in Cécile Vigour, op. cit., p. 126 e ss.

L'indagine sociale, a differenza di quella empirica, o delle scienze naturali, offre al ricercatore un oggetto di studio insuscettibile, in linea di massima, di essere variato intenzionalmente per scopi scientifici. Ipotizziamo che s'intenda vagliare l'ipotesi di una relazione di causalità tra la condizione di clandestinità dei cittadini stranieri e la disposizione a delinquere, o tra il tasso di suicidi dei lavoratori subordinati e la gravosità delle loro condizioni di lavoro, o, ancora, tra la riduzione della propensione al suicidio femminile e lo stato di gravidanza. Sarebbe impensabile, in casi simili, riprodurre le condizioni ambientali ipotizzate alla base della spiegazione del fenomeno al solo fine di verificarne la correttezza o meno. Ragioni etiche, oltre che pratiche, lo impedirebbero. La ricerca, allora, lungi dal confidare su risultati sperimentali, affiderà le proprie deduzioni a dati direttamente estratti dalla realtà sociale, raffrontando tra loro situazioni simili per ipotesi, computandone i livelli di frequenza, al fine di valutare l'incidenza delle supposte variabili e determinarne i reciproci nessi eziologici.

In una simile prospettiva, la comparazione interverrebbe, pertanto, a colmare il vuoto lasciato dall'analisi sperimentale, quale metodo – rileva Sartori – «di controllo delle nostre generalizzazioni, previsioni, o leggi del tipo *se...allora* [...] sul quale siamo costretti, il più delle volte, a ripiegare quando l'esperimento è impossibile e quando mancano dati pertinenti e sufficienti per un trattamento statistico»<sup>41</sup>,

---

<sup>40</sup> A. Lijphart, Il metodo della comparazione, Rivista italiana di scienza politica, Il Mulino, Bologna, 1971, p. 75.

<sup>41</sup> Sartori, La politica comparata: premesse e problemi, in Rivista Italiana di scienza politica, Il Mulino, Bologna, 1971, p.8.

Analogamente, Neil Smelser contrappone al *metodo sperimentale*, o della manipolazione empirica, la statistica e la comparazione Tali metodi, pur insistendo su entità numeriche distinte e generando, per conseguenza, un diverso livello di affidabilità dei risultati – la statistica garantirebbe esiti più attendibili in ragione del maggior numero di casi considerati – risultano comunque accomunati dal contenuto *neutrale* dell'intervento del ricercatore, limitato alla pura e semplice verifica, *descrittiva e sistematica*, della frequenza di accadimento dei fenomeni sociali a parità di condizioni ambientali (*ceteris paribus*).

«Quando il numero dei casi è troppo piccolo per consentire un'elaborazione statistica, il metodo statistico può essere sostituito con un metodo un po' meno affidabile: la descrizione comparativa sistematica, o metodo comparativo propriamente detto[...] Tutte le strategie di ricerca menzionate comportano un qualche tipo di confronto tra casi che manifestano una certa variazione[...] La differenza tra i metodi di ricerca descritti consiste nel modo in cui si genera la variazione empirica da analizzare» N. Smelser, Enciclopedia delle scienze sociali, op. cit.

Anche in A. Lijphart, op. cit.: «Il metodo comparato richiama quello statistico sotto ogni riguardo eccetto uno: la differenza fondamentale è che il numero dei casi è troppo ridotto per permettere un controllo sistematico a mezzo di correlazioni parziali».

Muovendo da assunti simili è invalsa, a lungo, la prassi di riportare l'intera analisi del metodo comparativo ad una disamina dei cinque canoni della causalità elaborati da John Stuart Mill<sup>42</sup>.

Tuttavia, l'idea che il metodo comparativo sia il surrogato dell'esperimento al servizio dell'indagine sociale si scontra, anzitutto, con un'obiezione di carattere generale, che ha a che vedere con la natura delle scienze sociali. È davvero opportuno ridurre il campo d'azione della ricerca sociale ad un'indagine sulla causalità? E, ancora prima, è opportuno applicare la nozione di causalità a fenomeni di origine generalmente intenzionale quali sono i comportamenti umani<sup>43</sup>?

Il *principio di casualità sociale* assume, infatti, che i fatti ed i comportamenti umani rispondano a criteri di necessità logica ed ontologica mutuati su quelli propri delle scienze naturali, trascurando o annullando del tutto il peso delle variabili soggettive

---

<sup>42</sup> Si rinvia, a tal riguardo, alla cospicua letteratura disponibile. In breve, secondo il canone della concordanza *se due o più casi del fenomeno che stiamo indagando hanno una circostanza in comune, la sola circostanza per la quale tutti i casi concordano è la causa (o l'effetto) del fenomeno dato*; Stando al canone della differenza, *se un caso in cui il fenomeno che stiamo indagando accade e un caso in cui non accade hanno tutte le circostanze in comune eccettuata una e quest'una si presenta soltanto nel primo caso, quella sola circostanza in cui i due casi differiscono è l'effetto, o la causa, o una parte indispensabile della causa del fenomeno*; Il canone congiunto della concordanza e della differenza asserisce che *se due o più casi in cui il fenomeno accade hanno soltanto una circostanza in comune, mentre due o più casi in cui il fenomeno non accade non hanno nulla in comune eccettuata l'assenza di quella circostanza, allora quell'unica circostanza, rispetto alla quale i due insiemi di circostanza differiscono, è l'effetto, o la causa, o una parte consistente della causa del fenomeno*; secondo il canone dei residui *si sottragga da un fenomeno quella parte che, da induzioni precedenti, si sa essere l'effetto di certi antecedenti: il residuo del fenomeno sarà l'effetto degli antecedenti che restano*; Il canone delle variazioni concomitanti, per concludere, propone che *qualunque fenomeno, che vari in un qualche modo qualsiasi ogni volta che un altro fenomeno varia in qualche modo particolare, è una causa o un effetto di quel fenomeno, o è connesso a quel fenomeno mediante qualche fatto di causazione*, in *A system of Logic, A System of Logic - Ratiocinative and Induttive*, pubblicato per la prima volta nel 1843, Parker, London.

Osserva Lijphart a riguardo: «L'enunciazione che Mill fece del metodo delle variazioni concomitanti è spesso invocata come prima formulazione del moderno metodo comparato. Bisogna però aggiungere che Mill non riteneva che i metodi della differenza e delle variazioni concomitanti potessero essere applicati nelle scienze sociali perché non era possibile trovare casi sufficientemente simili[...]Queste obiezioni sono provocate da un rigore scientifico troppo spinto – quello che Sartori chiama *modo di pensare iperconsapevole*. È importante tenere presente, ad ogni modo, che nella ricerca di casi comparabili questo rigore dovrebbe essere imitato nel modo più prossimo possibile».

Non sono mancate le critiche ad un simile approccio riduzionista: si veda, ad esempio, l'articolo di Alessandro Bruschi, *Comparazione e controllo logico*, in *La comparazione nelle scienze sociali*, a cura di G. Sartori e L. Morlino, il Mulino, Bologna, 1991, p. 77 e ss.; anche Roberto Fideli, *La Comparazione*, op. cit., p. 72 e ss.

<sup>43</sup> Si veda sul punto, V. Villa, *Il positivismo giuridico, metodi, teorie e giudizi di valore*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 4 e ss.

legate alla volontà, all'interesse, alla strategia, alla motivazione, alla scelta, al significato che, al contrario, costituiscono parte essenziale dei presupposti dell'azione umana.

Discutibile appare altresì l'idea, che viene fuori da una simile impostazione, che la comparazione sia un'operazione di carattere sistematico-descrittivo al servizio di una qualche idea di *conoscenza oggettiva del tipo se...allora*; che l'intervento del ricercatore abbia il carattere della *neutralità*, rispetto all'oggetto d'indagine; che esso si limiti alla pura e semplice *scoperta di una legge* attraverso, un'*operazione computazionale*; attraverso la verifica della frequenza di accadimento del fenomeno sociale a parità di condizioni ambientali (*ceteris paribus*). Sarebbe un'ingenuità pensarlo, come già Gadamer rimproverava a Dilthey<sup>44</sup>. La scelta dei casi, l'identificazione delle proprietà rilevanti, così come la formulazione dell'ipotesi oggetto di verifica, sono tutte attività in qualche misura *selettive* che definiscono attivamente il campo d'esperienza direzionandolo verso determinati risultati. Ma senza che ci si addentri oltre, almeno per il momento, nel merito della questione, giova peraltro rilevare che, in tempi recenti, contro una simile idea è stata mossa una ben più essenziale obiezione legata ad una caratteristica peculiare della comparazione: il suo pluralismo teleologico.

«Se si restringe la comparazione alla spiegazione – osserva Fideli<sup>45</sup> – alcune attività che fanno parte dell'estensione del concetto di comparazione restano prive di un'etichetta terminologica; ad esempio rilevare somiglianze e differenze, oppure ricostruire le diverse fasi di un processo di sviluppo. La spiegazione causale può essere un obiettivo della comparazione [...] ma possiamo comparare anche con altre finalità (ad esempio concettualizzare e classificare settori dell'esperienza oppure mettere in risalto le differenze tra gli oggetti)».

---

<sup>44</sup>«Egli fonda esplicitamente l'uso dei metodi comparativi nelle scienze dello spirito sul fatto che il loro compito è quello di oltrepassare i limiti accidentali che sono rappresentati dall'ambito limitato della propria particolare esperienza per innalzarsi a *verità fornite di una più larga generalità*[...]Questo è uno dei punti più problematici della sua teoria. La comparazione implica che si presupponga già l'indipendenza del soggetto conoscente», H.G. Gadamer, *Verità e Metodo* (1960), Bompiani, Milano, 2004.

<sup>45</sup> Op. cit. p. 32-33. Si veda anche Marradi nell'introduzione a Smelser, op. cit.



Ora, la tesi del pluralismo teleologico, per quanto utile a rivendicare l'autonomia scientifica del metodo comparativo rispetto all'analisi sperimentale, non è ancora sufficiente a chiarirne le ragioni di specificità epistemica. Al contrario. Allargare di tanto lo spettro degli obiettivi della comparazione, senza altro aggiungere, rende difficile a cogliersi la soglia tra il metodo comparativo e la nozione debole di cui s'è detto nello scorso paragrafo<sup>46</sup>, tra le discipline comparate e quelle che tali non sono. Non c'è dubbio che l'indagine eziologica implichi operazioni mentali e/o empiriche di raffronto, come anche la classificazione o la ricostruzione delle fasi di un processo di sviluppo, l'identificazione o la differenziazione, e ciò tanto nelle scienze umane quanto in quelle naturali, quanto, ancora, nella vita quotidiana. *Tutto è comparazione*, in questo senso – l'abbiamo già rilevato. Tuttavia, chi parla di comparazione in termini di metodo, è ad un'accezione più ristretta e ben più precisa che si riferisce.

In quanto metodo, la comparazione è un modo non casuale di accostarsi all'oggetto della ricerca; è l'insieme delle regole che guidano la scelta, l'osservazione ed il trattamento dei dati, alla luce di una precisa strategia d'indagine, con la convinzione che da essa strategia derivi un valore aggiunto, in termini di conoscibilità dell'oggetto, non altrimenti conseguibile. Si tratta, allora, di chiarire in cosa consista una simile strategia e su quali regole essa poggi.

Nel celebre saggio già più volte citato, Giovanni Sartori osservava, a proposito della politica comparata, che l'interesse per la comparazione nasce quando allungiamo lo sguardo *extra moenia*. Una disciplina comparata è tale nella misura in cui essa si vanta di spingere lo sguardo dell'osservatore *oltre le mura della città*, oltre ciò che è noto, ordinario, che tradizionalmente le appartiene. Tuttavia, continua Sartori, «allargare le conoscenze non è ancora comparare, e [...] non è detto che chi studia più di un solo paese sia per ciò stesso un comparatista»<sup>47</sup>. E di un'analoga rivendicazione si faceva promotore, più o meno negli stessi anni, Gino Gorla, riferendosi al *diritto comparato*: «troppo spesso istituti, scuole, corsi di *diritto*

---

<sup>46</sup> Non a caso lo stesso Fideli mette in dubbio la felicità dell'espressione *metodo comparato*, op. cit. p. 77.

<sup>47</sup> Sartori, op. cit. p. 15-16.

*comparato* sono in realtà istituti, scuole, corsi di diritto straniero, con qualche cenno sparso di diritto comparato[...] e tutto ciò si chiama *diritto comparato* e a forza di chiamarlo così, diventa il *diritto comparato*»<sup>48</sup>.

L'approccio comparativo, pertanto, implica, per un verso, lo *studio* dell'esotico, dell'*altro*, del *diverso*. E tuttavia esso è decisamente più che questo. Potrebbe essere utile, al fine di meglio comprendere il senso della metodologia comparativa, soffermarsi nuovamente sulla metafora delle mura. La prospettiva di partenza del comparatista è lo sguardo all'interno della città. Questi ne conosce la struttura, gli elementi compositivi, le specificità legate al territorio. Dall'alto delle mura allunga lo sguardo *extra moenia* e tuttavia, poiché l'unico bagaglio di conoscenze di cui dispone è quello legato al proprio contesto d'origine, alla città, per comprendere genuinamente ciò che la visione *extra moenia* gli offrirà alla vista, avrà necessità di studiarne le specificità mutando, nei limiti del possibile, prospettiva: assumerà, pertanto, una prospettiva esterna alla città. Conclusa questa fase, il comparatista tornerà a guardare la propria città con uno sguardo nuovo e più ricco, carico delle suggestioni che la conoscenza della diversità gli ha regalato. La prospettiva di partenza verrà in tal modo integrata da una visione diversa, che è quella che dall'esterno si rivolge verso l'interno.

In questo senso Gino Gorla<sup>49</sup> ha definito la comparazione, come già anticipato, come un «processo *quasi circolare* di conoscenza che va dall'uno all'altro termine e dall'altro ritorna sull'uno e così via; e arricchisce sempre più la conoscenza dell'uno e dell'altro, per i caratteri individuali di ciascuno di essi (che risultano e possono risultare soltanto dal raffronto, poiché non si dà l'*individuo* senza l'*altro*) e per i caratteri comuni».

Il metodo comparativo è, in questo senso, la strategia dell'alterità, è lo studio del sé attraverso lo sguardo dell'altro e viceversa, ed è in questo aspetto che ne va affermata la peculiarità concettuale. *Comparer incite d'abord* – osserva Cécile Vigour – à

---

<sup>48</sup> G. Gorla, Enciclopedia del Diritto, op. cit.

<sup>49</sup> G. Gorla, Diritto Comparato, in Enciclopedia del Diritto, XII, p. 928.

*rompre avec les catégories de pensée habituelles, à se décentrer via-à-vis d'idées a priori et de celles qui sont véhiculées par sa propre culture.*<sup>50</sup>

E ancor più radicalmente Neil Smelser rileva: «fra le ragioni che hanno portato allo sviluppo di un metodo più o meno scientifico di analisi comparativa c'è il desiderio di raggiungere *l'imparzialità*, ovvero di affrancarsi da tutte le suddette emozioni, eccettuata la curiosità».<sup>51</sup>

L'*altro*, pertanto, come salvacondotto per l'imparzialità.

Una simile strategia, com'è ovvio, non è immune da obiezioni. Può anzitutto rilevarsi come del tutto utopica sia l'idea di raggiungere una prospettiva completamente esterna alla città. Le griglie concettuali che il comparatista, *prima facie*, utilizzerà nell'osservazione del termine di raffronto non potranno, infatti, che derivare, ed essere, pertanto, contaminate dal suo sguardo interno, dal modo in cui è solito concepire la realtà che lo circonda e che ha un'ineludibile matrice locale. Più in generale, è l'idea che si possa aspirare ad uno sguardo imparziale che risulta debole. Ciò è ancor più evidente se si considera che oggetto dell'attenzione del comparatista sono prevalentemente fatti sociali quali la politica, la lingua, la letteratura o il diritto, fatti dotati di un'esistenza prima di tutto culturale, la cui comprensione si colloca all'interno di precise cornici di significato strettamente radicate al territorio o, più in generale, al contesto. L'alienazione del comparatista, così intesa, il superamento del suo punto di vista interno, in altri termini, non è attività che la mente umana possa seriamente aspirare di raggiungere. In questo senso Gino Gorla, a proposito della comparazione giuridica, ha rilevato che «lo studio del diritto non ancora conosciuto è già comparazione, sia pure in abbozzo, *in nuce*, anche se non è la comparazione desiderata».<sup>52</sup>

In secondo luogo, se anche volesse ammettersi la possibilità logica di un percorso di conoscenza che passi per la perdita della propria soggettività culturale, un tale traguardo non sarebbe comunque garanzia d'imparzialità. Certamente guardarsi con gli occhi di un altro può contribuire a ridimensionare, o a riconsiderare, il significato

---

<sup>50</sup> Op. cit. p. 100.

<sup>51</sup> N. Smelser, in Enciclopedia delle scienze sociali, op. cit.

<sup>52</sup> G. Gorla, op. cit. p. 931.

attribuito a taluni fenomeni – si pensi al rilievo dato dalla società occidentale alla proprietà privata, alla centralità dell'individuo, alla prevalenza del concetto di diritto su quello di dovere – ma piuttosto che di uno sguardo imparziale, in casi simili, sarà di una nuova parzialità che il soggetto verrà a dotarsi, quella dell'altro.

L'idea d'imparzialità richiamata, postula, al contrario, il superamento non soltanto di una ma di entrambe le soggettività coinvolte, nella convinzione che nel momento della transizione dall'una all'altra si allochi lo *sforzo titanico* del soggetto, partecipe, eppur estraneo, tanto dell'una, quanto dell'altra. Ma ancora una volta un simile sforzo non sembra alla portata di essere umano.

Tuttavia, se si rinuncia all'idea d'imparzialità a favore di una nozione più debole di *parzialità costitutiva*, allora la comparazione può essere collocata sotto una luce diversa. Il comparatista si sposta dall'uno all'altro termine assumendo, nei limiti del possibile, la prospettiva che ciascun termine gli offre per guardare all'altro. Ipotizziamo che questi intenda analizzare sotto un profilo comparativo due termini, X ed Y. L'analisi passerà per una fase preliminare in cui ciascun termine del raffronto verrà individualmente considerato onde determinarne le caratteristiche sue proprie. Nell'esempio considerato X presenterà caratteristiche a,b,c,d,ed e mentre Y presenterà le caratteristiche a,b,d,h,i. È chiaro che essendo normalmente il primo dei termini considerati quello già noto al comparatista, in quanto termine proprio del suo contesto d'appartenenza, come osservato in precedenza questo interferirà con la determinazione dei criteri di rilevanza delle caratteristiche proprie del secondo termine, quello ignoto. In un secondo momento si tratterà di determinare ciò che X ed Y hanno in comune e ciò che li distingue, vale a dire:

- X – Y: (a,b);
- X:    -(d,h,i);
- Y:    -(c, d, e).

La strategia dell'alterità consisterà nel superare la dimensione individuale di X, e cioè la sua descrizione nei termini di a,b,c,d,ed e, per ricostruirne l'identità alla luce di ciò che la distingue da Y (cioè -d,-h,-i); e viceversa, nel ricostruire l'identità di Y a partire da ciò che la distingue da X (-c, -d, -e). In tal modo s'inescherà un

processo di mutua fertilizzazione della conoscenza dei due termini che sposterà l'analisi su ulteriori livelli d'indagine quali, ad esempio, la valutazione dell'ipotesi di una comune origine dei termini; le ragioni della distribuzione delle caratteristiche; la verifica, tra di esse, di relazioni di analogia o omologia, se, davvero, in altri termini, si tratti di caratteristiche sostanzialmente distinte oppure no; la costruzione di nuove ipotesi di lavoro (se X avesse d...) e così via. È in questo insieme di elementi che va, pertanto, affermata la peculiarità della comparazione come metodo specifico della ricerca scientifica.

### ***1.3.1 Metodo comparativo e conoscenza giuridica: la questione del punto di vista***

Abbiamo già avuto modo di rilevare come non sempre sia chiaro in che senso si parli di comparazione a proposito del diritto. Talvolta, infatti, è all'idea del confronto volontario e consapevole che ci riferisce, come nel caso di espressioni quali *scrittura di comparazione* o *giudizio di comparazione tra attenuanti ed aggravanti*, cui s'è già fatto cenno. In altri casi è la nozione debole che viene richiamata, la comparazione intesa quale *forma fondamentale della conoscenza giuridica*, così com'è dato rilevare nelle parole di Zweigert e Kötz<sup>53</sup> a proposito della definizione di diritto comparato: «Se con ciò s'intendesse una comparazione di diversi principi dello stesso sistema giuridico nazionale, così come di diversi precetti del codice civile, allora non si potrebbe discernere in che maniera il diritto comparato potrebbe aggiungere qualcosa di particolare al campo della consueta attività giuridica. Poiché è proprio il compito quotidiano di ciascun giurista quello di mettere le norme del proprio sistema giuridico a contatto tra loro, di armonizzarle e così anche di compararle per fornire una base a decisioni concrete o a nozioni teoriche».

---

<sup>53</sup> K. Zweigert e H. Kötz, *Introduzione al Diritto Comparato* (1984), Giuffrè, Milano, 1992, p.2.

Da ultimo – ed è questa, verosimilmente, l’accezione di più largo utilizzo – per comparazione s’intende uno specifico metodo dell’indagine giuridica: il metodo comparativo.

Analogamente a quanto accaduto in altri contesti scientifici, anche nel diritto la nozione di metodo comparativo è stato a lungo il soggetto di un ampio ed estenuante dibattito.

La discussione si polarizzò ben presto su due posizioni opposte: Vi erano per un verso quanti, in massima parte di estrazione non comparatista, riconoscevano nel metodo comparativo uno strumento di ricerca a carattere trasversale, utile, al pari di altri, pressoché in ogni settore dell’esperienza giuridica. Una simile idea veniva peraltro suffragata dall’evidente carenza, per gli studi comparativi, di un autonomo campo d’indagine scientifica.

Sul fronte opposto si schieravano coloro che, spinti dal timore che si declassasse a metodo ciò che ha rango di scienza, ne rivendicavano l’autonomia scientifica muovendo da due obiezioni di fondo:

I) Il pluralismo metodologico della ricerca comparativa: «Chi dica che la comparazione è un metodo – rilevava Rodolfo Sacco – ha una visione riduttiva del metodo della comparazione perché non coglie che si possono usare più metodi nel comparare, e che non esiste il metodo puro del comparare». <sup>54</sup>

II) L’autonomia dell’oggetto: il diritto comparato dispone di un autonomo campo d’indagine variamente individuato, a seconda delle funzioni riconosciute alla comparazione, nello studio *dei modelli giuridici, delle loro dissociazioni, omologazioni e relazioni di corrispondenza* <sup>55</sup>; nei programmi di riforma normativa; nei progetti d’unificazione; nell’indagine sul diritto comune, o sul diritto naturale, e in altro ancora.

La querelle metodo-scienza, tuttavia, perse ben presto d’interesse. A ben vedere, infatti si tratta di una questione mal posta, che poggia sul presupposto errato della dicotomia concettuale tra metodo e disciplina. In realtà, come già rilevava Sacco,

---

<sup>54</sup> Ivi.

<sup>55</sup> R. Sacco, *Introduzione al Diritto Comparato*, Utet, Torino, 1992, p. 10-11.

ogni disciplina, è in parte scienza ed in parte metodo<sup>56</sup>; A maggior ragione, si può aggiungere, nel caso delle discipline comparate, laddove l'interazione tra metodo e l'oggetto è talmente forte ed evidente da fare del *come*, prima ancora che un criterio d'indagine, una vera e propria etichetta definitoria.

Ciò nonostante, si può opportunamente distinguere tra una nozione stretta di comparazione giuridica, intesa quale metodo di ricerca che consiste nel raffronto tra ordinamenti giuridici distinti; ed un'accezione più ampia, con la quale si va a designare il complesso delle questioni, dei problemi, dei criteri d'indagine e degli obiettivi che connotano il campo dell'indagine giuscomparativa.

Ciò detto, quando si parla di comparazione giuridica, tanto nell'uno quanto nell'altro senso, fatte salve poche eccezioni<sup>57</sup>, ci si suole riferire alle operazioni di raffronto che coinvolgono non semplicemente due ordinamenti distinti e comunque considerati, bensì il diritto *proprio* e quello *altrui*, nonché, nell'accezione ampia, all'insieme delle questioni ed dei problemi che simili operazioni sollecitano. In ragione di ciò ai due termini di raffronto ci si riferisce, altrimenti, con le locuzioni di *termine noto*, in quanto diritto d'appartenenza del comparatista e pertanto, presuntivamente conosciuto, e *termine ignoto*<sup>58</sup>, altrimenti detto *diritto straniero*.

---

<sup>56</sup> A conclusioni opposte perveniva René David rilevando come «Il diritto comparato non è altro che un metodo – il metodo comparativo – applicato per comparare tra loro più ordinamenti giuridici distinti e interessa tutti i giuristi, in qualunque branca del diritto si siano specializzati», in Enciclopedia delle Scienze Sociali, Vol. II, voce “Comparazione Giuridica”.

<sup>57</sup> Gorla critica l'abitudine di ridurre la comparazione giuridica ad un raffronto tra diritto nazionale e diritto straniero, rilevando come ampio spazio abbia la comparazione tra diritti del presente e del passato, o tra diritti del passato o, ancora tra diritti stranieri del presente : «Il diritto comparato sembra così ridursi al gioco tra diritto nazionale e diritto straniero o allo studio del diritto straniero come preparazione alla comparazione con il nazionale [...]ma il diritto comparato non si riduce a questa comparazione», in op. cit., p. 8.

Tuttavia mi pare più opportuno, per gli scopi che m'interessano, lasciare la comparazione diacronica all'area degli studi storici . per quanto concerne la comparazione tra diritti stranieri, ben può darsi una simile forma di comparazione, questo è chiaro. Ma anche in questo caso il comparatista non potrà che passare da una fase preliminare ed implicita di comparazione con il proprio diritto nazionale, poiché e da questo terreno, in quanto unico noto in principio, che muove i passi nell'indagine sui diritti stranieri che è presupposto per le successive operazioni comparative.

Anche René David dedica una parte del già citato saggio alla comparazione interna, quella, vale a dire, tra porzioni del medesimo ordinamento.

<sup>58</sup> È chiaro tuttavia, che, se al momento della comparazione è necessario che entrambi i termini siano, almeno in parte noti, l'espressione *termine ignoto* va riferita a quella fase che precede la comparazione

Nonostante la dottrina giuscomparatista sia unanime nel sottolineare la differenza sostanziale che scorre tra l'indagine comparativa da un lato e lo studio del diritto straniero, dall'altro<sup>59</sup>, dal momento che, com'è chiaro, *non si può comparare ciò che si conosce con ciò che non si conosce*<sup>60</sup>, buona parte degli sforzi dei comparatisti vengono investiti, in effetti, nei processi di ricostruzione del termine ignoto e nel superamento dei problemi ad esso collegati.

È bene precisare che l'espressione *diritto straniero*, per come qui ricorre, non va confusa con l'omologa in uso nel diritto internazionale privato. In tale contesto essa designa il diritto di un altro ordinamento nazionale chiamato, per tramite di una norma interna di rinvio, a disciplinare fattispecie giusprivatistiche connotate da elementi di estraneità. Si tratta, pertanto, di una norma valida e vincolante in entrambi gli ordinamenti considerati poiché il meccanismo del rinvio le garantisce una sorta di seconda genesi normativa, seppur ad un livello derivato. Al giurista *interno* la questione del diritto straniero si pone, pertanto, nei termini di *diritto di chi*. Di caratteristiche simili il diritto straniero, per come inteso nell'accezione giuscomparatista, è sprovvisto. Esso vale più propriamente a designare, come si diceva, l'elemento sconosciuto e *altro*, il diritto *alieno*, il termine ignoto. La questione rilevante, in tale caso, non sarà più, pertanto, quella del *diritto di chi*, bensì del *diritto secondo chi*:

«If, intervening as a comparatist – si domanda Pierre Legrand – I try to reproduce, to re-present, to present anew, the experience of law as lived in a foreign legal order, what am I supposed to achieve? Should I try to convey a sense of foreigner's vision of *her* law? In other words, am I to attempt to reproduce the way in which an Italian

---

vera e propria cui s'è fatto cenno nel paragrafo precedente, e che ha ad oggetto lo studio individuale del diritto altrui

<sup>59</sup> *Vederne ed intenderne le differenze e/o le somiglianze*: G. Gorla, op. cit., p. 2. L'autore, in effetti, critica una definizione puramente lessicale quale quella sopra citata, ritenendo opportuna un'analisi della pratica del diritto comparato al fine di coglierne l'essenza. E tuttavia, almeno per il momento, la definizione lessicale è del tutto adeguata ai fini che ci proponiamo.

<sup>60</sup> Gorla, *Enciclopedia del Diritto*, op. cit. p. 931.



lawyer sees Italian law, or am I to reproduce Italian law as I see it from my Canadian standpoint?»<sup>61</sup>.

Un simile interrogativo presuppone, com'è chiaro, l'idea che la *cultura giuridica* sia direttamente responsabile del modo in cui il diritto è raffigurato così che, in ultima analisi, non solo non esiste un unico concetto di diritto ma, per di più, il diritto italiano, descritto da un giurista italiano, potrebbe essere cosa diversa rispetto al medesimo diritto per come descritto da un giurista canadese. La questione da chiarire, allora, è se esista, o meno, un modo corretto, o per lo meno un punto di vista privilegiato, da cui guardare al diritto.

Nelle pagine iniziali de *La costruzione della realtà sociale* John Searle osserva: «Il fatto che io sono un cittadino degli Stati Uniti, che il pezzo di carta che ho in tasca è una banconota da cinque dollari, che mia sorella più giovane si è sposata il 14 dicembre, che ho una proprietà a Berkley, e che i New York Giants hanno vinto il Superboal nel 1991[...]contrasta con fatti di quest'altro genere: il fatto che il monte Everest presenta ghiaccio e neve sulla cima, o che gli atomi d'idrogeno hanno un elettrone, questi sono fatti totalmente indipendenti da ogni opinione umana».<sup>62</sup> Ci sono fatti, in altri termini, detti *umani*<sup>63</sup>, o *istituzionali*<sup>64</sup>, che esistono nella misura in cui «noi crediamo che esistano»<sup>65</sup>; e altri fatti, detti *bruti* o *naturali*, la cui esistenza, al contrario, è in qualche misura indipendente da un sistema di credenze collettive.

---

<sup>61</sup> Pierre Legrand, How to compare now? (1996) 16 Legal Studies, Issue 2, Pages 232 – 242. Addivenendo a conclusioni analoghe Geoffrey Samuel pone l'attenzione sulla rilevanza del piano ontologico ed epistemologico nella ricerca comparata: *Ontology, then, deals with what exists while epistemology poses the following basic question: what is it to have knowledge of law? These ontological and epistemological dimensions become strikingly evident the moment one poses the two fundamental questions associated with the term comparative law. What is meant by comparison? And what is meant by law?* Epistemology and comparative law: contribution from science and social science, in M. Van Hoecke, Epistemology and Comparative Law, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2004, p. 35 e ss.

<sup>62</sup> J. Searle, *La costruzione della realtà sociale* (1955), Einaudi, Milano, 2006, p. 7.

<sup>63</sup> V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie, giudizi di valore*, Giappichelli, Torino, 2004.

<sup>64</sup> Searle parla negli stessi termini di fatti istituzionali: J.R.Searle, op. cit.

<sup>65</sup> Ivi

L'esistenza dei fatti umani – osserva Vittorio Villa – è legata ad un duplice livello di significato.<sup>66</sup> Essi presentano, per un verso, una qualche forma di manifestazione esteriore, un substrato materiale che li rende passibili di osservazione empirica alla stregua dei fatti bruti – una banconota può essere descritta come un pezzo di carta colorata, così come un matrimonio, o l'iter di approvazione di una legge, come un insieme di comportamenti umani variamente cadenzati. Ma a fianco di un simile livello d'esistenza se ne aggiunge uno ulteriore, che discende dal significato che un insieme d'individui, una collettività, un'istituzione umana, nelle parole di Searle, attribuisce all'oggetto o al comportamento e che fa sì che il pezzo di carta colorata sia *una banconota*, che il complesso di comportamenti di un gruppo d'individui sia un matrimonio, o una procedura di approvazione di una legge, e così via.

L'identificazione e la comprensione del secondo livello d'esistenza richiedono che si (ri)conosca l'insieme di relazioni di significato che l'oggetto, o l'insieme di comportamenti, *intrattiene con gli agenti che l'hanno prodotto*<sup>67</sup>. «Chi non conosca il gioco degli scacchi, nemmeno per approssimazione – osserva ancora Villa – e veda due persone sedute, con al centro un oggetto di legno quadrato, che fanno strani movimenti con dei pezzettini di legno sopra quell'oggetto, non arriverà mai a comprendere, attraverso la mera osservazione empirica, che quelle persone stanno giocando ad un gioco e che alcuni loro comportamenti equivalgono a delle *mosse del gioco*».<sup>68</sup>

Comprendere l'essenza dei fatti umani, pertanto, accertarne la natura, definirne i caratteri, postula, che se ne (ri)conoscano le *regole di gioco*; che se ne determini il senso alla luce di ciò che essi sono (già) chiamati ad esprimere all'interno di un determinato contesto di riferimento.

Alla stessa maniera il diritto, poggia la propria esistenza su sistemi complessi e differenziati di credenze collettive. Conoscere il diritto, abbracciarne la natura, definirne i confini vuol dire decifrarne i segni alla luce del sistema di credenze e significati su cui esso è permeato, della cultura giuridica che ne è, in qualche misura,

---

<sup>66</sup> V. Villa, op. cit. p. 5-6.

<sup>67</sup> V. Villa, *ivi*.

<sup>68</sup> Searle, op. cit., p. 7.

matrice. Parrebbe pertanto, stando a simili considerazioni, che, al di là dei risultati cui si giunge, ci sia, in effetti, un modo corretto di conoscere il diritto.

Ora, chiarito ciò, si pone un ulteriore problema: quando la conoscenza del diritto non è fine a sé stessa bensì strumentale alla comparazione, valgono le medesime considerazioni? Il comparatista, in altri termini, nell'indagine sul diritto straniero, è comunque tenuto ad immedesimarsi nel punto di vista del *partecipante* o può, piuttosto, mantenere la prospettiva dell'*osservatore esterno* che guarda al diritto altrui attraverso gli strumenti concettuali di sempre, di cui la propria cultura giuridica lo ha dotato? E ancora più alla radice, può il giurista straniero immedesimarsi nel punto di vista del partecipante ad un diverso ordinamento nazionale?

A lungo i comparatisti hanno condiviso la preoccupazione che il giurista, guidato nella ricostruzione del termine ignoto, dalle proprie conoscenze pregresse e dalle proprie presupposizioni teoriche e pratiche, operasse indebiti processi di assimilazione concettuale e di contaminazione culturale, così da ottenere, infine, un'immagine distorta del diritto straniero, dalla natura mistificata, dai contenuti alterati, vanificando, di riflesso, il senso stesso della ricerca comparata.

«Il pericolo o tentazione più grave per il comparatista – spiega Gino Gorla – è quello di trasferire i concetti e i modi del suo diritto (attività giuridica) nel diritto straniero per inquadrarvelo o intenderlo. Egli deve, invece, per quanto riguarda il diritto straniero, starsene ai concetti propri di esso come prodotto dell'attività altrui che, appunto come tali, la caratterizzano, e compararli con quelli di suo diritto (e, se mai, vedere se e in che senso siano equivalenti o quali zone di comuni problemi coprano)».<sup>69</sup>

Allo stesso modo, pur muovendo da presupposti distinti, ed approdando a soluzioni altrettanto distinte, rileva Legrand, riprendendo un'idea di Rodolfo Sacco «Is it proper for a French lawyer doing research on English law to translate the English *contract* by the French *contrat*? Are the two terms conveying the same idea or the same message? Is it not the case, for historical reasons going back hundreds of years,

---

<sup>69</sup> Enciclopedia del Diritto, voce: Diritto Comparato, Giuffrè, Varese, 1964, pp. 928 e ss.

that an English contract usually connotes an exchange of promises? And, is it not the case, for historical reasons going back much further, that a French contract usually connotes a meeting of minds? And is it not the case that the notion of exchange of promise differs fundamentally from that of meeting of minds? And is it not the case, therefore, that if one considers *contract* and *contrat*, one has to come to the conclusion that they cannot be regarded as faithfully rendering one another?».

E ancora Roger Cotterell, che sottolinea con forza come intendere il common law alla stregua di un complesso di regole equivalga ad «imporgli una concezione aliena».<sup>70</sup>

Il punto è di estremo rilievo e merita la giusta attenzione. L'idea è che pensare al diritto francese avendo in mente il modello inglese, o quello tedesco, sia, né più, né meno, come pensare a una pera come fosse una mela, o a uno struzzo come se fosse un sasso<sup>71</sup>.

Il problema è che, in effetti, il solo concetto di diritto di cui il giurista disponga, almeno in partenza, è quello che gli deriva dalla propria cultura giuridica, e pertanto impedirgli di pensare al diritto altrui come penserebbe al proprio equivarrebbe, in ultima analisi, a chiedergli di pensare al diritto come se diritto non fosse.

Per quanto paradossale possa apparire, è, in effetti, esattamente questo lo sforzo che almeno una parte della dottrina giuscomparatista – quella, ad esempio, d'impostazione empirista, com'è tipico della corrente funzionalista di cui a breve si dirà – ha ritenuto, e ancora ritiene, si debba fare nell'affrontare l'indagine sul diritto straniero. Pensare al diritto come se non fosse diritto, rintracciandone l'essenza empirica che ne costituisce estrinsecazione materiale<sup>72</sup>.

Stando ad una simile proposta, il giurista sarebbe, pertanto, chiamato a demolire gli edifici concettuali intorno ai quali ha eretto un'idea di diritto; a sgravarsi del fardello di sovrastrutture e significati di cui è solito avvalersi per approdare ad una

---

<sup>70</sup> Citato in P. Legrand, *How to compare now*, op. cit.

<sup>71</sup> Il riferimento è alle domande di Giovanni Sartori: *pere e mele sono comparabili? e sassi e struzzi? La comparazione nelle scienze sociali*, op. cit., p. 30.

<sup>72</sup> Così anche nel funzionalismo, *infra*.

prospettiva *naif*, scevra da pregiudizi concettuali e da condizionamenti culturali; «The comparatist must learn not to think like a national lawyer [...] to unlearn much of what she has been taught»<sup>73</sup>, osserva Legrand, pur muovendo da presmesse ben lontane dal funzionalismo. E nella stessa direzione Gorla parla di *supremo atto di spoliazione*: «Deve sapersi proiettare fuori di sé stesso, e *guardarsi oggettivamente nello specchio* come un esemplare dei giuristi del suo ambiente, che vuol comparare con quelli dell'altro.[...] il concettualismo, la dogmatica, la pandettistica, qualità e difetti nostri, devono essere considerati come *fatti storici*, da una posizione esterna, e non adoperati nella comparazione»<sup>74</sup>.

Torna, pertanto, il tema dello straniamento del comparatista che abbiamo già incontrato nel paragrafo precedente, ma con una pretesa ben più ardua da attuare: che da obiettivo della comparazione la neutralità di sguardo (ciò che Gorla chiama *guardarsi oggettivamente nello specchio*) ne divenga presupposto d'indagine, un presupposto che investe tanto il termine ignoto quanto quello conosciuto e che pretende di aver la funzione di ricondurli su un comune terreno d'analisi, oggettivo ed equidistante – significativa, in tal senso, l'impostazione propria del *factual approach* impiegata da Rudolf Schlesinger in occasione dei noti seminari di Cornell che ritroveremo, seppur in una declinazione affatto peculiare, anche nella proposta funzionalista di cui si dirà nel prossimo paragrafo.

Il paradosso di una simile impostazione, tuttavia, risiede nel fatto che una volta che il giurista si sia disfatto del proprio bagaglio di nozioni, che abbia ottenuto di *disimparare quanto aveva appreso sul diritto*, l'analisi dei due termini, tanto quella individuale quanto quella comparativa, verrà evidentemente a spostarsi su un diverso livello d'indagine, un livello d'indagine che *giuridico* non è<sup>75</sup> e che nulla ha a che

---

<sup>73</sup> P. Legrand, ult. op. cit. Si noti, tuttavia, che Legrand specifica meglio il proprio punto di vista a riguardo in un saggio dello stesso anno, *European Systems are not converging*, in cui abbraccia esplicitamente l'idea dell'outsider's perspective, la prospettiva esterna di chi partecipa ad un altro sistema di regole, che è cosa diversa dalla *prospettiva fattualista* propria tanto del funzionalismo quanto dello strutturalismo.

<sup>74</sup> Gorla, ult. op. cit.

<sup>75</sup> Sacco capovolge la critica al metodo seguito, ad esempio, da Schlesinger nei seminari di Cornell, a proprio favore rilevando come una simile circostanza sia la riprova del fatto che in taluni contesti una questione ha rilevanza giuridica ed in altri meramente fattuale, Sacco, Introduzione al diritto

vedere con l'agognato punto di vista interno. Scaricare il diritto del proprio contenuto di significato non equivale ad inforcare le più opportune lenti d'analisi, quanto, piuttosto rinunciare all'indagine giuridica, e focalizzare la ricerca sul fatto bruto che ne costituisce il substrato materiale. Equivale a descrivere la banconota come un pezzo di carta colorata, la scacchiera come una tavola di legno, il matrimonio come una pacata discussione a tre.

Una simile opzione metodologica, tuttavia, non è né auspicabile, né, tanto meno, utile.

Essa presenta anzitutto un'insormontabile difficoltà pratica. La mente umana non funziona come un calcolatore elettronico. Non basta premere il tasto *delete* per dimenticare ciò che s'è impiegata una vita ad imparare. Trattandosi di una considerazione di senso comune, pienamente intuitiva, sul punto non è necessario spendersi oltre.

In secondo luogo non è così scontato che depurando il diritto del substrato di significati che lo accompagna, l'identificazione del fatto sottostante sia meno problematica e libera da condizionamenti culturali e metodologici. Come ha avuto modo di rilevare Geoffrey Samuel a proposito dei comuni limiti della dottrina funzionalista – di cui a breve si dirà: «In stressing functionality, then, Zweigert e Kötz wish to make the not unreasonable point that the comparatist needs to investigate the facts behind the law. Yet research and scholarship in the natural and social sciences show that facts themselves are not unproblematic. The relationship between science and reality is a relationship fraught with difficulty and part of this

---

comparato, Utet, Torino, p. 57. Ciò significa, tuttavia, più che rintracciare le regole operative di cui il giurista nazionale non è conscio, estendere la comparazione giuridica a qualsiasi circostanza comunque chiamata in causa da un sistema giuridico di riferimento, con impossibilità in ultima analisi, di distinguere validamente ciò che è diritto da ciò che diritto non è. Bisogna, invero, rilevare, che Sacco, tuttavia, non rifiuta del tutto la dimensione concettuale, che entra nell'analisi in forma di formante. In tal senso potrebbe essere opportuno distinguere, nell'ambito dell'*impartial perspective*, due distinte posizioni: quella fattualista, propria, ad esempio, del funzionalismo, e quella scienziata dello strutturalismo, che ricorre alle categorie universali dei formanti come strumenti d'analisi estranei tanto all'oggetto quanto al soggetto.

difficulty lies in the actual methods employed by both natural and social scientists in comprehending and in representing facts».<sup>76</sup>

La contaminazione dell'oggetto da parte del soggetto conoscente è, in altri termini, un aspetto tanto ordinario quanto ineludibile di qualunque percorso conoscitivo, che esso riguardi fatti umani o, piuttosto, fatti naturali. «L'attività conoscitiva – rileva Vittorio Villa, non ha di fronte a sé una realtà da rappresentare fedelmente ma un campo di esperienza da organizzare e strutturare, attraverso operazioni che implicano comunque attribuzioni di significato e di relazioni di significato tra gli oggetti che vengono considerati come facenti parte di quel campo»<sup>77</sup>. Ciò vale, a maggior ragione, nella conoscenza comparativa, laddove la contaminazione insiste su un duplice livello, quello del soggetto e quello del termine di raffronto. Richiamandosi a Levinas e a Said, osserva Lasser a tal riguardo «The object of comparative description and analysis, in other words, is not left untouched or unaffected by the process of having been treated as an object of analysis. This is to say nothing of the more explicitly problematic process of orientalising the other. The very interconnectedness of the observer and the observed, therefore, calls into question the possibility of an outside perspective»<sup>78</sup>.

In terzo luogo è un'illusione credere che l'indagine sui fatti bruti, così come quella sui problemi, sulle soluzioni concrete offerte all'interno di ordinamenti distinti, o sulle funzioni, comunque li s'intenda appellare, affranchi il comparatista dal problema di dover stabilire cosa intendere per diritto all'interno dell'ordinamento straniero. Laddove, ad esempio, mirando al medesimo obiettivo, Zweigert e Kötz asseriscono che «non ci si deve chiedere quali prescrizioni inerenti alla forma richieda il diritto straniero ma piuttosto come il diritto straniero protegga le parti dall'avventatezza o dal vincolo nascente da un contratto che non sia stato concluso in

---

<sup>76</sup> G. Samuel, Epistemology and comparative law, in Epistemology and Methodology of Comparative Law, M. Van Hoecke (ed), Hart, 2004, p. 39.

<sup>77</sup> V. Villa, Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo, Giappichelli, Torino, 1993, p. 205.

<sup>78</sup> The Question of Understanding, Comparative legal Studies: Traditions and Transitions, P. Legrand & R. Munday, Cambridge University Press, 2003.

modo serio» non stanno, forse, presupponendo che sia chiaro cosa intendere per diritto straniero ed in quali luoghi rinvenirne le manifestazioni materiali<sup>79</sup>?

Infine, e si tratta di un punto decisivo, se anche fosse questo il fio da pagare per guadagnarsi sul diritto altrui un corretto punto di vista interno, cosa garantisce che un simile punto di vista sia meno problematico di quello esterno? E soprattutto, ha davvero senso parlare di un punto di vista interno?

Se è vero che il diritto è un *prodotto culturale*, è altrettanto vero che non si può guardare alla *cultura* come se fosse un monolite<sup>80</sup>, né al giurista come se fosse un prodotto in serie. Questi non è il risultato statico e predeterminato di un sistema o di una famiglia giuridica determinata, né il suo punto di vista è in alcun modo assimilabile alla somma degli elementi che si assume le compongano. Sistemi e famiglie sono categorie relativamente fittizie, cristallizzazioni più o meno forzose ed incapaci di cogliere a pieno il senso di mobilità che scuote il punto di vista interno almeno tanto quanto è scosso quello esterno. «Culture – osserva Legrand in un recente saggio – is a plurale tantum: it exists only in the plural»<sup>81</sup>. È del tutto intuitivo, e di piena evidenza, che giuristi d'identica appartenenza, possano inquadrare il proprio sistema giuridico – e per implicazione quello altrui – in maniera del tutto distinta l'uno dall'altro. È in tal senso, osserva Vittorio Villa<sup>82</sup>, che la nozione di diritto va inquadrata tra quelle cosiddette *essenzialmente contestabili*, poiché alla domanda *cosa s'intende per diritto* – la storia della filosofia del diritto ne è la riprova – è ben possibile che si diano risposte diverse e talvolta inconciliabili, tutte parimenti sostenibili, e ciò tanto dall'interno, quanto dall'esterno del sistema giuridico considerato. «Even if, for the sake of argument, we could agree that someone actually qualifies as inside a given legal system, it is less that clear whether such a person could be said to understand that system» rileva Lasser<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> Non a caso l'accusa di logocentrismo e nomocentrismo che da più parti è stata avanzata contro il funzionalismo.

<sup>80</sup> Lasser, *The question of Understanding*, in Legrand e Munday, op. cit., p. 213.

<sup>81</sup> P. Legrand, *The same and the different*, in *Comparative Legal Studies*, op. cit., p. 243.

<sup>82</sup> Villa, op. cit., p. 10.

<sup>83</sup> *The Question of Understanding*, *Comparative legal Studies*: op. cit., p. 215.



Sulla base di queste, e di altre ragioni, negli ultimi anni un numero sempre maggiore di autori si è schierato a sostegno dell'*outsider's perspective* – che è cosa diversa, pertanto, dalla *impartial perspective* dell'approccio empirico-fattualista di cui s'è detto, in quanto punto di vista parziale di chi guarda ad un diverso sistema giuridico attraverso le lenti del proprio – rivendicandone il senso alla luce di quel valore dell'alterità che costituisce il fondamento stesso della ricerca comparata. L'idea è in altri termini, che la conoscenza comparativa abbia uno statuto diverso rispetto a quello dell'ordinaria conoscenza giuridica, fondato sulla componente della mutua estraneità, che costituisce condizione minima a che possa validamente intraprendersi un'operazione comparativa, e sul ruolo essenziale della differenza: il punto di vista esterno, così inteso, sarebbe parte integrante, pertanto, delle regole del gioco della comparazione. «A comparative knowledge of the law – sostengono Mattei e Bussani – has a different nature than an internal knowledge of it, the former being inherently theoretical, while the latter is practical (legal scholars acting within a legal system can themselves be seen as legal formants thereof since they *make* the law, though indirectly). Hence, we assume that for the purpose of comparative scholarship the internal lawyer is not necessarily the best reporter of his or her own system. He or she may control a larger amount of information about the system than a foreign lawyer, and it is beyond question that committed nationals of all Member States are a big asset of our project. The point is, however, that nationals may be less well equipped in detecting the hidden data and the rhetorical attitude, because they may be misled by automatic assumptions»<sup>84</sup>.

Non lontano, un simile modo di guardare le cose, da quanto osservava Hannah Arendt in un passo postumo riportatoci da Elisabeth Young-Bruehl : «In matters of theory and understanding , it is not uncommon for outsiders and spectators to gain a sharper and deeper insight into the actual meaning of what happens to go on before or around them than would be possible for the actual actors or participants, entirely absorbed in as they must be in the events».<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> M. Bussani e U. Mattei, *The Common Core Approach to European Private Law*, 3 *Columbia J. Eur. L.* (1997-8).

<sup>85</sup> E. Young-Bruehl, *Hannah Arendt: for love of the world*, cit in Legrand, *European systems are not converging*, op. cit. p., 78

Ora, è indubbio che se la comparazione ha per scopo, almeno in parte, quello di spingere lo sguardo dello studioso *extra moenia* per ottenerne una buona prospettiva di ritorno – e viceversa – allora la questione dell'altrui identità andrà presa sul serio. Ma del tutto utopica, e priva di senso, l'abbiamo detto e lo ribadiamo ancora, è l'idea che sia possibile spogliarsi della propria soggettività culturale, come fosse un vestito, per assumerne una nuova. D'altronde, se è vero, come già ribadito, che qualsiasi percorso cognitivo progredisce a partire da un bagaglio di percezioni e rappresentazioni anteriori, evolvendosi per mezzo di percorsi mentali di riconoscimento e disconoscimento, d'identificazione e di differenziazione, allora, quale che sia il proposito dello ricercatore, questi non potrà impedire che il termine noto orienti, ed influenzi, il processo di ricostruzione del diritto straniero, innescando un percorso di precomparazione tanto inconsapevole quanto necessario, che, pur condizionando debolmente i risultati dell'indagine, non per forza verrà a risolversi in una forma di assimilazione concettuale. Ma ancor più radicalmente giova rilevare che poco o nulla rimarrebbe del valore, e dell'idea stessa, del confronto se la logica dell'inchiesta mirasse a svuotarsi del sé per confondersi nell'altro: è, al contrario, proprio nel guardare all'altro in funzione del sé, e a sé in funzione dell'altro, che risiede l'essenza irripetibile dell'esperienza comparativa.

### ***1.3.2 La questione della comparabilità dei diritti***

Un secondo tema estremamente caro alla riflessione giuscomparatista, tema legato a doppio filo alla questione del punto di vista or ora esaminata, ruota intorno ad una domanda basilare: Tutto è comparabile con tutto? Mele e pere sono comparabili? E sassi e struzzi<sup>86</sup>? E il diritto cinese può essere paragonato a quello italiano? o il concetto di *contrat* francese a quello di *contract* inglese<sup>87</sup>? A quali condizioni può

---

<sup>86</sup> G. Sartori, in *La comparazione nelle scienze sociali*, op. cit., p. 31.

<sup>87</sup> Pierre Legrand, *How to compare now?* (1996) 16 *Legal Studies* 232.

essere proficuamente instaurata una relazione di comparazione tra due termini di confronto?

Si tratta, come sarà chiaro a breve, di domande la cui risposta è in gran parte influenzata dalla visione degli obiettivi di cui ciascuno carica dell'inchiesta comparativa, a seconda, in altri termini, che si guardi ad essa come ad un'impresa orientata all'affermazione dell'essenza unica ed universale che attraversa tutte le esperienze giuridiche o che, apposto, la comparazione sia intesa quale *medium* per l'affermazione della molteplicità e la rivendicazione dell'identità nel diritto.

Un primo gruppo di autori afferma che affinché due oggetti possano dirsi comparabili è necessario che ricorrano almeno due circostanze: essi devono, per un verso, essere mutuamente commensurabili, il che significa che devono condividere almeno una proprietà che valga loro da comune *unità di misura*.

Per altro verso, tuttavia, è necessario che essi siano qualificabili secondo una relazione di alterità, di residua diversità, poiché «se due entità sono eguali in tutte le loro caratteristiche, è come se fossero la stessa entità, e tutto finisce lì. Viceversa, se due entità sono diverse in tutto, allora è inutile compararle, e di nuovo tutto finisce lì». <sup>88</sup>

«Pere e mele, osserva Giovanni Sartori, sono comparabili rispetto a talune proprietà – quelle in comune – [come frutta, come commestibili, come entità che crescono su alberi] e non comparabili rispetto ad altre [per esempio quanto a forma]» <sup>89</sup>.

La proprietà in comune, pertanto, costituisce una sorta di *termine medio che rende possibile la transizione, nel ragionamento comparativo, dal primo al secondo termine di paragone*.

Una simile idea, fedele, così pare, a quel principio di *reductio ad similem* che abbiamo visto esser parte essenziale del patrimonio genetico della parola <sup>90</sup>, riaffiora nel dibattito sulla comparazione giuridica nelle posizioni della corrente

<sup>88</sup> La comparazione nelle scienze sociali, op. cit., p. 31.

<sup>89</sup> G. Sartori, in La comparazione nelle scienze sociali, op. cit., p. 31.

<sup>90</sup> *Cum-paro*, nel senso di agguagliare, pareggiare, rendere simile

funzionalista<sup>91</sup>: «Nel diritto – affermano Kötz e Zweigert – può essere comparato solamente ciò che adempie allo stesso compito, alla stessa funzione [...]. Tale impostazione si basa su di un'esperienza basilare per ogni comparatista e cioè che ogni società affida al proprio diritto la soluzione di problemi analoghi ma che i diversi sistemi giuridici risolvono in maniera differente [...]. La domanda iniziale da cui prende le mosse ogni indagine comparatistica deve essere conseguentemente posta in maniera del tutto funzionale e il problema sul quale bisogna indagare deve essere formulato senza impiegare il sistema concettuale tipico del proprio sistema di diritto. Non ci si deve chiedere quali prescrizioni inerenti alla forma richieda il diritto straniero ma piuttosto come il diritto straniero protegga le parti dall'avventatezza o dal vincolo nascente da un contratto che non sia stato concluso in modo serio».<sup>92</sup>

La corrente funzionalista pare fondarsi sulle due assunti di base:

Una tesi epistemologica, secondo cui soltanto ciò che è simile è passibile di comparazione.

Una tesi sulla natura del diritto, secondo cui il diritto è un'entità concettualmente particolare ed empiricamente universale.

Ciascun ordinamento giuridico, in altri termini, si avvarrebbe di un proprio specifico sistema concettuale che lo rende, in qualche modo, chiuso ed estraneo a quello degli altri. Ma al di là delle differenze di genere, o di specie, tutti sarebbero attraversati da un unico principio informatore: l'essere funzionale alla soluzione del medesimo problema pratico. È nel problema, pertanto, che va ricercato il *terminus medio*, il mezzo attraverso cui il particolarismo concettuale è superato e la transizione dal primo al secondo termine è resa possibile.

---

<sup>91</sup> Più che di funzionalismo, osserva Ralph Michaels, sarebbe corretto parlare di funzionalismi, poiché lungi dall'essere una dottrina unitaria del metodo comparativo esso si presenta, al contrario, sotto forma di una pluralità di proposte e ricostruzioni sovente del tutto inconciliabili tra loro, i cui elementi comuni sono, tuttavia, l'approccio fattuale al diritto e il principio della funzione quale *tertium comparationis*, in R. Michaels, The functional method, of comparative law, in M. Reimann & R. Zimmermann (eds), The Functional Method of Comparative Law, Oxford University Press, 2006, p. 342.

<sup>92</sup> Op. Cit. p. 37. È evidente il legame con la questione affrontata nel paragrafo precedente, il proposito, vale a dire, di superare la dimensione concettuale dei diritti per approdare ad una prospettiva neutrale e di mutua commensurabilità.

La comparazione giuridica, stando ad una simile impostazione, sarebbe pertanto l'operazione di raffronto tra le soluzioni che i diversi ordinamenti offrono al medesimo problema materiale. Si esamini il sistema X, s'identifichi l'interesse tutelato da una determinata norma, la preoccupazione concreta cui essa intende dar risposta; Si osservi come il sistema Y affronta e risolve il medesimo problema, quale sia la soluzione pratica offerta. Se ne determini, infine, il livello di somiglianza o di differenza e si valuti, eventualmente, quale sia la migliore soluzione proposta.

Si tratta, pertanto, di un percorso in due tappe: l'una, ascendente, segna il passaggio nell'ordinamento di partenza, dalla norma al problema; l'altra, discendente, dal problema alla norma, ha luogo nell'ordinamento d'arrivo.

Alcuni dei problemi connessi ad una simile impostazione sono già stati analizzati a proposito della disputa tra *neutralisti* ed *esternalisti* sul punto di vista da assumere nell'indagine sul diritto straniero. Abbiamo richiamato in tale sede, le critiche di Samuel a Kötz e Zweigert; l'illusione di risolvere la questione della corretta identificazione dei criteri di rilevanza normativa all'interno di un ordinamento diverso dal proprio mediante la fuga nell'extragiuridico, ed i problemi connessi ad una simile impresa. Depurare il diritto degli strati di significato di cui ciascun contesto lo carica, pretendere di estrarne l'essenza empirica, di ridurlo a *puro fatto*, di spiegarlo come se fosse il chiaro e semplice effetto di una causa, di un problema pratico, vuol dire perderne di vista il senso, e con esso, il senso della ricerca giuridica. «The functional method – rileva Michele Graziadei – has been charged with stripping the law of all that is interesting. This criticism opposes functionalism, because it favours causal explanation over interpretive understanding. Causal explanations of the effects of other people's actions need not cast light on their thoughts [...]. Yet, by investigating in meaningful ways the thoughts and motivations of human agents, we surely get a fuller picture of the world».<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> M. Graziadei, The functional heritage, in Legrand, Comparative Legal Studies, op. cit., p. 125.

Ma al di là di tali aspetti critici, per i quali rinviamo a quanto sopra osservato, giova aggiungere tre obiezioni a carattere pregiudiziale che mostrano il fianco a simili posizioni:

*Se solamente ciò che è simile può essere utilmente paragonato*, per affermare se due entità siano comparabili o meno, per stabilire se esse presentino quel comun denominatore che è condizione necessaria a che s'instauri il raffronto, ci sono solo due strade logicamente percorribili: o la somiglianza è un assioma, una presunzione di partenza fondata su criteri variamente determinati assunti a denominatore universale di una classe di oggetti; o sarà necessario, seppur per un solo istante<sup>94</sup>, averle prima comparate.

La prima opzione, che è quella tipica dell'impostazione funzionalista, solleva il tipico problema comune a tutte le posizioni a vario titolo definibili come universaliste, e cioè l'identificazione e la giustificazione del fondamento. Obietta Legrand a riguardo: «Konrad Zweigert and Hein Kötz indeed postulate a *praesumptio similitudinis* to the effect that legal systems give the same or very similar solutions, even as to detail, to the same problems of life, so that a finding of difference should lead comparatists start their investigation afresh».<sup>95</sup>

Ma chi stabilisce, in ultima analisi, cosa s'intenda per *problema* e quali ne siano i contenuti? E chi, ancora, cosa intendere per funzione o quale funzione sia chiamata a rivestire un istituto o una norma all'interno di un sistema giuridico considerato? *Heureux celui qui connaît la fonction qu'occupent les divers éléments d'une culture juridique au sein de cette culture!* – osserva sarcastico Rodolfo Sacco<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> In Sartori, Comparazione e metodo comparato, in La comparazione nelle scienze sociali, op. cit. p. 31

<sup>95</sup> Legrand, The same and the different, in Comparative legal studies, op. cit., p. 246.

<sup>96</sup> P. Legrand, Questions à Rodolfo Sacco, Revue internationale de droit comparé. Vol. 47 N°4, Octobre-décembre 1995. pp. 943-971.

A ben vedere, tuttavia, l'approccio strutturalista di Rodolfo Sacco cade comunque, al pari del funzionalismo, in una forma di universalismo concettuale nella misura in cui pretende di applicare all'analisi dei sistemi giuridici la comune idea di formante. Lo strutturalismo, osserva in tal senso Alessandro Somma, si profila pertanto quale metodo volto all'esaltazione delle comunanze al pari del funzionalismo, in Metodi e scopi, op. cit. p. 113.

Si veda a riguardo anche quanto osservato da Fideli: *I politologi struttural-funzionalisti tendevano a ritenere che la comparazione richiedesse l'uso di concetti universali, ma che non vi fosse alcuna ragione di controllare l'universalità di funzioni, strutture e norme*, in La comparazione, op. cit. p. 159.

La seconda opzione, per contro, incorre in un altro tipo di difetto, vale a dire il rischio di *petitio principii*: La comparabilità, che è presupposto della comparazione, al tempo stesso la presuppone.<sup>97</sup>

In secondo luogo, assumere la somiglianza a fondamento ultimo dell'analisi comparativa implica, per ciò solo, circoscrive l'indagine ad un'inchiesta sulle somiglianze relegando tutto ciò che simile non dovesse rivelarsi al rango del *teoricamente irrilevante*. Una simile impostazione di metodo non può che dare luogo ad una dispersione di dati scientifici che ha l'effetto di compromettere irrimediabilmente i risultati della ricerca, come meglio si vedrà a breve: «The desire for sameness – rileva ancora Legrand – breeds the expectation of sameness which, in turn, begets the finding of sameness».<sup>98</sup>

Infine, come già rilevava Sartori, rimane in piedi il quesito di Osgood<sup>99</sup>: *quand'è che lo stesso è davvero lo stesso e quand'è che il diverso è davvero il diverso?*

Sulla base di simili considerazioni hanno preso a diffondersi quelle che, per comodità espositiva, possiamo chiamare *correnti antifunzionaliste* posizioni non sempre tra loro vicine e tuttavia variamente accomunate dalla critica al funzionalismo, in generale, e più radicalmente all'idea che solamente ciò che è simile sia passibile di comparazione<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> Legrand critica il funzionalismo sulla base di un distinto presupposto: il principium similitudinis costituito dall'universalità della funzione è un assunto indimostrabile.

<sup>98</sup> Legrand, ult. op. cit. p. 246. Allo stesso modo, osserva Fideli, «l'approccio nomotetico è caratterizzato da una propensione a non riconoscere la diversità che si presenta non solo, come abbiamo visto, nel momento in cui vengono definite lessicalmente ed operativamente le proprietà, ma anche nella fase di analisi ed interpretazione dei dati. Infatti, in una prospettiva nomotetica risultano scientificamente rilevanti soltanto le uniformità». Si tratta di un limite comune allo strutturalismo, come accennato in precedenza: non a caso il criptotipo in fin dei conti non è che l'affermazione d'una identità o di una somiglianza latente.

<sup>99</sup> In Sartori, in *La comparazione nelle scienze sociali*, op. cit. p. 31

<sup>100</sup> Alessandro Somma, che parla a riguardo di *comparazione che divide* in quanto mirante, all'opposto del funzionalismo, ad esaltare le differenze tra i sistemi, vi include le tesi postmoderne, d'inclinazione contestualista, e, ma solo in parte, le posizioni strutturaliste alla Sacco, *Metodi e scopi della comparazione giuridica, in il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, Giuffrè 2006, p. 97 e ss.

In effetti Sacco appare interessato alla somiglianza ben più di quanto non lasci intendere, se si considera che il criptotipo in ultima analisi non è altro che l'affermazione di una somiglianza latente. In ogni caso è opportuno distinguere un antifunzionalismo radicale, alla Legrand, da un *antifunzionalismo* moderato, alla Sacco, che pur prendendo le distanze dall'impostazione

Se comparare, come sostiene Rodolfo Sacco, vuol dire accertare (e misurare) le differenze sussistenti tra le varie soluzioni giuridiche<sup>101</sup>, allora non c'è nessun bisogno di limitare la comparazione a ciò che è simile<sup>102</sup>. Allo stesso modo, pur muovendo da presupposti distinti, Pierre Legrand afferma con enfasi: «I claim that comparison must involve a principium individuationis, the primary and fundamental investigation of difference [...]. It is a question of identifying the conditions of differences, the places, occasions, energies, and institutional focuses within which difference, as difference, can appear or the other speak. [...] In this sense a respect for alterity is not so much a result of a quest for difference as it its pre-requisite».<sup>103</sup>

Ora, se è vero che tutto è comparabile con tutto, nella prospettiva antifunzionalista la comparabilità è un concetto teorico privo di senso<sup>104</sup>; comparare significa mettere l'uno di fronte all'altro oggetti che potranno, all'esito, rivelarsi commensurabili, se ed in quanto dotati di proprietà comuni (nel qual caso la comparazione avrà segno quantitativo, oltre che qualitativo), ovvero incommensurabili, cioè non suscettibili di misurazione, laddove si rivelino qualitativamente distinti.

Ma v'è un aspetto ulteriore che va sottolineato: al fondamento universalista del funzionalismo, al *principium similitudinis* del problema, tali autori sono soliti contrapporre l'idea che l'essenza dell'esperienza comparativa risieda, all'opposto, nel *principium individuationis*, nel valore irripetibile della differenza.

«La reconnaissance de la différence des faits ou objets à comparer – spiega Ute Heidman – est souvent négligée ou omise en faveur d'une focalisation hâtive sur ce qui paraît *semblable* et, par extension, *universel* [...] Ils vont ensuite [...] à la recherche de ce qui subsiste de cette signification supposée universelle dans les

---

funzionalista, presenta, tuttavia, con essa una serie rilevante di elementi di contatto. Si veda sul punto quanto osservato nel cap. successivo.

<sup>101</sup> R. Sacco, op. cit. p. 20.

<sup>102</sup> Non senza sorpresa, vista la prospettiva sposata, lo stesso Sartori afferma che *non sta scritto da nessuna parte che il comparatista debba cercare le somiglianze*, poiché *per trovare una somiglianza bisogna isolarla da tutto ciò che simile non è*, in *La politica comparata*, op. cit., p. 15.

Sulla natura universalista dell'impostazione strutturalista, tuttavia, vd. nota 96.

<sup>103</sup> P. Legrand, *The same and the Different*, in P. Legrand & R. Munday (eds), *Comparative legal studies* op. cit. pp, 240, 272.

<sup>104</sup> Tanto che Sacco inserisce la questione della comparabilità tra i *falsi problemi della comparazione*.



écriture ultérieures en appliquant ce qui j'ai appelé ailleurs une comparaison *univesalisante*. Ce type de comparaison implique une démarche déductive qui présente le danger d'occulter des pans entiers des objets de la comparaison que le présumé sens universel ne subsume pas. On peut sans peine imaginer une autre démarche qui consist a sé demander pourquoi et en quoi, malgré le trait commun perçu, les objets à comparer sont fondamentalement différents[...]. La différenciation comme procédé heuristique me semble plus adaptée à des production culturelle que l'universalisation pur une raison particulière: la différenciation est une principe importante de la genése et de l'interaction même des faits culturels»<sup>105</sup>.

La peculiarità della conoscenza comparativa risiede, pertanto, nella sua forza euristica, nella sua capacità di andare oltre le apparenze, di rivelare, nello scontro con il diverso, ciò che nel diritto non sempre è immediatamente percepibile o di piena evidenza. La differenza, la negazione della proprietà, da ragione d'incomparabilità, diviene occasione di accrescimento cognitivo mediante il meccanismo che Legrand, richiamandosi ala teoria di Theodor Adorno, non esita a chiamare la *dialettica negativa* della comparazione: «Negativity, far from suggesting a mood, is a de-position, or a dis-position, a distrust in positing and in positivity and in positivits and in the positivistic *Zeitgeist*, which must be ex-posed as the most important factor suppressing the contextual dimension of meaningful experience within comparative analysis».<sup>106</sup>

Riprendendo l'esempio proposto nel paragrafo precedente, ipotizziamo allora che s'intenda analizzare sotto un profilo comparativo due sistemi giuridici, X ed Y. Abbiamo già osservato come l'analisi muoverà da una fase di ricostruzione individuale che ha ad oggetto ciascun termine al fine di determinarne le caratteristiche sue proprie. Nell'esempio considerato abbiamo attribuito ad X le caratteristiche a,b,c,d,ed e ad Y le caratteristiche a,b,d,h,i. In un secondo tempo li

---

<sup>105</sup> U. Heidman, *Épostémologie et pratique de la comparaison différentielle*, in *Comparer les comparatismes*, Mays Burger et Claude Calame, Edidt-Archè, Paris-Milano, 2006, p. 143; 144.

<sup>106</sup> P. Legrand, *The Same and the Different*, in *Tradition and transition*, op. cit., p. 242.

abbiamo posti in una relazione di raffronto determinando ciò che essi hanno in comune e ciò che li distingue:

- X-Y: (a,b);
- X: -(d,h,i);
- Y: -(c, d, e).

Da ultimo abbiamo osservato come la strategia dell'alterità consista proprio nel superare la dimensione individuale di ciascun termine per ricostruirne l'identità alla luce di ciò che lo distingue dall'altro (nell'esempio fatto X, piuttosto che essere descritto nei termini nei termini di a,b,c,d,ed e, diverrà -d,-h,-i; e viceversa, Y sarà -c, -d, -e).

In tal modo, abbiamo rilevato come s'innesci un processo di mutua fertilizzazione della conoscenza dei due termini che sposterà l'analisi su ulteriori livelli d'indagine non immediatamente accessibili attraverso l'analisi di ciascun termine individualmente considerato.<sup>107</sup>

La differenza, pertanto, nella prospettiva antifunzionalista, è il solo strumento *per rendere esprimibile* – così come Adorno ricordava nelle pagine della sua *Dialettica negativa* – *ciò che esprimibile non è*.<sup>108</sup>

Sulla base di presupposti in parte analoghi, transita dalla linguistica al diritto il concetto di *crittotipo* caro a Rodolfo Sacco<sup>109</sup>: «Sottostiamo a regole precise – rileva Sacco – senza averne percezione. Il nostro linguaggio visibile, superficiale, è il risultato di trasformazioni, identificabili e codificabili, di schemi linguistici latenti e più permanenti di quelli visibili. Allo strutturalismo saussuriano viene rimproverato di essere una dottrina della lingua superficiale, e non, della lingua tutta intera. Questi indirizzi, decisi a dare rilievo ai dati impliciti, corrispondono ad una tendenza

---

<sup>107</sup> Come osservato nel precedente paragrafo, potrà trattarsi dell'ipotesi di una comune origine, l'indagine sulle ragioni della distribuzione delle caratteristiche, o ancora, la verifica, tra di esse, di relazioni di analogia o omologia, se, davvero siano, cioè, sostanzialmente distinte o meno, la costruzione di nuove ipotesi di lavoro (se X avesse d...) e così via.

<sup>108</sup> L'utopia della conoscenza, auspica Adorno, *sarebbe aprire con concetti l'aconcettuale senza renderglielo simile*, citazione in Sergio Moravia: *La filosofia e il suo altro. La riflessione metafisica di Adorno in Dialettica negativa, Iride*, XVII, 2004, pp. 65-75.

<sup>109</sup> R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, op. cit., p 126, nota 1. Sacco riferisce di aver mutuato il concetto da Whorf, *Language Thought and Reality*, Cambridge Mass., 1956, pagg. 75, 119, 121.

importante della metascienza. Essa parla con padronanza, ormai, dell'opposizione tra {venir governati da certe regole} e {conoscere quelle regole}. Tutto il cammino della scienza procede rendendo noti dati (operanti) ma non conosciuti. Il crittotipo è semplicemente il modello che non è ancora noto e che potrà diventare noto in seguito. E solo la comparazione ha la forza di penetrazione che occorre per rendere conoscibili questi dati impliciti»<sup>110</sup>.

L'idea di Sacco, pertanto, è che oltre la faccia nota dell'ordinamento, oltre *la legge scritta, la definizione dotta, la proposta saggistica, la decisione giudiziale*<sup>111</sup> vi sia un insieme di strutture narrative subliminali, di cui lo sguardo di ciascun giurista è, nella loro *ovvietà*, inconsapevolmente pregno; strutture prive di esistenza esplicita, non verbalizzate e pur tuttavia *percepites e trasmesse da una generazione di giuristi a quella successiva così come le regole giuridiche delle società senza scrittura vengono custodite e trasmesse attraverso i tempi*.<sup>112</sup> Al reperimento di tali strutture è vocata l'opera comparatista<sup>113</sup>.

La comparazione, pertanto, viene ad assumere una portata cognitiva che va oltre la dimensione descrittivo-letterale della giustapposizione dei modelli; attraverso essa il giurista non si limita ad identificare le somiglianze o a determinare le differenze di immediata percezione o di senso comune. Questi enuclea, all'opposto, le strutture più profonde e meno intuibili del diritto.

In tal senso la conoscenza giuscomparativa pare fondarsi un autentico impiego metaforico del diritto altrui, poiché per suo tramite il comparatista pone in essere una trasmutazione semantica che ha il potere di ristrutturare il campo d'osservazione,

---

<sup>110</sup> Ivi, p. 126.

<sup>111</sup> Sacco, op. cit., p. 126.

<sup>112</sup> Ivi, p. 128.

<sup>113</sup> Si noti, tuttavia, che l'impostazione nomotetica tipica dello strutturalismo, l'applicazione indistinta di categorie d'analisi a carattere universale, quali i formanti, non conduce, in ultima analisi, a risultati tanto distanti da quelli propri del funzionalismo. Il crittotipo, infatti, non è che l'affermazione di una somiglianza latente. il campo dell'indagine è circoscritto dagli strumenti impostati in principio da parte dello studioso, il che conduce all'esclusione di quanto non faccia parte, in partenza, dello schema. Così rileva Fideli, op. cit. p. 172: *I ricercatori che si richiamavano all'impostazione neopositivista hanno finito per ignorare gli oggetti di studio che mal si prestavano ad essere ricondotti al modello logico-deduttivo. All'analisi della dimensione culturale pè stata sistematicamente preferita l'analisi della dimensione strutturale.*

ampliandolo, mutandolo sostanzialmente, mediante l'applicazione di una nuova e diversa lente oculare.

«I dati scientifici – rilevano Michael Arbib e Mary Hesse in un noto saggio sulla funzione della metafora nella scienza – vengono descritti inizialmente o in un linguaggio *osservativo* oppure in quello di una teoria familiare e poi ridescritti in termini di un modello teorico che consente a due situazioni apparentemente disperate di *interagire* in un modo nuovo[...]. Riconosciamo una certa analogia positiva tra i due sistemi e l'analogia negativa crea una tensione che può rivestire i fenomeni di un nuovo significato. La metafora fa sì che noi vediamo i fenomeni in modo diverso e che i significati dei termini che nel sistema originale sono relativamente osservativi e letterali slittino verso un significato metaforico[...]. Il significato è costruito da una rete e la metafora ci costringe a guardare alle intersezioni e all'interazione di parti differenti della rete. Nei termini della metafora possiamo trovare ed esprimere analogie più profonde fra fenomeni diversi; o, naturalmente, nel caso di cattive metafore possiamo constatare che esser ci fuorviano»<sup>114</sup>.

Alla stessa maniera il comparatista si avvale dell'*analogia negativa*, della tensione divergenziale tra il proprio e l'altrui, tra l'uguale ed il diverso, per superarne, nello sforzo metaforico, la dimensione letterale, ampliare il campo ordinario d'osservazione e ricostruirne le (eventuali) strutture sommerse.

Ma se così è, allora l'antifunzionalismo lungi dal rifiutare la somiglianza, ne ridisegna, più semplicemente, il ruolo: da tesi, o condizione di comparabilità, qual è nella prospettiva sposata dai funzionalisti, essa assurge ad ipotesi, occasione d'esportazione in chiave euristica, nel primo termine, delle caratteristiche proprie del secondo al fine di studiarne la *compatibilità teorica*. La comparazione, in tal senso, dà impulso ad un processo d'*innovazione concettuale*<sup>115</sup> fondato, a ben vedere, su meccanismi in parte analoghi a quelli del ragionamento analogico<sup>116</sup>, sebbene, alla

---

<sup>114</sup> M. A. Arbib e Mary B. Hesse, *La costruzione della realtà* (1986), Il Mulino, Bologna, 1992, p. 241.

<sup>115</sup> K. Knorr, *The manufacture of knowledge*, Pergamon Press, Oxford, 1981, p. 50.

<sup>116</sup> Sulla relazione tra analogia e metafora vd. Arbib ed Hesse, e Knorr, p. 50, op. cit., la Hesse, in particolare, associa l'idea di somiglianza rilevante a fini metaforici a quella Wittgensteiniana di somiglianze di famiglia. Contra le teorie di Richard e Black sulla dissociazione tra metafora ed analogia, in P. Basso, *La metafora come fenomeno cognitivo nella modernità*, testo

stregua di una metafora, la somiglianza tra i termini considerati sia frutto di un'ipotesi o d'una intuizione.

---

disponibile sul [www.sssub.unibo.it/documenti/seminario\\_metafora/basso.doc](http://www.sssub.unibo.it/documenti/seminario_metafora/basso.doc): *La teoria interattiva, denominata come tale da Max Black nel 1954, trova le sue radici innanzi tutto in Filosofia della retorica di Ivor Richards [1936]; quest'ultimo avrebbe messo in risalto come la significazione tropica si fonda su una tensione analogico-contrastiva irrisolvibile<sup>116</sup> tra due termini in un enunciato, il cui arco sarebbe disegnato dal significato lessicale di un primo termine, chiamato veicolo (in quanto in posizione di metaforizzante<sup>116</sup>), che entra in collisione semantica con il significato di un secondo termine (o comunque con una parte di cotesto a cui è relato), in posizione di metaforizzato.*

## ***Capitolo II: Comparazione e pratica giuridica.***

### ***2.1 Considerazioni introduttive***

Nel capitolo precedente abbiamo avuto modo d'osservare come, tanto nel diritto quanto in ogni altro campo dell'esperienza umana, sia opportuno distinguere tre accezioni del termine comparazione: in un primo senso, il *senso debole*, per comparazione s'intende quella parte essenziale di ogni processo cognitivo che consiste nel raffrontare, in maniera tanto inconsapevole quanto necessaria, ciò che si conosce con ciò che ancora s'ignora. Nell'identificazione di analogie e differenze – abbiamo rilevato – sta l'atto elementare attraverso cui il pensiero, il linguaggio, l'azione, la scienza, ordinariamente procedono.

In un secondo senso, quello proprio del linguaggio ordinario, la comparazione è l'operazione di confronto consapevole e volontario che coinvolge almeno due oggetti distinti sotto il profilo di una o più proprietà determinate al fine di rilevare ciò che essi hanno in comune e ciò che li distingue.

Infine, nel terzo senso – *il metodo comparativo* – la comparazione vale a designare quel peculiare criterio di ricerca, precipuo delle scienze umane, che si fonda sul valore epistemico del confronto.

Sebbene, com'è evidente, ricorra, nelle tre accezioni, un denominatore comune rappresentato dall'elemento concettuale del *raffronto*, ciò che muta, tuttavia, in ciascuna di esse, è il livello di consapevolezza che l'individuo ha del processo comparativo e del suo ruolo all'interno di più ampie logiche di conoscenza. Una consapevolezza che è pressoché nulla nella nozione debole e che diviene piena al punto da costituire un'autentica strategia cognitiva, quando di comparazione si parla nel quadro delle attività legate alla ricerca scientifica.

Il raffronto come strategia d'indagine è ciò che vale a distinguere le discipline comparate dallo studio dei sistemi stranieri. *Allargare le conoscenze* – rilevava Sartori – *non è ancora comparare. Non è detto che chi studia più di un solo paese sia per ciò stesso un comparatista*<sup>117</sup>; e su presupposti analoghi Gorla lamentava come *troppo spesso istituti, scuole, corsi di diritto comparato sono in realtà istituti, scuole, corsi di diritto straniero, con qualche cenno sparso di diritto comparato[...] e tutto ciò si chiama diritto comparato e a forza di chiamarlo così, diventa il diritto comparato.*

Il diritto straniero, in tale senso, sta al diritto comparato come la parte sta al tutto. Esso ne costituisce presupposto essenziale poiché, come Gorla rivelava, non è possibile comparare ciò che si conosce con ciò che non si conosce. E tuttavia detto diritto non è più che il mezzo per il conseguimento di un maggior fine. Il valore aggiunto della conoscenza comparativa risiede non già nella pura e semplice conoscenza del termine ignoto, bensì nella forza fecondatrice del confronto; nella capacità che esso ha di trascendere la dimensione individuale del diritto proprio, così come di quello altrui, per addivenire ad un livello cognitivo che li superi entrambi e ne ricostituisca le mutue identità alla luce di ciò che li accomuna, nella prospettiva funzionalista, o di ciò che li distingue, in quella che abbiamo definito antifunzionalista<sup>118</sup>.

A fianco degli interessi teorico-speculativi fin qui considerati, non pochi autori<sup>119</sup>, muovendo, in linea di massima, da premesse funzionaliste<sup>120</sup>, sono inclini ad

---

<sup>117</sup> Sartori, *La politica comparata* op. cit. p. 15-16.

<sup>118</sup> Sulla distinzione tra funzionalismo ed antifunzionalismo abbiamo avuto modo di soffermarci nello scorso capitolo per cui si rinvia a quanto ivi osservato. Si sono, inoltre, considerate alcune delle maggiori difficoltà connesse ad una simile operazione mentale, muovendo dalla constatazione che la nozione di diritto, è *evidentemente contingente*, oltre che *concettualmente problematica*, e come dette difficoltà siano risolte nell'approccio pragmatico del funzionalismo, attraverso il passaggio dal particolarismo concettuale all'universalità della funzione; e considerate, per contro, aspetto essenziale della conoscenza comparativa, nella visione antifunzionalista fondata sul *principium individuationis* e sul ruolo cognitivo della differenza.

<sup>119</sup> Vi sono autori quali Mario Cappelletti o Gino Gorla, i quali non esitano, addirittura, a riconoscere nel progresso teorico null'altro che l'indiretto *beneficio* dello studio comparato (*benefits*) – la

investire il *metodo comparativo* di talune funzioni ulteriori legate non già, o solo, ad obiettivi di conoscenza del sé, o dell'altro, bensì ai più ampi meccanismi di produzione ed interpretazione del diritto nazionale, sovranazionale ed internazionale<sup>121</sup>.

---

*liberazione dal provincialismo o dal restar chiusi nel proprio diritto nazionale come se fosse il diritto; la liberazione dal concettualismo; l'intesa tra i popoli e la pace tra di essi* – collocandone, piuttosto, il cuore degli scopi e delle funzioni in un insieme di applicazioni pratiche variamente individuate. Altri autori, pur riconoscendo agli studi comparati un indiscutibile potenziale pratico rimarcano, tuttavia, la centralità dell'apporto teorico. «La comparazione, rileva Sacco, come qualunque scienza, è tale purché acquisisca dati, indipendentemente da ulteriori sfruttamenti di questi dati. Ovviamente essa rimane scienza anche quando l'operatore ricorre ad essa in vista di una possibile circolazione dei modelli: ed è una scienza dotata di potenzialità pratiche affascinanti», in R. Sacco, Introduzione al diritto comparato, op. cit. p. 19.

Prendendo le distanze dalla tesi di Cappelletti e Gorla, in particolare nel 1987 un gruppo di studiosi italiani, tra cui Rodolfo Sacco e Ugo Mattei, fondò il circolo di Trento, le cui cinque tesi – il Manifesto di Trento – mirano, appunto, a ribadire la natura prevalentemente teorica e cognitiva della comparazione giuridica: «La comparazione giuridica – afferma la prima tesi – intesa come scienza, mira in modo necessario alla migliore conoscenza di dati giuridici. Compiti ulteriori meritano al più grande considerazione – ad es. la promozione del modello legale o interpretativo migliore – ma rappresentano un fine solo eventuale della ricerca comparatistica».

Vi sono infine autori quali Pierre Legrand che negano del tutto una qualsivoglia utilità, in termini pratici, della comparazione giuridica muovendo da considerazioni fondate sul particolarismo culturale sulla mutua incommensurabilità delle culture giuridiche.

<sup>120</sup> Le posizioni dette *ermeneutiche*, alla Legrand, infatti sono inclini a negare qualsivoglia valenza pratica all'analisi comparativa in ragione della irriducibile distanza tra soggetto ed oggetto, della necessità dei processi di contaminazione cognitiva e della rilevanza del contesto nei processi di comprensione e di produzione del diritto. Gli *strutturalisti*, per contro, si veda, ad esempio il contenuto del manifesto di Trento firmato, tra gli altri, da Sacco, in seno alla prima tesi rivendicano con fermezza la priorità della valenza conoscitiva su quella pratica, della scienza comparativa, pur non negando, a latere, la possibilità degli impieghi nell'ingegneria giuridica. D'altronde è chiara la differenza tra la posizione di Legrand e quella di Sacco in merito alla circolazione dei modelli.

Nello stesso senso osserva Alessandro Somma: «In via di prima approssimazione possiamo affermare che i metodi con cui si evidenzia il profilo delle proprietà conducono ad esaltare le comunanze tra gli oggetti e sono pertanto adatti all'uso costruttivo della comparazione. Quest'ultimo mira infatti all'adozione di soluzioni straniere che saranno accettate nella misura in cui si potrà dimostrare la vicinanza in senso lato culturale delle esperienze affiancate[...]». Il metodo privilegiato da chi è interessato ad una comparazione che unisce è il metodo elaborato in seno al pensiero funzionalista elaborato soprattutto in area tedesca e – per le sue connessioni con l'analisi economica del diritto – in area statunitense», in Il Giudice e l'uso delle sentenze straniere, op. cit.

<sup>121</sup> «Le riforme e il miglioramento del diritto nazionale o anche le recezioni; la cosiddetta interpretazione del diritto nazionale, anche intesa, là dove ciò sia possibile, a risolvere mediante il ricorso al diritto comparato o straniero, i casi dubbi; l'unificazione internazionale del diritto tra vari stati interessati, o almeno l'uniformazione o la ricerca di concordanze su cui formare modelli o proporre per l'applicazione, ove occorra, i cosiddetti principi generali di diritto comuni alle nazioni civili», in G. Gorla Diritto comparato e straniero, Treccani, vol. XI, op. cit. p. 6.



Vengono, in tal senso, ed al di là delle differenze d'impostazione, proposte tre distinte dottrine pratiche della comparazione, cui corrispondono tre diverse aree d'intervento operativo del ragionamento comparativo:

La dottrina della recezione, o dei trapianti giuridici<sup>122</sup> (*versione legislativa*) – o dei *prestiti giuridici*, nell'accezione metaforicamente meno ingombrante preferita da taluni autori<sup>123</sup> – che promuove il ricorso al diritto comparato nel quadro dei progetti di riforma di diritto interno;

La dottrina del diritto uniforme, – di cui l'esperienza dell'Unidroit, l'International Institute for the unification of private law<sup>124</sup>, costituisce, senz'altro, una delle esemplificazioni pratiche più significative – che promuove l'impiego della comparazione giuridica quale mezzo per l'implementazione dei processi internazionali e sovranazionali di unificazione del diritto;

La dottrina dell'interpretazione comparativa<sup>125</sup>, infine, che propone il ricorso al ragionamento comparato nei processi di attribuzione di significato ai documenti normativi nazionali.

Nelle prossime pagine avremo modo di constatare come quest'ultima dottrina sia legata a quella dei trapianti da un duplice filo. Vi sono casi, infatti, in cui essa ne rappresenta una diretta implicazione teorica – è l'ipotesi dei *trapianti legislativi*, come si avrà modo di chiarire a breve a proposito della *borrowed statute doctrine*; ed altri, che saranno oggetto d'analisi nel prossimo capitolo – i *trapianti giudiziari* – in cui, al contrario, è il trapianto a trarre la propria ragion d'essere da una teoria

---

<sup>122</sup> Vi sono autori che distinguono la recezione dal trapianto (così in A. Somma, Tanto per cambiare... *infra*). Ai nostri fini una simile distinzione poco rileva, né, d'altronde, si entrerà nel merito della questione dell'opportunità o dell'appropriatezza della metafora del trapianto. Usiamo il termine trapianto in senso atecnico, ad indicare la riproduzione di documenti normativi, o di singoli enunciati prodotti entro un determinato ordinamento all'interno di un diverso sistema giuridico.

<sup>123</sup> Rinviano ad una dimensione metaforica più debole, scevra dalle implicazioni della metafora organicistica del trapianto, taluni autori parlano anche di *prestiti giuridici*. Altri, al contrario, coem più di frequente accade nel dibattito sul foreign law, impiegano le espressioni prestito e trapianto in forma sinonima, come risulta evidente dall'applicazione della *borrowed statute doctrine* alla comparazione genealogica di cui si dirà a breve.

<sup>124</sup> Art 1 Statuto Unidroit: *The purposes of the International Institute for the Unification of Private Law are to examine ways of harmonising and coordinating the private law of States and of groups of States, and to prepare gradually for the adoption by the various States of uniform rules of private law.*

<sup>125</sup> Così in Renè David, Kötz e Zweigert e Gino Gorla, op. cit.

dell'interpretazione comparativa d'impostazione funzionalista fondata sul principio della *best answer*. Sul punto avremo modo di tornare nel proseguo della trattazione.

Con riferimento alla dottrina del diritto uniforme, l'interpretazione comparativa si colloca in un rapporto di pregiudizialità concettuale e pratica – l'idea di uniformità presuppone, infatti, l'accertamento di una relazione di somiglianza o d'identità.

Nel prossimo capitolo, infine, ci occuperemo altresì dei casi in cui l'interpretazione comparativa costituisce il portato di un'elaborazione teorica autonoma, che richiama la prospettiva antifunzionalista analizzata nel capitolo precedente, e che, abbandonando le ambizioni, o i fondamenti normativi delle prime due dottrine, torna ad appellarsi al ruolo epistemico della comparazione nei percorsi di conoscenza del diritto interno.

Per quanto i manuali di diritto comparato siano soliti enumerare le tre applicazioni pratiche – la riforma, l'uniformazione e l'interpretazione – congiuntamente, nell'unico novero delle funzioni, esclusive o ulteriori, della comparazione giuridica, si tratta, a ben vedere, di operazioni mentali e pratiche ben distinte, che muovono da presupposti teorici in taluni casi anche molto distanti<sup>126</sup>.

Tenuto conto di tali peculiarità, e del legame che le prime due dottrine intrattengono con l'interpretazione comparativa, sarà opportuno, nelle prossime pagine, delinearne, seppur per vie generali, i principali nodi teorici e concettuali, così da introdurre, peraltro, alcuni dei temi che saranno oggetto di una più approfondita trattazione nel capitolo successivo, quando si avrà modo di parlare del recente dibattito sulla natura e sui limiti della comparazione nell'interpretazione costituzionale.

---

<sup>126</sup> Diversi sono i presupposti teorici, il tipo di ragionamento comparativo, la nozione di comparazione chiamata in causa, la relazione concettuale tra comparazione e studio del diritto straniero.

## ***2.2. Comparazione e ispirazione normativa. Cenni alla dottrina normativa dei trapianti giuridici (variante legislativa)***

Con l'espressione dottrina dei trapianti, nel presente contesto, ci s'intende riferire non già ad una teoria esplicativa, o storico-esplicativa, della circolazione dei modelli giuridici<sup>127</sup> quanto, piuttosto, ad una dottrina normativa che propone l'impiego del diritto straniero al servizio dell'ingegneria giuridica, al servizio, vale a dire, dei processi di programmazione della produzione del diritto.

Come già anticipato, di una simile dottrina è dato rinvenire almeno due distinte versioni: la variante legislativa, che propone il ricorso al diritto altrui nei processi di produzione normativa da parte degli organi a ciò deputati; e la giudiziale, che inserisce la logica del trapianto all'interno della più ampia cornice di una teoria dell'interpretazione giuridica.

Dei *trapianti giudiziali* ci occuperemo nel prossimo capitolo, quando si entrerà nel merito dei fondamenti teorici del dibattito sull'interpretazione comparativa. Alla variante legislativa, ai presupposti ideologici che la fondano, alle principali obiezioni che essa solleva, sono dedicate, invece, le pagine seguenti, con l'obiettivo di anticipare taluni dei principali temi intorno a cui ruota la discussione sull'impiego del diritto straniero nella decisione giudiziale.

Sebbene non da tutti condivisa<sup>128</sup>, l'idea che il vissuto giuridico straniero possa costituire una fonte d'ispirazione per il legislatore nazionale<sup>129</sup> ha da sempre

---

<sup>127</sup> Questo il senso dell'espressione in A. Watson, *Il trapianto di norme giuridiche* (1974), Edizioni scientifiche italiane, Camerino, 1984; nel medesimo senso Sacco parla di circolazione dei modelli, in A. Somma, *Tanto per cambiare...mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, num. 116, mayo-agosto de 2006, pp. 535-569.

<sup>128</sup> In particolare P. Legrand, *The impossibility of legal transplants*, *Maastricht journal of European and comparative law*, 4, 111 - 124.

<sup>129</sup> Vd. Watson, *Il trapianto di norme giuridiche*, (1974), Edizioni Scientifiche Italiane, Camerino, 1984.

In questo paragrafo intendo occuparmi dei soli trapianti legislativi. Dei trapianti giudiziari ci occuperemo nel prossimo capitolo poiché s'inseriscono nel quadro teorico delle dottrine dell'interpretazione comparativa.

costituito<sup>130</sup>, e ancora costituisce<sup>131</sup>, uno dei principali motori dell'indagine comparativa e muove, in linea di massima, dall'assunto funzionalista<sup>132</sup> secondo cui, al di là delle differenze di specie, v'è tuttavia una dimensione pratica universale – la dimensione funzionale – che rende le esperienze giuridiche contemporanee, in qualche misura, mutuamente commensurabili in termini di efficacia alla soluzione del problema concreto considerato:

«Il materiale elaborato dalla scienza comparatista – rilevano in tal senso Zweigert e Kötz – [...]costituisce oggi, in molte materie ed in molti paesi, uno strumento di lavoro indispensabile per un legislatore che punti alla qualità[...]. Quando l'analisi comparativa indica il modo in cui un determinato problema viene risolto all'estero, non si può contrastare la recezione di tale soluzione all'interno del diritto patrio solo perché si tratta di una regolamentazione straniera e, in quanto tale, non accettabile»<sup>133</sup>.

Analogamente, osserva Alessandro Pizzorusso «La ricerca, tra le esperienze giuridiche compiute con successo altrove, del *miglior modello* cui adeguarsi in sede di riforma dell'ordinamento nazionale costituisce un obiettivo ragionevole e naturale per il legislatore (e per il giurista in genere) a qualunque paese esso appartenga».<sup>134</sup>

Per quanto distinte sul piano dei contenuti, osservano tali autori, tutte le esperienze di diritto contemporanee sono accomunate dall'essere strumentali alla soluzioni di determinati problemi pratici. «Legal science – rileva Max Salomon – like every science, deals with universals, but these universals are not legal norms but rather

---

<sup>130</sup> *When Solon drafted the original laws for Athens, in the sixth or seventh century B.C., he studied laws from dozens of other Greek cities:* K. A. Perales, *It Works fine in Europe, so why not here? Comparative law and constitutional federalism*, 23 *Vt.L. Rev.* 885 1998-1999, p. 886.

<sup>131</sup> L'idea ricorre in tutta l'opera di B. Markesinis, *infra*. Così anche in A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 154 e ss.

<sup>132</sup> Si veda, sul funzionalismo, quanto rilevato nel capitolo primo. Sulla relazione, in chiave esplicativa, tra funzionalismo e dottrina dei trapianti si veda A. Somma, *Tanto per cambiare...* op. cit. p. 562: «in chiave struttural-funzionalista [...]la nuova lettura si fonda sull'idea che i modelli circolano se hanno successo sul *mercato della cultura giuridica*: ovvero se sopravvivono ad un *processo competitivo* volto a selezionare le costruzioni rivelatesi più idonee a risolvere determinati problemi».

<sup>133</sup> Zweigert e Kötz, op. cit., p. 18.

<sup>134</sup> A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, op. cit. p. 157.

legal problems»<sup>135</sup>. Da ciò si fanno discendere, come in parte già rilevato, **tre implicazioni teoriche:**

Una tesi sulla natura del diritto: Avendo riguardo alla dimensione funzional-pragmatica delle diverse esperienze giuridiche, è possibile, e legittimo, guardare al diritto come ad un manufatto culturalmente particolare ma empiricamente universale<sup>136</sup>. L'esigenza concreta cui prestar risposta, il problema materiale che il diritto intende, e pretende, di risolvere, è l'elemento che, al di là delle distanze nei mezzi e nei modi, accomuna e trascende tutte le esperienze giuridiche, contemporanee e non.

Una tesi sulla *fungibilità* dei contenuti giuridici<sup>137</sup>: dal punto di vista pragmatico, l'esperienza giuridica straniera costituisce un *vivaio* di soluzioni pratiche attraverso cui è possibile non solo verificare in maniera scientifica quali conseguenze discendano dall'applicazione, al medesimo problema, di soluzioni distinte, ma altresì valutare il grado di efficienza delle diverse soluzioni – *functionality should serve as a yardstick to determine the better law*, rileva in tal senso Michaels<sup>138</sup> – così da attingere, dal diritto altrui, quella che all'esito risultasse essere *la migliore risposta al problema considerato* ed impiantarla all'interno di un diverso ordinamento senza che vi pesino le peculiarità di contesto<sup>139</sup> (Dottrina dei trapianti giuridici).<sup>140</sup>

---

<sup>135</sup> Max Salomon, cit. in R. Michaels, The Functional Method of Comparative Law, in M. Reimann & R. Zimmermann (eds), The Functional Method of Comparative Law, Oxford University Press, 2006, 339, 345.

<sup>136</sup> Ogni società, infatti, rilevano Zweigert e Kötz, *affida al proprio diritto la soluzione di problemi analoghi*: Ivi, p. 37.

<sup>137</sup> Si suole in tal senso guardare agli autori della dottrina dei trapianti in contrapposizione a quanti, all'opposto, vedono nel diritto l'espressione di irripetibili peculiarità sociali e culturali inscindibilmente ed irreversibilmente legate al contesto (*mirror theories*, come le definisce Teubner in un noto saggio dedicato all'idea del trapianto giuridico G. Teubner, Legal Irritants: good faith in British Law or How unifying law ends up in new divergences, in The Modern Law Review, vol. 61, pp. 11-32, January, 1998, p. 16);

<sup>138</sup> R. Michaels, The functional method, op. cit. p. 374.

<sup>139</sup> Michael rileva come non tutti i funzionalisti credano nella funzione valutativa e propositiva del diritto comparato. All'opposto, tuttavia, come rileva lo stesso autore, vi sono studiosi che si spingono ad affermare che: *[E]very rule and institution has to justify its existence under two inquiries: First: What function does it serve in present society? Second: Does it serve this function well or would another rule serve it better? It is obvious that the second question cannot be answered except upon the basis of a comparison with other legal systems*. In The functional method, op. cit. p. 374.

Il risultato nel lungo periodo sarebbe, peraltro, un trend regionale e globale che spinge verso una progressiva convergenza delle soluzioni normative: «While national legal orders are still founded on diverse doctrinal traditions, they face the same structural problems which they have to resolve. Accordingly, they will find different doctrinal solutions as functional equivalents to the same problems which again results in convergence» osserva, a tal riguardo, Gunther Teubner.<sup>141</sup>

Una tesi sulla funzione della comparazione: l'analisi comparativa è più che un metodo d'indagine. Essa è, piuttosto, lo strumento per *l'edificazione del sistema giuridico ideale*<sup>142</sup> mediante la selezione di *quanto di meglio* offrano i sistemi di

---

Una simile impostazione è tipicamente nomotetica nella misura in cui muova almeno dal presupposto che lo sviluppo delle culture giuridiche avvenga secondo dinamiche endogene che hanno carattere universale, vd. Fideli, *la comparazione*, op. cit. p. 155.

<sup>140</sup> Per dottrina dei trapianti non ci s'intende riferire, in tale sede, come anticipato, alla teoria ricostruttiva di impostazione diffusionista di Alan Watson, che dà conto del modo in cui i sistemi giuridici si evolvono *per contatto* mediante la circolazione dei modelli; bensì la dottrina prescrittiva, alla Kahn Freund, che propone l'indagine comparativa ed il trapianto come mezzo per il miglioramento del diritto nazionale. Giova, invero, rilevare che ad esempio, per Watson la questione della funzionalità delle soluzioni ai problemi è del tutto irrilevante rispetto alla circolazione dei modelli, che può, al contrario, verificarsi, così come sovente accade a giudizio dell'autore, e com'è proprio d'una visione tipicamente diffusionista, per ragioni del tutto casuali, per contingenti occasioni di *contatto* tra culture giuridiche distinte, ovvero, ancora, per l'accessibilità dei contenuti del diritto straniero agli operatori del diritto nazionale. La comparazione, in tal senso, non ha che una valenza descrittivo-ricostruttiva, *ex post*, delle somiglianze tra sistemi così da determinare quali, tra di essi, abbiano in effetti avuto occasioni di contatto. A metà tra queste due posizioni stanno i recenti orientamenti di analisi economica del diritto in chiave comparatista, definiti da taluni come struttural-funzionalisti, stando ai quali la soluzione trapiantata è quella che vince la competizione con le altre sul mercato della cultura giuridica. Lo stesso dicasi per il ricorso all'analisi economica del diritto – disciplina su cui si fonda il principio dell'equivalenza funzionale – combinata con la teoria dei trapianti, utilizzata per elevare l'efficienza a motore del mutamento in discorso. Il tutto per fornire, questa volta in chiave struttural-funzionalista, una nuova lettura di quanto i diffusionisti considerano essere alla base del cambiamento: il prestigio. La nuova lettura si fonda sull'idea che i modelli circolano se hanno successo sul mercato della cultura giuridica: ovvero, se sopravvivono ad un processo competitivo volto a selezionare le costruzioni rivelatesi più idonee a risolvere determinati problemi», in A. Somma, *Tanto per cambiare...mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, num. 116, mayo-agosto de 2006, pp. 535-569, p. 562.

<sup>141</sup>G. Teubner, *Legal Irritants: good faith in British Law or How unifying law ends up in new divergences*, in *The Modern Law Review*, vol. 61, pp. 11-32, January, 1998, p. 13. L'autore, peraltro, contesta un simile modo di vedere le cose e ritiene, al contrario, che la tendenza, all'opposto, sia quella della frammentazione del diritto in una molteplicità di settore affidati ad organismi distinti e che si trovano ad affrontare problemi di natura distinta.

<sup>142</sup> In tal senso, descrivendo l'epilogo delle *Giornate Gorla*, le cinque giornate che l'Associazione italiana di diritto comparato tenne nel 1979 a Torino, Rodolfo Sacco così ricorda l'impostazione teorica seguita dal collega: «Nel corso delle giornate che portano il suo nome, G. Gorla incominciò a rivedere le sue posizioni. Il suo sogno, di vedere instaurato un *Juristenrecht* creato utilizzando il

diritto contemporanei. «The quest for the *better solution* [...] is the essential purpose of Comparative law in many of its practical application: in the preparation of national legislation, in the judicial interpretation of law or in the international unification of law» rimarcano Konrad Zweigert e Hans-Jürgen Puttfargen<sup>143</sup>. Analogamente, osserva Ugo Mattei, guardando alla qualità delle soluzioni in termini di analisi comparativa dell'efficienza: «Efficiency may be use to evaluate legal transplants. The framing of legal rules may be explained as the outcome of a competitive process»<sup>144</sup>, dove per efficienza è da intendersi *whatever is considered better by the consumers in the legal marketplace [...] whatever legal arrangement 'they' have that 'we' wish to have because by having it they are better off.*<sup>145</sup>

Sul piano concettuale, una simile impostazione<sup>146</sup> comporta due conseguenze di non poco rilievo:

Il mutamento, per un verso, dell'equilibrio concettuale tra comparazione e studio del diritto straniero. La dottrina dei trapianti guarda al diritto altrui, infatti, non già come alla parte di un sistema teorico più complesso – *certamente con il diritto comparato non va confuso lo studio o l'apprendimento, o l'insegnamento, del diritto straniero al fine di [...] conoscerlo in sé e per sé*, rilevava ancora Gorla nelle già citate pagine enciclopedia del diritto dedicate al diritto comparato – bensì come ad un autonomo oggetto d'indagine portatore di un interesse e di una dignità scientifica suoi propri.

---

meglio dei materiali angloamericani insieme con il meglio dei materiali continentali, lo ha indotto a vedere in questa creazione lo scopo diretto della comparazione», in R. Sacco. Introduzione al diritto comparato, op. cit.

<sup>143</sup> K. Zweigert e H.J. Puttfargen Critical Evaluation in comparative law, *Adelaide Law Review* 5 (4) 1976: 343-356, p. 343.

Analogamente si rinvia a quanto osservato a proposito delle correnti struttural-funzionaliste in nota 138.

<sup>144</sup> U. Mattei, *Comparative law and economics*, Ann Arbor 1998, p. 509 e ss.

<sup>145</sup> Ivi

<sup>146</sup> «Nel caso di riforme o miglioramenti – rileva Gino Gorla – si dà come presupposto la diversità di norme o istituti tra diritto nazionale e diritto o diritti stranieri[...]. In tutti questi casi più che di comparazione si tratta anzitutto di studio del diritto straniero (presupposto come diverso da quello nazionale); e la comparazione vi interviene, o vi può intervenire, ma in modi diversi», G. Gorla, *Diritto comparato e straniero*, op. cit. p. 6.

L'inclusione, per altro verso, sotto l'etichetta generale di comparazione, di tre operazioni successive e chiaramente distinte: l'accertamento, tra i diritti considerati, di un diverso trattamento della fattispecie pratica considerata – *rectius*: del problema; la valutazione della migliore tra le soluzioni offerte; infine, laddove, all'esito del giudizio valutativo, la disciplina esterna fosse ritenuta qualitativamente superiore rispetto a quella interna, la constatazione di una carenza normativa e la proposta d'importazione della soluzione straniera all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale (funzione critica della comparazione).

La prima attività ha natura teorico-ricostruttiva, consiste in un'analisi comparativa delle diverse soluzioni offerte ad un problema che si assume essere comune –*rectius*: *universale* – e potrà alternativamente concludersi con uno dei seguenti enunciati comparativi (ricostruttivi):

- I) Dato il problema P, l'ordinamento interno X fornisce la soluzione N mentre l'ordinamento Y non fornisce alcuna soluzione;
- II) Dato il problema P, l'ordinamento interno X non fornisce alcuna soluzione mentre l'ordinamento Y fornisce soluzione M;
- III) Dato il problema P, l'ordinamento interno X fornisce soluzione N mentre l'ordinamento Y fornisce soluzione M;
- IV) Data il problema P, gli ordinamenti X ed Y prevedono la medesima soluzione o non ne prevedono alcuna.

Più precisamente, può accadere che:

- I) Nell'ordinamento interno X, rispetto al problema P, sia proibito o dovuto o normativamente permesso ciò che in Y è implicitamente permesso;
- II) Nell'ordinamento interno X, rispetto al problema P, sia implicitamente permesso ciò che in Y è proibito o dovuto;
- III) Dato il problema P, l'ordinamento interno X proibisce, prescrive o permette normativamente ciò che l'ordinamento Y permette/prescrive, proibisce/permette o proibisce/prescrive;



IV) Data il problema P, entrambi gli ordinamenti, X ed Y, proibiscono, prescrivono, permettono normativamente o implicitamente la medesima condotta.

La seconda attività ha carattere valutativo<sup>147</sup> e postula il raffronto tra le soluzioni distinte alternativamente considerate, la propria e l'altrui, al fine di stabilire – nelle parole di Gorla – quale sia *il diritto migliore o che offre la miglior soluzione*<sup>148</sup>. La premessa funzionalista – che fissa nel corollario dell'identità del problema il fondamento logico del *tertium comparationis* – come rilevato, è l'assunto che rende i contenuti normativi mutuamente commensurabili sotto il profilo della qualità.<sup>149</sup>

La terza attività, infine, ha contenuti, latu sensu, normativi e adempie ad una *funzione di critica* dell'ordinamento interno<sup>150</sup>. Laddove, infatti, all'esito della valutazione, la disciplina offerta dal sistema straniero risultasse, per una qualche ragione, qualitativamente migliore, più efficace, o meglio calzante, rispetto a quella interna, il raffronto, a ben vedere, avrà avuto per effetto quello di condurre alla constatazione di una carezza normativa interna e alla proposta della sua integrazione

---

<sup>147</sup> Sull'*evaluative comparison* si veda Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, op. cit., 374 e K. Zweigert e H.J. Puttfargen *Critical Evaluation in comparative law*, *Adelaide Law Review* 5 (4) 1976: 343-356.

Abbiamo già avuto modo d'osservare, al principio del capitolo precedente, come a fianco di operazioni comparative di natura descrittiva, o ricostruttiva com'è più appropriato dire, che consistono nel determinare ciò che due i più termini hanno in comune e ciò che li distingue avuto riguardo a talune *caratteristiche empiriche* (proprietà), vi siano, poi, forme di comparazione a carattere valutativo che si caratterizzano per essere orientate alla formulazione di un giudizio di valore comparativo, del genere di *X è migliore, o più giusto, o più bello, di Y*, tra i termini considerati.

Sulla differenza tra ricostruzione, descrizione e valutazione di rinvia a V. Villa, *Costruttivismo e teoria del diritto*, op. cit.

In senso contrario Ernst Rabel, il quale sconosce una funzione valutativa al diritto comparato, riferito in R. Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, op. cit., 374; Si noti che Michael sostiene che il postulato dell'equivalenza funzionale sia incompatibile con qualsiasi pretesa valutativa.

<sup>148</sup> *Diritto comparato e straniero*, op. cit. p. 3.

<sup>149</sup> *Contra*: R. Michaels, *the specific function itself cannot serve as a yardstick, for functionally equivalent institutions are by definition of equal value with respect to that function [...]* In this strict sense, better law theory is not compatible with functionalist comparative law, in R. Michaels, ult. op. cit. p. 374.

Il ruolo ed i limiti della valutazione sono stati oggetto di attenta analisi in un saggio di Zweigert e Puttfarken intitolato *critical evaluation in comparative law*, in *The Adelaide Law Review*,

<sup>150</sup> R. Michaels, pur non condividendo la possibilità, da una prospettiva funzionalista, che il diritto comparato sia mezzo di critica dell'ordinamento interno. Op. cit., p. 378

mediante la ricezione – o *trapianto* – del *contenuto alieno* all'interno dell'ordinamento nazionale.

«Una persona il cui compito è valutare i possibili miglioramenti della legge fallimentare in Scozia – osserva Alan Watson – può ben impegnarsi a scoprire l'impostazione adottata in Inghilterra, Francia, Svezia, Sud America, Nuova Zelanda e così via. Questi può non avere alcuna conoscenza di questi sistemi all'inizio, ed alla fine può capirne poco, all'infuori della legge fallimentare nelle sue grandi linee. [...] Ma il suo interesse è il miglioramento della legge fallimentare in Scozia. Ciò che egli cerca nella sua indagine sui sistemi stranieri è un concetto che si possa trasformare in fonte del diritto scozzese e vi funzioni bene».<sup>151</sup>

Come già rilevato, l'idea che il diritto straniero possa costituire una fonte per il miglioramento dell'ordinamento nazionale viaggia, in linea di massima, di pari passo con il principio della comparabilità funzionale delle soluzioni normative. Non stupisce, pertanto, che le principali obiezioni avverso la *dottrina dei trapianti giuridici* siano quelle, tipiche dell'antifunzionalismo radicale, fondate sulla critica all'impostazione nomocentrica e logocentrista del funzionalismo<sup>152</sup> – l'indagine sulle soluzioni passa, infatti, per un'analisi dei testi normativi – sulla natura intrinsecamente culturale del fenomeno giuridico, sul particolarismo delle culture, e delle lingue e sulla mutua irriducibilità dei sistemi giuridici<sup>153</sup>:

«Les lois politiques et civiles de chaque nation – rilevano taluni autori citando Montesquieu – doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un grand hazard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre»<sup>154</sup>.

---

<sup>151</sup> A. Watson, *Il trapianto di norme giuridiche*, op. cit.

<sup>152</sup> Così in Legrand, *Paradoxically, Derrida: for a comparative legal studies*, 27 *Cardozo L. Rev.* 631 (2005-2006).

<sup>153</sup> Obiezioni, com'è chiaro, non condivise, invece, dall'antifunzionalismo moderato tipico dell'impostazione strutturalista. Non a caso le tesi di Trento non escludono gli impieghi della comparazione nel quadro dell'ingegneria giuridica, sebbene li collochino su un piano marginale degli studi comparativi.

<sup>154</sup> Montesquieu, *Esprit des Lois*, Libri I, cap. 3,.

Per il superamento della prospettiva Montesquieiana in chiave globale, in Kahn-Freund, *Use and Misuse, of Comparative Law*, 37 *Mod. L. Rev.* 15, 1974.

Muovendo da una visione olista dei sistemi giuridici, gli antifunzionalisti radicali negano *in nuce* la possibilità logica del trapianto di norme – e prima ancora, come si vedrà nel prossimo paragrafo, della stessa traducibilità dei contenuti giuridici<sup>155</sup> – sulla base di una sorta di principio della deperibilità della parte al di fuori del tutto. «Nessuna proprietà è isolabile dal suo contesto – rileva Antonio Marradi – pena la sua trasformazione in qualcosa di diverso»<sup>156</sup>.

Allo stesso modo, poiché gli enunciati normativi non sono più che il risvolto di superficie di un complesso ed intricato insieme di più profonde trame – storiche e sociali, culturali, economiche ed ambientali – trame che sono parte ineliminabile del significato dei documenti giuridici, non è pensabile – rileva l'antifunzionalismo radicale – che si estragga un frammento di testo da un ordinamento per impiantarlo altrove poiché ciascuna fibra è legata tanto in profondità alle altre da perdere, al di fuori dell'intreccio, la propria ragion d'essere.

Poiché, pertanto, all'atto del trasferimento il testo va incontro ad un inesorabile processo di corruzione del significato, divenendo altro da sé, osserva drasticamente Legrand – in un saggio intitolato, non a caso, *l'impossibilità dei trapianti giuridici* – «at best, what can be displaced from one jurisdiction to another is, literally, a meaningless form of words. To claim more is to claim too much. In any *meaningful* sense of the term, legal transplants, therefore, cannot happen».<sup>157</sup>

Si tratta, com'è evidente, d'una posizione fortemente relativista, fondata su una sorta di *etnocentrismo policentrico* che, rileva Roberto Fideli, muove dalla tesi secondo cui *individui appartenenti a culture diverse abitano mondi diversi*, tesi da cui discendono i seguenti corollari:

---

<sup>155</sup> Per i problemi legati alla traduzione giuridica, tuttavia, si rinvia al prossimo paragrafo.

<sup>156</sup> A. Marradi, in N. Smelser, *La comparazione nelle scienze sociali*, op. cit. p. 33.

<sup>157</sup> P. Legrand, *the impossibility of legal transplant* (1997) 4 *Maastricht journal of European and Comparative law*, p. 120. Similmente, rilevava molti anni prima Oswald Spelgler: *I significati sono intrasmissibili. Nulla può far superare la profonda solitudine esistente tra la vita di due uomini di specie diversa*, cit. in Fideli, *La comparazione*, op. cit. p. 244

- a) la comprensione comporta una totale immersione nella cultura oggetto di studio; al limite, solo chi è membro di una certa cultura può effettivamente comprenderla; di conseguenza:
- a1) non è possibile un'effettiva comprensione interculturale;
  - a2) non è possibile operare comparazioni trans-culturali;
  - a3) non è corretto formulare valutazioni etiche sui sistemi normativi di altre culture.<sup>158</sup>

A ben vedere, tuttavia, la metafora del trapianto<sup>159</sup>, lungi dall'opporsi all'obiezione olistica, pare, piuttosto, orientata a neutralizzarla inglobandone il senso più profondo. Ciò che rileva non è l'origine, osservano Zweigert e Kötz o Rudolph Jhering, quanto, la *finalità, il bisogno*<sup>160</sup>. Gli ordinamenti giuridici, in una simile idea, sarebbero del tutto assimilabili a degli organismi viventi: complessi di equilibri stabili tra apparati funzionalmente distinti ed unici destinati al comune scopo del vivere.

Poiché l'*estrazione* di un frammento da un sistema giuridico e l'inserimento, mediante le forme più opportune, all'interno di un diverso sistema, è un'operazione di carattere puramente materiale – alla stregua di *collage*, in fin dei conti, si *copia* un frammento da un testo per *incollarlo* quindi all'interno di un diverso *testo* – nulla osta, si sostiene, a che essa abbia luogo, quale che ne sia l'esito sulla parte impiantata, o sull'organismo nel suo complesso.

«I would like to attempt an analogy – rileva a tal riguardo Alan Watson –. I am a tomato grower. I have plastic trays each with 24 small containers filled with a soil mix. Into each container I place a tomato seed, which I proceed to water and fertilize. When the plants are about six centimetres tall, I sell them. A buyer takes one,

---

<sup>158</sup> Fideli, La comparazione, op. cit. p. 243

<sup>159</sup> Da lungo tempo ha luogo un'accesa discussione a proposito degli effetti, delle condizioni, della praticabilità, dell'opportunità di operare trapianti giuridici, o, ancora, se la metafora del trapianto davvero sia in grado di esprimere il senso e la portata di una simile pratica o meno. Su tali questioni, tuttavia, per quanto interessanti, avuto riguardo ai fini di questo lavoro, è meglio rinviare alla vasta letteratura esistente in materia. Tra gli altri: A. Watson, Il trapianto di norme giuridiche (1974), Edizioni Scientifiche Italiane, Camerino, 1984; G. Teubner, Legal Irritants: good faith in British Law or How unifying law ends up in new divergences, in *The Modern Law Review*, vol. 61, pp. 11-32, January, 1998; J. Bell, Mechanisms for cross-fertilization of administrative law in Europe: Transplantation and cross-fertilization in European Public Law, in J. Beatson, T. Tridimas (eds) *New Directions in European Public Law*, Hart, London, 1998.

<sup>160</sup> Citato in Zweigert e Kötz, op. cit., p. 19.

pinches it out of its container, and plants it in his yard. The plant soon stretches out its roots into the surrounding, very different soil. The purchaser fertilizes it with his own, different from mine, fertilizer. The tomato plant is in a very different ethos on which its future depends. Even the sun strikes it differently. The tomato plant may flourish or even wither. Now to put a question not considered by the Greek philosophers. Is the tomato plant the same plant as it was under my care? If I understand Pierre Legrand correctly his answer is No! There has been no transplant because transplants are impossible»<sup>161</sup>.

È indubbio, tuttavia – si sostiene, continuando – che alla stregua di quanto accade agli organismi viventi, di fronte all'impianto di parti estranee potrà verificarsi che l'ordinamento giuridico assimili le cellule impiantate e che le renda parte di sé – se necessario alterandone l'essenza originaria – o, piuttosto, che *le rigetti*, laddove dette cellule si rivelassero organicamente incompatibili<sup>162</sup>. Tale circostanza, tuttavia, non implicherebbe che il trapianto non abbia avuto luogo, ma, più semplicemente, che esso non sia andato a buon fine.

Per quanto una simile replica possa apparire convincente, rimangono, tuttavia, due obiezioni di fondo di cui non può non tenersi conto:

Per un verso il trapianto giuridico è tutt'altro che un'operazione materiale del genere *copia-incolla* di quelle prima descritte. Per esso, infatti, il testo va incontro non soltanto ad un processo di estraneazione dal contesto giuridico e culturale in cui ha visto la luce, e dal contesto in cui ottiene i significati primigeni, ma altresì, e per conseguenza, ad un percorso di *alterazione semantica* che è effetto ordinario ed

---

<sup>161</sup> A. Watson, Legal transplants and European private law, Ius Commune Lectures on European Private Law, vol 4.4 Electronic Journal of Comparative Law, (December 2000), <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>

<sup>162</sup> «The British rulers – ci ricorda Kahn-Freund – introduced in India and in many colonies the English law of contract, even the criminal law and the law of civil procedure and evidence: to introduce the English law of marriage, of parent-child relation, or of succession would have been impossible. Before the first World War Japan adopted the German Law of contract, of civil delict and on property, but the principles on family law only with modifications, and even as modified, we are told, they largely failed to mould the law in actual operation as distinct from the law in books. Turkey took over the entire Swiss Civil Code, but anthropologists who have made studies on the spot have shown, at least in the rural areas, the Western family law was clearly rejected»: O. Kahn-Freund, *Uses and Misuse* op. cit. p. 15; 17.

ineludibile della traduzione giuridica – nel cui dettaglio si entrerà nel prossimo paragrafo a proposito dei principi generali di diritto – e che lo porta a divenire, in qualche misura, *altro da sé*.

Per altro verso, rimane il fatto che il legislatore non sia in grado di prevedere in anticipo quali saranno gli esiti del trapianto, tanto sul piano della disciplina impiantata, quanto su quello dell'ordinamento nel suo insieme. Se così è, crolla l'idea che la comparazione possa davvero configurarsi, secondo il modello prima descritto, quale strumento per la progettazione del sistema giuridico ideale, poiché nulla, a ben vedere, assicura che la bontà, o la natura, dei risultati conseguiti in un contesto rimanga inalterata un contesto distinto.

Si aggiunga, a quanto già osservato, un ulteriore ordine di problemi: stando all'impostazione ora considerata rientrerebbe tra i compiti della comparazione giuridica quello di identificare la soluzione *più consona allo scopo, la più adatta, la migliore tra quelle esistenti*<sup>163</sup> avendo riguardo al problema considerato. Ma in che senso migliore? Sotto quale profilo, più adatta? E ancora, con riferimento a quale scopo? A quello che risulta dalle intenzioni di riforma del giurista straniero? O quello che si evince dalla volontà legislatore nazionale? O deve piuttosto aversi riguardo a quanto emerge dal testo della disposizione normativa considerata, ammesso che d'un solo scopo si tratti e non di tanti quante ne siano le possibili interpretazioni?

Non è vero, infatti, che ciascuna norma è ben in grado, così come sovente accade, di assolvere una pluralità di funzioni distinte a seconda delle priorità di volta in volta considerate? La sanzione penale, ad esempio, non può forse essere considerata tanto sotto il profilo dell'efficacia punitiva, quanto sotto quello del potenziale deterrente, o della sostenibilità sociale della pena, o, ancora, di quella economica? A quale aspetto, tra quelli considerati, andrebbe assegnata priorità in seno ad un giudizio critico-valutativo, nell'indagine sulla *better solution*<sup>164</sup>? E come essere certi, ancora,

---

<sup>163</sup> Zweigert e Kötz, Introduzione al Diritto Comparato, op. cit., p. 54-55.

<sup>164</sup> Così anche in R. Michaels, ult. op. cit. p. 375: *If the yardstick must therefore lie outside the specific function under scrutiny, it can be found either in the costs of an institution, or in its functionality or dysfunctionality regarding other problems. This, however, makes a comprehensive evaluation almost impossibly complex. Take, for example, the different responses to car accidents of the New Zealand insurance system and the English tort law system. Arguably, New Zealand's law is functionally*

che non sia il punto di vista di chi intraprende l'indagine a determinare unilateralmente il profilo rilevante? «Il funzionalismo – osserva Antonio Marradi – ha cercato di correggere questa distorsione adottando categorie concettuali *più neutre* (*rule adjudication* al posto di funzione giudiziaria, e così via). Tuttavia l'etnocentrismo solennemente cacciato dalla porta è immancabilmente rientrato dalla finestra, attraverso la scelta degli indicatori e le definizioni operative di proprietà che, per avere la desiderata generalità, non potevano che essere anche estremamente vaghe e astratte [...] Il problema di comparare la stessa proprietà in sistemi sociali o culturali diversi si pone infatti a due livelli diversi: quello concettuale-definitorio e quello operativo».<sup>165</sup>

Su questi ed altri aspetti critici della dottrina dei trapianti avremo modo di tornare ancora nel prossimo capitolo, a proposito dei *trapianti giudiziari*. Ciò che rileva, per il momento, osservare, e che distingue le ipotesi ora considerate da quelle su cui ci si soffermerà nel corso del prossimo capitolo, è che, quale che sia la fonte dell'ispirazione, il canale attraverso cui il diritto straniero fa ingresso all'interno dell'ordinamento nazionale è comunque l'organo deputato alla produzione ed alla riforma normativa<sup>166</sup>. Da ciò discendono due ordini d'implicazioni:

- La prima ha carattere teorico e riguarda la natura delle riserve contro la dottrina dei trapianti normativi. Dette riserve, come già rilevato, concernono, in larga parte, aspetti legati alla praticabilità del trapianto normativo, alla buona riuscita dell'innesto, e con essi, al ruolo della comparazione. Se, ed in che misura, simili

---

*superior to English law regarding the function of compensation, because its transaction costs are lower. English law in turn is arguably superior with regard to the function of deterrence, because it creates better incentives for careful driving. Now, equivalence functionalism suggests that New Zealand meets the latter function of deterrence with other institutions— criminal liability, for example—so we have to account for this in our evaluation, too. But criminal law is costly and perhaps dysfunctional in so far as it clutters courthouses, so we must also take the costs of court procedures into account, and so forth.*

<sup>165</sup> A. Marradi, Introduzione a La comparazione nelle scienze sociali, op. cit. p. 24-25.

<sup>166</sup> «È questo un portato della fede illuministica (di carattere settecentesco) – rileva Gorla – della legislazione come mezzo di riforme e miglioramento del diritto[...]. Tale era la portata di quella fede illuministica nella legislazione che durante il secolo XIX quelle che poi diventeranno Riviste di diritto comparato, in Francia, Inghilterra e Germania, si chiamavano Riviste di legislazione straniera, specialmente per il miglioramento del diritto nazionale»: G. Gorla, Diritto comparato e straniero, op. cit., p. 7.

questioni davvero rilevino per il giurista, poi, è fonte di dubbio anche per chi scrive e in questo si può incidentalmente osservare come la metafora del trapianto si palesi tutt'altro che appropriata. Il rigetto di un organo, infatti, può condurre al decesso dell'organismo vivente ma nessun sistema giuridico è andato incontro all'estinzione per la mancata applicazione di una disciplina normativa, che essa sia importata da fuori o proposta da dentro. E d'altro canto, rileva Gunther Teubner<sup>167</sup>, la metafora del trapianto rinvia ad un esito del tutto o del niente, dell'assimilazione o del rigetto, che non per forza si verifica nel caso del trasferimento normativo<sup>168</sup>.

Ma al di là dell'obiezione pratica, o delle *questioni di nome* cui s'è fatto cenno, nessun problema, com'è ovvio, solleva una simile prassi sul piano della *legittimità normativa* del trapianto, o della *validità formale* delle discipline impiantate. Qualunque progetto normativo si propone, infatti, di lavorare un materiale grezzo secondo determinati canoni procedurali e vincoli di principio dettati dalle costituzioni nazionali. Perché la materia si trasformi in una fonte normativa valida non rileva da dove essa provenga, se dalla mente del legislatore o da un testo normativo straniero. Ciò che rileva, al contrario, è *come* essa verrà in seguito *lavorata*.

- La seconda implicazione ha carattere pratico e consiste nell'impiego, in chiave storico-intenzionalista, del diritto straniero nell'argomentazione giudiziale. Corollario della dottrina dei trapianti legislativi, infatti, come anticipato in principio di capitolo, è la *borrowed statute doctrine*, nel cui merito avremo modo di entrare nelle pagine dedicate all'interpretazione comparativa, ed il cui nucleo

---

<sup>167</sup> Legal Irritants: op. cit

<sup>168</sup> L'autore trova in tal senso più calzante che si parli di *legal irritants*, di *urticanti giuridici*, agenti esterni capaci di sollecitare un qualche tipo di risposta da parte dell'ordinamento interno, una reazione che ne muta il corso in maniera più o meno incisiva. Sulla base di considerazioni analoghe, Jonh Bell preferisce parlare di cross fertilization: «[Cross fertilization] implies a different, more indirect, process. It implies that an external stimulus promotes an evolution within the receiving legal system. The evolution involves an internal adaptation (organic) by the receiving legal system in its own way (...). This process often gives rise to greater convergence between the receiving legal system and the external stimulus», Mechanisms for cross-fertilization of administrative law in Europe, in J. Beatson, T. Tridimas, *New Directions in European Public Law*, op. cit., p. 147.



teorico, può, per il momento, essere così riassunto: if the legislator copies a statute from another jurisdiction, the legislator can be presumed to have been aware of the construction given to that statute by the courts of that jurisdiction. Hence, such constructions can be considered in interpreting the *borrowed statute*»<sup>169</sup>.

Il punto sarà oggetto di una più approfondita trattazione nelle prossime pagine.

### ***2.3 Comparazione e unificazione dei diritti: la dottrina del diritto uniforme. I principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili. Il problema della traduzione giuridica***

La seconda funzione pratica che una parte della dottrina comparatista suole attribuire alla comparazione giuridica, la vede direttamente coinvolta nei processi di produzione ed applicazione del diritto internazionale e sovranazionale per mezzo di due distinte operazioni: la predisposizione, per un verso, di progetti d'unificazione del diritto a partire dalle esperienze condivise, o dalle migliori esperienze di diritto nazionale; e la determinazione, per altro verso, dei *principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*.

In entrambi i casi, come si vedrà, si tratta, ancora una volta, di un impiego della comparazione che si colloca nel quadro delle attività di produzione normativa e che muove in larga parte dal presupposto che l'indagine comparativa possa configurarsi quale mezzo per l'enucleazione, a partire dall'osservazione delle diverse esperienze di diritto nazionale, del senso universale del fenomeno giuridico.

Come già rilevato, l'interpretazione comparativa, rispetto all'idea del diritto uniforme, si colloca in un rapporto di pregiudizialità concettuale e pratica poiché il concetto di uniformità presuppone l'accertamento di una relazione di somiglianza, se non d'identità, tra le discipline considerate.

---

<sup>169</sup> J. C. Dammann, The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation, St. Thomas law Review, vol. 14.

I sostenitori dell'impiego della comparazione nei processi d'unificazione giuridica sono orientati al conseguimento di due ordini d'obiettivi: garantire, per un verso una *maggior effettività* del diritto internazionale, muovendo dall'idea che un accordo tra Stati fondato non già, com'è prassi, su contenuti esogeni che siano l'esito di complesse procedure di concertazione governativa, bensì su un tessuto di norme e principi già, in qualche modo, condivisi – in quanto preesistenti all'interno di ciascun ordinamento – abbia maggiori prospettive di riuscita; e conseguire, per altro verso, una migliore qualità dei contenuti, realizzando una sorta di *collage normativo* tra quelle che, all'esito del raffronto, siano risultate essere *le migliori soluzioni* per i problemi di rilevanza comune:

«L'esperienza insegna – osservano in tal senso Zweigert e Kötz – che si può realizzare l'unificazione di un determinato ramo del diritto non tanto attraverso l'elaborazione di un progetto di legge del tutto idealistico, nella speranza che questo venga poi adottato, ma piuttosto seguendo il seguente metodo: riprendendo, nell'opera unificatrice, i principi uguali nei sistemi giuridici interessati e scegliendo, tra quelli che differiscono da sistema a sistema, la variante migliore oppure quella nuova, scaturente dalla comparazione, che appaia la più adatta o la più praticabile tra le soluzioni esistenti»<sup>170</sup>.

Dal punto di vista strutturale, il conseguimento dei due obiettivi postula due attività distinte, e con esse, due distinti impieghi della comparazione.

Nel primo caso la comparazione si profila, con i limiti che si vedranno, quale operazione *nomotetica*<sup>171</sup>, a carattere *ricostruttivo* volta a rintracciare, nel confronto tra particolari, il *tessuto normativo universale* che attraversa, almeno in ipotesi, tutte le esperienze giuridiche nazionali contemporanee, e a scartare, per contro, quanto, all'esito del raffronto non dovesse rivelarsi in sintonia con un quadro di diritto comune; nel secondo caso essa è scandita, al contrario, dalle medesime fasi – la ricostruttiva, la valutativa e la normativa – analizzate nel paragrafo precedente a proposito della dottrina dei trapianti – di cui si rivela essere, in ultima analisi,

---

<sup>170</sup> Zweigert e Kötz, op. cit., p. 28.

<sup>171</sup> L'espressione è impiegata da A. Marradi e N. Smelser, in *La comparazione nelle scienze sociali*, N. Smelser, op. cit. pp. 21 e ss. e p. 268.

un'applicazione su larga scala – e l'elemento differenziale nel trattamento della fattispecie, lungi dall'essere scartato, è presupposto dell'indagine sulla *better solution* al fine di valutare l'opportunità d'un atto di recezione normativa.

Su presupposti nomotetici analoghi a quelli or ora descritti muove l'indagine comparativa volta alla determinazione dei cosiddetti principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili<sup>172</sup>. Poiché il tema, come si avrà modo di vedere nei paragrafi seguenti, ha delle importanti ripercussioni anche sul piano della rilevanza del diritto straniero nell'interpretazione dei diritti fondamentali<sup>173</sup>, e tocca taluni dei nodi essenziali della questione, pare opportuno dedicarvi già da queste pagine, particolare considerazione.

*Principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili* è una formula a dir poco ambigua il cui fondamento filosofico viene rintracciato nell'antico concetto di *ius gentium*<sup>174</sup> – *diritto fondato sulla naturalis ratio, comune a tutti gli uomini e di cui*

---

<sup>172</sup> Così in Gorla, Diritto Comparato e Straniero, op. cit., p. 8; Zweigert e Kötz, Introduzione al diritto comparato, op. cit., p. 9.

La trattazione ampia che seguirà è dovuta al peso, di cui si parlerà in seguito, che i principi generali di diritto rivestirebbero, secondo taluni autori, nella giustificazione delle pratiche comparative in sede d'interpretazione dei diritti fondamentali.

<sup>173</sup> Taluni autori, come si vedrà nel prossimo paragrafo, assegnano ai principi altresì una funzione integrativo-correctiva degli ordinamenti giuridici nazionali, così in B. Conforti, Diritto Internazionale, Editoriale Scientifica, Napoli, 1999., p. 45.

<sup>174</sup> Del concetto di *ius gentium* esistono una nozione tecnica, o giuridica ed una filosofica. In senso tecnico lo *ius gentium* coincide con lo *ius inter gentes*, il diritto che i romani applicavano alle relazioni giuridiche, prevalentemente di natura commerciale, intrattenute con lo straniero, ed al quale i più riconducono l'origine del diritto internazionale. In senso filosofico il concetto di *ius gentium* ha indicato nel tempo tre cose distinte.

Secondo una prima concezione esso coincide, in parte o in tutto, con il diritto naturale. Già Aristotele, nell'etica Nicomachea, aveva definito il diritto naturale come la legge comune degli uomini (*Koinós nómos*) e in termini simili Gaio, nelle Istituzioni, vedeva nello *ius gentium*, il diritto fondato sulla *naturalis ratio*, comune a tutti gli uomini e di cui tutti i popoli si avvalgono.

A tale nozione nel tempo si affiancò quella di *ius gentium* inteso come il diritto positivo contingentemente comune a tutti i popoli. La separazione del diritto delle genti dal diritto naturale, che sarà fondamentale nel successivo pensiero cristiano e medievale, si deve per primi ad Ulpiano e Fiorentino. In tale accezione il diritto naturale, superiore e razionale per definizione, è lo strumento attraverso cui criticare istituti di *ius gentium*, diffusi in tutte le civiltà, eppur contrari alla *naturalis ratio*, quali la schiavitù. Alla visione dicotomica dell'età classica, che opponeva lo *ius civile*, o *proprium*, allo *ius gentium*, o *naturalis*, subentra la tricotomia, che verrà mantenuta per tutto il medioevo ed oltre, tra:

- lo *ius naturalis*, caratterizzato da un'universalità fondata sulla *naturalis ratio* e giusto per definizione;

*tutti i popoli si avvalgono*, nelle parole di Gaio – e che trova oggi un espresso fondamento normativo nell'art. 38, § 3 dello Statuto della Corte Permanente di Giustizia Internazionale (da qui CPGI) e nel successivo art. 38, §1, lett. c) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia (da qui CGI).

Nel 1920 la Società delle Nazioni incaricò un comitato consultivo, composto da dieci membri di diversa nazionalità, di redigere lo statuto della Corte Penale di Giustizia Internazionale.

Il presidente belga Descamps propose d'inserire tra le fonti normative a disposizione della Corte, dopo i trattati e le consuetudini, le cosiddette *regole di diritto internazionale riconosciute dalla coscienza giuridica dei popoli civili*.

La norma mirava per un verso a garantire<sup>175</sup> che la «legge fondamentale del giusto e dell'ingiusto, *profondamente scolpita nel cuore di ogni essere umano*» – nelle parole di Descamps – trovasse l'opportuna collocazione tra le fonti di diritto internazionale<sup>176</sup>; per altro verso a prevenire il rischio di *non liquet*, il rischio, cioè, che CPGI fosse tenuta a *denegare giustizia* in ragione della mancanza di una norma di diritto internazionale applicabile alla fattispecie in esame.

Si trattava, in altri termini, d'introdurre una fonte suppletiva di diritto che, di fatto, conferiva un espresso potere normativo ad un organo giurisdizionale mediante un meccanismo d'integrazione normativa simile all'*analogia iuris* in uso in numerosi ordinamenti nazionali, seppur nel richiamo, in tale caso, piuttosto che agli ordinari strumenti di diritto positivo, ad una certa idea di *giustizia naturale insita nelle coscienze di tutti gli essere umani*.

- 
- lo ius gentium, diritto positivo caratterizzato da un'universalità fondata sul *consensus omium gentium*, il consenso su determinati contenuti che ciascun popolo, iure proprio, riconosce, a prescindere dal fatto che tali contenuti sia giusto o meno;
  - lo ius proprium, il diritto positivo di ciascun popolo o stato.

<sup>175</sup> Così si legge nel testo dei lavori preparatori e così riferiscono i maggiori autori che dell'argomento si sono occupati. Si vedano: A. Cassese, *Diritto Internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2003; anche in A. Cassese, *International Law*, Oxford University Press, 2005; C. Focarelli, *Lezioni di Diritto Internazionale*, I e II, Cedam, Padova, 2008; B. Conforti, *Diritto Internazionale*, op. cit.

<sup>176</sup> A. Cassese, *Diritto Internazionale*, op. cit.

La proposta giusnaturalista di Descamps, che ottenne il plauso della maggior parte dei membri del Comitato, dovette tuttavia scontrarsi con la strenua resistenza di un ristretto gruppo di giuristi di orientamento positivista: lo statunitense Root, il britannico Lord Phillimore e l'italiano Ricci Busatti.

Root intervenne duramente sull'argomento<sup>177</sup>, misconoscendo qualsivoglia idea di giustizia connaturata alle coscienze umane – *non è possibile costringere le Nazioni a sottoporre le loro controversie ad un Tribunale che amministra non solo la giustizia ma anche quella che ritiene essere la coscienza dei popoli civilizzati* – ribadì piuttosto che le Nazioni mai avrebbero riconosciuto altro diritto al di fuori delle *regole positive fondate sull'accordo di tutti gli Stati*.

L'italiano Ricci Busatti, per conto suo, rimarcò la necessità che l'ordinamento internazionale rispettasse il principio di competenza fondato sulla Sovranità statale – *la legislazione in materia di diritto internazionale è materia degli Stati* – sottolineando, peraltro, l'irrelevanza della questione del *non liquet* poiché «nel constatare l'assenza di una regola positiva di diritto internazionale, cioè di un limite internazionale alla libertà delle parti, si stabilisce comunque una situazione giuridica [e cioè che] ciò che non è vietato è permesso».

La discussione assunse i toni accesi tipici dello scontro tra sostenitori della legge naturale e fautori del diritto degli uomini ed ebbe a concludersi, infine, con la scelta di una formula di compromesso che, nel cercare di ridimensionare l'idea di un giudice internazionale che fosse il diretto artefice della norma, introdusse il richiamo ai *principi generali riconosciuti* – e pertanto preesistenti all'interno di ciascun ordinamento nazionale – dalle *nazioni civili*<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> Per una ricostruzione dettagliata del dibattito in C. Focarelli, *Lezioni di Diritto Internazionale*, II, Prassi, op. cit., p. 105 e ss.

<sup>178</sup> È chiaro che l'aggettivo civile, inserito nella formula in un contesto storico e culturale ben diverso da quello odierno, ha creato nel tempo un giustificato e generale malcontento da parte degli esponenti di quei paesi che, a contrario, avrebbero dovuto essere definiti come incivili. Oggi la formula suona, a detta di taluni autori, anacronistica ed offensiva, così che, ad esempio, nei documenti più recenti essa è stata sostituita con la più accettabile espressione *principi generali di diritto riconosciuti*

Coma già osservato, si tratta di una formula a dir poco ambigua volta a ricomprendere, nell'idea di buona parte della dottrina internazionalista, quei *principi di giustizia e di logica giuridica*<sup>179</sup> «così elementari e così inerenti all'idea del diritto da far presumere che esistano in ogni ordinamento giuridico»<sup>180</sup> sovente «espressi con le formule degli avi»<sup>181</sup> – ricorda Conforti – del tipo di *pacta sunt servanda, rebus sic stantibus, ne bis in idem, nemo iudex in re sua, favor debitoris, sic utere tuo ut alienum non laedas*,<sup>182</sup> ed oggi in larga parte ricondotti alla materia dei diritti umani<sup>183</sup>.

La formula di compromesso su cui da ultimo si posò la scelta dei componenti del Comitato, lascia tuttavia aperta la questione della natura di simili principi: se essi vadano, in altri termini, intesi quali componenti di diritto positivo, contingentemente presenti all'interno di tutte, o della maggior parte, delle società giuridiche e fondati sul *consensus omnium (civilium) gentium*; se non siano, piuttosto, come nella richiamata idea di Gaio, manifestazioni della naturalis ratio, comune a tutti gli uomini e di cui tutti i popoli si avvalgono<sup>184</sup>; o se su altre basi, ancora, ne vada indagato il fondamento.

La questione, a ben vedere, non è priva di rilevanza ai nostri fini, poiché da essa che dipendono, in ultima analisi, tanto la natura quanto la funzione dell'indagine comparativa.

---

dall'*insieme delle Nazioni* (così, ad esempio nel Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966) o, ancora, principi generali di diritto elaborati dalla Corte in base alle legislazioni interne dei sistemi del mondo (così in art. 21, par. 1, lett. c) dello Statuto della Corte penale Internazionale)

<sup>179</sup> Così in Focarelli, *Lezioni di Diritto Internazionale*, I e Conforti, *Diritto Internazionale*, op. cit.; Anche in A.J.Rodríguez Carrión, *Lecciones de Derecho Internacional Público* Tcnos, Madrid, 2000.

<sup>180</sup> Focarelli, op. cit., p. 107.

<sup>181</sup> Conforti, op. cit., p. 43

<sup>182</sup> Per un elenco più completo, si veda la voce di Hermann Mosler, *General Principles of Law*, in R. Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, (1992), p. 511 (519 e ss.).

<sup>183</sup> In particolare si veda Conforti, il quale parla di «principi, oggi universalmente propugnati, che mirano a salvaguardare la dignità umana e ad attuare una migliore giustizia sociale», op. cit., p. 44.

<sup>184</sup> Non di rado, in effetti, specie nella riflessione dottrinale, è dato imbattersi nell'idea che detti principi siano espressione di una certa idea di natura, dell'uomo o del diritto che sia, così come Gutteridge, citato in W. Friedmann, 57 *Am. J. Int'l L.* 279 1963, p. 285.

Secondo un primo gruppo di teorie, che possiamo definire oggettiviste, i principi generali sarebbero contenuti normativi determinati dotati di un'esistenza autonoma del tutto svincolata dall'intervento del giudice internazionale e dal suo sistema di credenze od opinioni.

Dette teorie contano, al proprio interno, voci anche molto dissonanti<sup>185</sup>, che spaziano dalle posizioni positiviste di quanti ne ancorano l'esistenza al *consensus omnium gentium* – così come nell'idea di Gorla, il quale parla di «un ritorno in incognito della *communis opinio vel praxis totius orbis civilis qui cum legibus vivit*»<sup>186</sup>; o di Conforti, che li definisce «principi oggi *universalmente propugnati* che mirano a salvaguardare la dignità umana e ad attuare una migliore giustizia sociale»<sup>187</sup>; a quelle di matrice giusnaturalista, che fanno appello ad un qualche idea di un contenuto naturale del diritto – così come traspare nelle parole di Focarelli, prima richiamate: *così elementari e così inerenti all'idea del diritto da far presumere che esistano in ogni ordinamento giuridico* – o della giustizia, come nel rilievo di Gutteridge:

«a principal object of the invocation of the *general principles* is to provide the judge, on the one hand, with a guide to the exercise of his choice of a new principle and, on the other hand, to prevent him from *blindly following the teaching* of the jurists with which he is most familiar without first carefully weighing the merits and considering whether a principle of private law does in fact satisfy the demands of justice if applied to the particular case before him. In other words comparative law furnishes [him] with an objective test by which he can measure the justice of a principle which he believes to be the correct one and proposes to apply to the facts of a particular case when the existing rules of the law of nations do not furnish him with the materials for a decision».

---

<sup>185</sup> Sulla radice oggettivista, e sul fondamento epistemologico descrittivista, che accomuna talune posizioni positiviste ed il giusnaturalismo si veda quanto rilevato da Vittorio Villa in *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, op. cit., p. 130 e ss.

<sup>186</sup> *Diritto comparato e straniero*, op. cit., p. 8.

<sup>187</sup> B. Conforti, *Diritto Internazionale*, op. cit., p. 45.

Ciò che accomuna le diverse posizioni, nel cui merito non rileva per il momento addentarsi oltre, è l'idea – mutuando le parole di Vittorio Villa – che la conoscenza giuridica sia, *nella sua essenza, descrizione o rappresentazione oggettiva di segmenti dell'esperienza giuridica [...] attività che, in ultima analisi, prende oggettivamente atto di qualcosa della realtà*<sup>188</sup>.

I principi, in altri termini, sarebbero componenti reali del diritto, segmenti dell'esperienza giuridica dotati di un'esistenza oggettiva di cui il giudice internazionale si limita a prendere atto.

Nel far ciò, tuttavia, questi è chiamato, a scontrarsi con le difficoltà pratiche legate alla cornice pluriordinamentale e multilinguista in cui i principi generali di diritto trovano posto.

Ciascun principio, infatti – ritengono gli oggettivisti – pur essendo *in nuce un'entità giuridica sostanzialmente unica*, è destinato a frammentarsi in una costellazione di formulazioni linguistiche e normative distinte, una volta che sia entrato a contatto con le strutture particolari degli ordinamenti nazionali.

Compito del giudice, in casi simili, sarà, pertanto, quello di ricostituirne l'unità primigenia superando le *barriere linguistiche, terminologiche e concettuali*, come osserva Schlesinger<sup>189</sup> che, di fatto, ne impediscono la visione d'insieme.

«An examination of these principles – rileva Wolfgang Friedmann – means a pragmatic attempt *to find from the major legal systems of the world* the maximum measure of agreement on the principles relevant to the case at hand[...] This will, in most, though by no means in all, cases, involve a comparison of the relevant principles of the most representative systems of the common-law and the civil-law world»<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> V. Villa, Conoscenza e concetto di diritto positivo, op. cit., p. 131.

<sup>189</sup> *Linguistic, terminological and conceptual barriers*, R. B. Schlesinger, Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations, 51 Am. J. Int'l L. 734 1957, p. 740.

<sup>190</sup> W. Friedmann, op. cit., p. 284-285.



Il processo di ricostituzione dell'unità del principio postula, in ipotesi, che il giudice si prodighi in almeno quattro distinte operazioni mentali e materiali logicamente collegate, alle quali ci si suole genericamente riferire con il termine comparazione:

- In primo luogo questi sarà chiamato a raffrontare tra di loro le nazioni mondiali in funzione dell'assunto criterio di civiltà, così da riservare l'indagine sui principi a queglii stati che si siano *distinti* per la circostanza dell'*essere civili* (*primo impiego della comparazione ai fini della determinazione del campione rilevante*);
- In secondo luogo sarà tenuto ad identificare, per ciascun ordinamento considerato, le *fonti di diritto rilevanti*, quelle, vale a dire, in cui i principi generali trovano espressione;

Contestualmente dovrà impegnarsi, com'è ovvio, in un'opera di traduzione dei documenti normativi ritenuti rilevanti, dalla lingua di formulazione (LP o lingua di partenza) alla propria lingua madre (LA o lingua d'arrivo), così provvedendo ad una prima, sommaria, determinazione dei rispettivi significati (*secondo impiego della comparazione, in funzione traduttiva*);

- In terzo luogo, soffermandosi sul testo di ciascun documento tradotto, provvederà ad *enuclearne il significato* (*fase interpretativa in senso stretto*);
- Da ultimo, opererà il raffronto tra le fonti normative previamente selezionate e tradotte, al fine di determinarne il contenuto comune sulla cui base andrà deciso il caso in esame (*comparazione orientata alle somiglianze*).

Mediante la metafora dell'*estrazione del principio*, che tanto di frequente è dato incontrare nella letteratura sull'argomento, quasi si trattasse di elementi naturali presenti nel *sottosuolo giuridico*, le posizioni oggettiviste mirano a ribadire il ruolo di un giudice *bocca della legge* (naturale o umana che sia), chiamato a *disvelare* mediante l'ausilio dell'opera comparativa e dell'indagine sulle somiglianze, la trama sommersa che percorre ed accomuna tutta l'esperienza giuridica delle *nazioni civili*.

La *comparazione giudiziale*, in altri termini, *nulla crea e nulla distrugge*. Tanto la traduzione, quanto l'interpretazione, quanto, ancora, la determinazione delle somiglianze sono operazioni di carattere obiettivo e neutrale che lasciano integri natura e contenuti delle fonti di diritto considerate:

«Se il significato del richiamo ai principi generali – osserva Gaja – avesse la funzione di consentire alla Corte di costruire regole concrete muovendo da analisi comparative, la funzione del riferimento sarebbe assai più rilevante e comporterebbe per la Corte il compito eventuale di porre la norma del caso concreto. Ma non appare questo il significato del riferimento ai principi generali contenuto nella disposizione dello Statuto. Innanzi tutto la lettera sembra indicare che compito della Corte sia accertare l'esistenza di principi già operanti (*reconnus*) piuttosto che considerare taluni principi quali punti di partenza per una costruzione che si discosti dal contenuto comune ai principi stessi. Inoltre, se inteso in questo secondo senso, il riferimento ai principi generali si approssimerebbe sensibilmente al criterio dell'equità, per la cui utilizzazione lo statuto richiede un accordo specifico tra le parti»<sup>191</sup>.

\*\*\*

In netta polemica con le tesi oggettiviste si schiera un secondo gruppo di dottrine, riconducibili ad una comune matrice relativista. Dette dottrine, muovendo dall'assunto che principi generali di diritto siano espressione di un atto di discrezionalità del giudice e che all'indagine comparativa non vada, pertanto, riconosciuto alcun ruolo od utilità pratica, fuorché la vuota retorica, attribuiscono all'oggettivismo quattro tesi fondamentali avverso le quali sollevano altrettante obiezioni

La prima tesi ha a che vedere con la formazione del campione rilevante e può essere sinteticamente descritta come l'assunto della natura oggettiva del criterio di civiltà. Assumere che i principi generali siano, in qualche misura oggettivi, vale a dire dotati di un'esistenza indipendente rispetto al soggetto che li determina, implica accettare l'esistenza di un criterio parimenti oggettivo e transculturalmente valido di civiltà, ai

---

<sup>191</sup> G. Gaja, Principi generali del diritto (Diritto. internazionale), in Enciclopedia del Diritto, XXXV, 1986 p. 538.  
Analoghe considerazioni in C. Focarelli, I, op. cit., p. 108 e ss. e J. Combacau e S. Sur, Droit International Public, Montchrestien, Paris, 1993, p. 106.

fini della determinazione del *campione rilevante* su cui impostare l'analisi comparativa, il che, a detta di tali autori, è cosa a dir poco dubbia. Non a caso, il riferimento alle nazioni civili fu ampiamente e trasversalmente criticato quale offensivo *retaggio dello sciovinismo europeista*<sup>192</sup>, nelle parole del giudice Ammoun<sup>193</sup>.

Ma se anche volesse ammettersi, così come taluni hanno sostenuto, che l'espressione vada oggi intesa a ricomprendere le nazioni che praticano il rispetto dei diritti fondamentali e della dignità umana, o, ancora, che si astengono da pratiche discriminatorie e da pregiudizi razziali e culturali<sup>194</sup>, chi stabilisce, in ultima analisi, cosa significhi dignità umana, quali siano i diritti fondamentali o cosa debba intendersi per pregiudizio razziale o per condotta discriminatoria?

La seconda è la tesi della black letter orientated (rule-based) comparative law research.

Detta tesi si fonda sull'assunto che l'indagine comparativa debba essere incentrata sulla sola analisi di documenti scritti – black letter orientated – «and would not use any approach other than the reading of statute, cases, parliamentary debates and doctrinal works and would regard description and identification to be the final stages of the inquiry».<sup>195</sup>

Il circoscrivere l'indagine sui principi ai soli testi scritti, rilevano i relativisti, implica, tuttavia, limitarsi ad un'immagine di superficie del significato, che è quella che emerge dal documento e dalla sua interpretazione letterale. Non soltanto, tuttavia, una simile interpretazione è destinata a sortire una scarsa utilità pratica, considerato il linguaggio *generico ed indeterminato*<sup>196</sup> in cui i principi trovano

---

<sup>192</sup> Sul punto si veda F. Salerno voce Principi Generali di Diritto (dir. int.) in Digesto discipline pubblicistiche, vol. XI, Utet, 1996.

<sup>193</sup> Caso North Sea Continental Shelf, 1969, C.I.G. 4, 132-140, citato in C. A. Ford, Judicial Discretion in International Jurisprudence: art. 38 (1) © and General Principle of Law, 5 Duke J. Comp. & Int'l L. 35 1994-1995, p. 65.

<sup>194</sup> Così in Ford, op. cit.

<sup>195</sup> E. Öricü, Methodology of Comparative Law, in Jan M. Smits(ed), Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Edward Elgar, 2006, 442, 449-450.

Legrand, nello stesso senso, parla di *black on white comparative excursus*, in Paradoxically, Derrida: For a Comparative Legal Studies, 27 Cardozo L. Rev. 631 2005-2006, p. 640.

<sup>196</sup> G. Pino, Diritti e interpretazione, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 55.

formulazione e la loro necessità di specificarsi in una *sostanza pre-positiva, che si esprime nella dinamica della cultura*<sup>197</sup>; ma, di più, rileva Legrand, essa è indice a monte d'una impostazione riduzionista che omette di considerare che «rules<sup>198</sup> and concepts alone actually tell one very little about a given legal system and reveal even less about what two legal systems are converging or not. They may provide one with much information about what is apparently happening, but they indicate nothing about the deep structures of legal systems. Specifically, rules and concepts do little to disclose that legal systems are but the surface manifestation of legal cultures and, indeed, of culture tout court. In other words they limit the observer to a thin description and foreclose the possibility of the thick description that the analyst ought to regard as desirable».<sup>199</sup>

La terza è la tesi della neutralità della traduzione giuridica e della traducibilità del diritto.

Nell'approccio oggettivista la traduzione dei testi dalla lingua d'origine a quella del giudice, nel pieno rispetto della matrice etimologica del termine – dal latino *traducere*, condurre da un luogo ad un altro – viene descritta come un'attività del tutto aproblematica, una mera passaggio linguistico da un equivalente semantico ad un altro che non interviene, od interferisce, con il significato della parola.

L'oggettivismo, osserva Legrand, è «imperturbably silent on the matter of law's language (except to cast a negative light on the *diverse vocabularies of the different systems* and imply that such differentiation must be overcome) [...] translation is unproblematic: signifies are *ad idem* and there are no phantom referents. But then what of Nietzsche's view that two neighbours cannot understand one another? »<sup>200</sup>.

Nel propugnare il superamento del particolarismo linguistico, approcci simili – rilevano i relativisti – dimostrano d'ignorare del tutto il complesso ed acceso

---

<sup>197</sup> G. Zagrebelsky, *La Legge e la sua Giustizia*, Il Mulino, 2008, p. 236.

<sup>198</sup> Qui inteso quale testo scritto, quale ne sia il contenuto.

<sup>199</sup> P. Legrand, *European Systems are not converging*, *International and Comparative Law Quarterly* (1996) 45: 52-81, Cambridge University Press, p. 56.

<sup>200</sup> Paradoxically, Derrida, *op. cit.*

Legrand si occupa, in questo saggio, di criticare in particolare la posizione funzionalista di Kötz, che accusa di essere nomocentrica e logocentrica.

dibattito che ruota intorno al tema della traduzione giuridica e all'insieme dei problemi ad essa legati. Accade, infatti, che per parole all'apparenza simili, come *contract* e *contrat*, nell'esempio già citato, transitino da una lingua giuridica all'altra contenuti giuridici significativamente diversi o che, all'opposto, parole ben lontane nei suoni siano chiamate ad esprimere il medesimo senso nel diritto; e accade ancora, e non di rado, che una determinata lingua sia del tutto sprovvista delle parole necessarie ad esprimere il contenuto di termini che le sono estranei poiché estraneo le è il concetto giuridico in essi richiamato.

«Si deve ammettere che vi sono espressioni intraducibili – rileva Rodolfo Sacco nelle belle pagine del suo manuale di diritto comparato dedicate alla traduzione giuridica – ma si può arrivare a porre il quesito se vi siano espressioni traducibili».<sup>201</sup>

La traduzione, lungi dall'essere un processo neutrale di trasferimento semantico da una lingua all'altra, è per sua natura un percorso di alterazione e di contaminazione del significato che nasce dalla «insurmontable spécificité qui caractérise une langue évoluant dans un contexte culturel donné» [...] loin de se faire la copie d'un texte original qu'elle dupliquerait, mécaniquement, constitue un lieu où s'affirme l'indépassable altération de la langue, c'est-à-dire au sens étymologique même, son devenir-autre».<sup>202</sup>

La quarta è la tesi della natura descrittiva dell'interpretazione giuridica, che si collega tanto alla questione della *black orientated comparison* quanto al tema della neutralità della traduzione.

L'oggettivismo ha per corollario una teoria formalista dell'interpretazione giuridica che muove dal presupposto che la determinazione di significato dei documenti normativi, se validamente eseguita, sia un'operazione di carattere descrittivo, del tutto scevra da componenti valutative o decisorie. Ciascun testo sarebbe depositario

---

<sup>201</sup> R. Sacco, Introduzione al diritto comparato, op. cit.

É bene tuttavia ricordare come la posizione di Sacco appaia in qualche misura universalista, come rilevato nel primo capitolo, in ragione della pretesa di utilizzare i formanti quale strumento valido all'analisi di ogni ordinamento.

<sup>202</sup> Simone Glanert, Comparaison et traduction des droits, in P. Legrand, Comparer les droits, résolument, PUF, Paris, 2009, pp. 282;284.

di un solo ed unico *significato corretto*<sup>203</sup> – quello su cui confluisce il *consensus omnium gentium*, nelle posizioni positiviste, o quello conforme alla *naturalis ratio* in cui si esprime la legge di tutti i popoli, in prospettiva giusnaturalista – che sta all'interprete scoprire mediante l'ausilio, come s'è detto, dell'analisi comparativa dei testi scritti. Ricostituire l'unità dei principi vuol dire rintracciare, nella pluralità delle formulazioni, il *solo ed unico significato* che gli è proprio.

Una simile impostazione, tuttavia, non tiene conto di una serie di aspetti che hanno a che vedere anzitutto con la circostanza che l'interprete operi non già sui testi genuini, bensì testi tradotti, testi, vale a dire, che sono il risultato dei processi di contaminazione provocati dal particolarismo linguistico e culturale di cui 's'è detto; in secondo luogo della natura generica ed indeterminata del linguaggio dei principi, cui s'è fatto cenno a proposito della seconda tesi; da ultimo, più in generale, della relazione interazionistica tra soggetto e testo che interviene in qualsivoglia processo interpretativo e che determina che il risultato dell'interpretazione sia, in ultima analisi, il frutto di valutazioni personali ancorate non già, o solo, al testo, quanto, piuttosto, a considerazioni soggettive legate al caso o, più in generale, al contesto storico, economico e sociale in cui l'interprete è chiamato ad esprimersi.

Alla tesi dell'oggettività del principio di civiltà, il relativismo contrappone, pertanto, la tesi del pluralismo dei sistemi di valori;

Alla tesi della black letter orientated comparison il relativismo contrappone la tesi della natura culturale, differenziale e tendenzialmente insondabile del diritto;

Alla tesi della neutralità della traduzione e della traducibilità delle culture giuridiche il relativismo contrappone la tesi della traduzione contaminava.

Alla tesi del formalismo interpretativo il relativismo contrappone la tesi dell'interpretazione come atto di creazione del significato.

A rincarare la dose, si aggiungono due ulteriori ordini d'obiezioni:

---

<sup>203</sup> V. Villa, Il positivismo giuridico, op. cit. p. 209.

L'uno ha carattere pragmatico e si collega alle difficoltà pratiche che comporterebbe il sobbarcarsi, nel breve lasso di tempo di un procedimento giudiziario, in un'impresa comparativa tanto immane da coinvolgere tutti, o quasi, i sistemi di diritto contemporaneo, per la quale non basterebbero anni, come i trascorsi degli studi comparativi dimostrano:

«Not only were the scholarly efforts involved enormously time-consuming, they produced few results in an ideologically and economically polarized twenty-century world that found universal agreement on most ideas enormously difficult» – rileva Christopher Ford<sup>204</sup>.

L'altro ha carattere concettuale e fa riferimento al participio *riconosciuti* che ricorre nella formula sui principi generali. Che vuol dire che detti principi debbano essere riconosciuti all'interno degli ordinamenti nazionali? È sufficiente che siano contemplati in un catalogo o è altresì necessario che essi siano applicati? e se è così, in che misura e da parte di chi? «How similarly must two systems apply a given principle for it to be considered accepted by both of them? » – si domanda ancora Ford<sup>205</sup>.

\*\*\*

Tralasciando di entrare nel merito delle altre questioni, di cui in parte ci siamo già occupati ed in parte ci occuperemo ancora a tempo debito, bisogna, invero, riconoscere che l'approccio oggettivista offre un'immagine semplicistica e mistificante della traduzione giuridica, quasi che tradurre fosse null'altro che far transitare la parola da una lingua ad un'altra facendo in modo che il suono rimanga inalterato. Espressioni quali *equality*, *eguaglianza*, *égalité*, *igualdad*, che è dato incontrare nelle carte costituzionali di numerosi paesi del mondo, sono trattate come fossero portatrici del medesimo bagaglio semantico semplicemente in ragione dell'assonanza linguistica che le rende, all'apparenza, simili.

---

<sup>204</sup> C. A. Ford, *Judicial Discretion in International Jurisprudence*: art. 38 (1) © and General Principle of Law, 5 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 35 1994-1995. p. 68.

<sup>205</sup> Ford, *op. cit.*, p. 72.

Ciò che si oscura, invero, è, per un verso, lo scarto, che pur esiste, tra il linguaggio ordinario e la lingua giuridica; e per altro verso, l'interazione tra il testo normativo ed il contesto culturale cui esso appartiene<sup>206</sup>, come, d'altronde, la gran parte delle teorie dell'interpretazione<sup>207</sup> oggi apertamente riconosce.

I testi normativi, osserva Giuseppe Zaccaria, «a differenza di quelli narrativi, poetici, filosofici o scientifici, si caratterizzano per la loro valenza autoritativa, la loro funzione prescrittiva, volta ad orientare i comportamenti dei consociati fornendo una direzione di senso. Il linguaggio giuridico implica, cioè, un'ineludibile dimensione pratica che ne fa uno strumento di giudizio e di valutazione, il cui significato è permeato da elementi contestuali e intra-testuali».<sup>208</sup>

Se in un'opera narrativa, pertanto, com'è stato osservato, il traduttore francofono può ben permettersi di tradurre l'inglese *contract* con il francese *contrat*, poiché il senso giuridico del termine potrebbe non rilevare più di tanto nelle intenzioni dell'autore, non può non sfuggire al giurista che «l'idea inglese di *contract* non trova equivalenti in francese: il contratto francese non implica l'idea di *consideration*, e certi accordi (tali il *bailment*, il *trust*, la *conveyance*) non appartengono alla categoria del *contract*, nonostante abbiano tutte le caratteristiche del contratto»<sup>209</sup>.

Allo stesso modo che due, tre, dieci e cento ordinamenti giuridici contemplino nei rispettivi documenti normativi, espressioni del tipo *giusto processo*, *dignità umana*, *libertà*, *uguaglianza* o *diritto alla vita*, non significa che tutti rinviino alla medesima idea di giusto processo, di dignità umana, di libertà, di giustizia o di vita:

«To say merely that a particular rule is accepted by different legal systems – osserva Ford – is not necessarily to say that these systems place the same normative value upon the rule, or that they employ it for the same reason or purpose. In fact, the

---

<sup>206</sup> Sacco distingue, a tal riguardo, tra fenotipi, o nozioni di diritto positivo, e genotipi, o nozioni, normalmente dotate di un contenuto più generale, appartenenti alla teoria generale del diritto. In R. Sacco, *Lingua e diritto*, in *Ars Interpretandi* Cedam, Padova, 2000, p. 128.

<sup>207</sup> Si veda a riguardo V. Villa, op. cit.; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004; F. Viola e G. Zaccaria, *Diritto e Interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

<sup>208</sup> G. Zaccaria, *Tradurre e interpretare*, in *Ars Interpretandi*, Cedam, Padova, 2006, p. 197

<sup>209</sup> R. Sacco, *Lingua e Diritto*, in *Ars Interpretandi* 2000, Padova, Cedam, 2000, p. 126.



existence in one or more municipal systems of a solution to the problem which is attributable to a quite different principle undermines the credibility of the principle asserted as a general principle».<sup>210</sup>

E nello stesso senso rileva Baldassare Pastore «i diritti proclamati nei testi legislativi e negli atti internazionali occultano spesso concezioni profondamente diverse e sembrano rendere le formule che li riassumono universalistiche solo superficialmente. si consente formalmente sui diritti, ma si dissente circa i modi di farli valere nelle situazioni concrete»<sup>211</sup>.

Ma se così è, e se ciascun ordinamento «ritaglia la realtà giuridica secondo il proprio modo di vederla e su tali basi opta per la scelta di una parola piuttosto che d'un'altra al fine di definire un particolare concetto di diritto»<sup>212</sup>; se contract non è contrat, ed égalité non è equality; e ancora, se la traduzione è, per sua natura, un processo di alterazione e di contaminazione del significato, e la scoperta del simile pura retorica priva di fondamento; e se l'interpretazione ha nulla da scoprire e tutto da creare, bisogna allora interrogarsi se l'indagine sui principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili sia ancora un'impresa dotata di senso, oppure no. In un simile scenario, v'è ancora spazio per il transito delle informazioni da un sistema giuridico all'altro? V'è ancora spazio per la comunicazione tra giuristi di diversa estrazione linguistica e culturale?

Tra chi vede nella comparazione lo strumento per la ricostituzione dell'unità perduta, nella traduzione la scoperta del significato primigenio delle parole e nei principi generali di diritto l'espressione oggettiva di un contenuto normativo universale; e chi, all'opposto, si schiera a sostegno di un modello cognitivo da tour de Babel<sup>213</sup> e vede nella comparazione una vana forma di retorica post-moderna e nei principi l'espressione di un atto di creazione pura del giudice, si colloca un gruppo di tesi di

---

<sup>210</sup> C. A. Ford, *Judicial Discretion*, op. cit.

<sup>211</sup> B. Pastore, *Per Un'Ermeneutica dei Diritti Umani*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 9.

<sup>212</sup> F. Terral, *L'empreinte culturelle des termes juridique*, 49, *Meta* 876, p. 878, cit. in Simone Glanert, *Comparaison et traduction des droits*, in P. Legrand, *Comparer les droits, résolument*, op. cit.

<sup>213</sup> J. Derrida, *Des Tours de Babel*, *Semeia* 54 (1991)

mezzo che rifiuta tanto il formalismo estremo dell'oggettivismo, quanto l'irredimibile scetticismo delle posizioni realiste.

L'idea di tali autori si basa più su un fondamento pragmatico, sul proprio vissuto quotidiano, che su un assunto teorico o su un qualche principio di verità.

L'esperienza insegna che la gente di diversa estrazione linguistica è in grado di comprendersi e comunicare, tanto nella vita di tutti i giorni quanto nelle situazioni che investono competenze tecniche e linguistiche peculiari, come nel caso del diritto.

«At a basic level – osserva Mitchel Lasser – for example, students of my one-semester comparative-law course can and do, in fact, learn to identify, with a rather high degree of accuracy, the origin of assorted legal arguments. They can, for example, distinguish between translated French, Italian, German and Japanese documents and can even do so in the context of civil, criminal, administrative and constitutional tribunals. In short, comparatists can learn to identify and recognize the discursive, argumentative and conceptual traits that characterize different legal systems. [...] Students of comparative law can learn to appreciate and then to mimic or reproduce legal arguments typical of particular legal systems. [...] The quality of the comparative imitation, therefore, depends on a combination of empirical study and artistic sensibility. [...] But this simply does not mean that the comparatist has failed to gain significant access to the conceptual universe in which that foreign jurist functions (...)The comparatist can, therefore, gain sufficient discursive fluency in the foreign system to be sensitive to many, or even to most, of its material, argumentative and conceptual conventions and expectations»<sup>214</sup>.

Su presupposti non dissimili Rodolfo Sacco rileva:

«Il giurista traduce. Il giurista belga, il giurista québequese ed il giurista svizzero redigono le leggi in due o quattro lingue[...].Il *common lawyer* accetta di discutere il testo dei principi generali di Unidroit per i quali la nozione di contract è d'importanza primordiale, e il contract non ha bisogno di *consideration*. In che modo dunque? Ci sarebbe, forse una doppia verità, una doppia nozione, un doppio

---

<sup>214</sup> M. Lasser, The question of Understanding, in P. Legrand, Comparative legal studies, op. cit., pp. 201-202.

concetto? Il *contract* è forse una promessa che si appoggia su una *consideration* se il giurista inglese parla ad un giurista che sa essere un *common lawyer* ma questo *contract* diventa un'altra categoria quando il giurista inglese parla ad un *civil lawyer*?»<sup>215</sup>.

E ancora, aggiunge Paul Ricoeur, «Sì, bisogna ammetterlo: da una lingua all'altra la situazione è proprio quella della dispersione e della confusione. E tuttavia la traduzione s'inscrive nella lunga litania del *malgrado tutto*. Nonostante i fratricidi noi militiamo per la fraternità universale. Nonostante l'eterogeneità degli idiomi, esistono bilingue, i poliglotti, gli interpreti e i traduttori».<sup>216</sup>

Malgrado tutto, i giuristi provenienti da diverse aree linguistiche, culturali e giuridiche sono, in qualche modo, in grado di comprendersi, di spostare la comunicazione linguistica su un'area semantica *debole*, generalmente condivisa, o condivisibile, che è cosa altra, tuttavia, rispetto al senso tecnico (*latu sensu*) ed intralinguistico della parola giuridica.

«La parola *contract* – rileva sempre Sacco – in quanto vocabolo di diritto positivo americano, si rapporta all'accordo (*agreement*) fondato su una *consideration*. Ma il *common lawyer* sa parlare di *contract* per indicare una categoria più generale. Questa ingloba, al fianco di *contract*, il contratto francese ed il *Vertrag* tedesco, che non comportano, necessariamente, un vantaggio per il promittente o uno svantaggio per colui che stipula. Ciò che bisogna notare è che la nozione giuridica ha una sua bivalenza, per cui da un canto è una nozione di diritto positivo, e da un altro canto è una nozione (normalmente dotata di un contenuto più generale) appartenente alla teoria del diritto».<sup>217</sup>

Considerazioni non dissimili possono valere per *equality*, eguaglianza, *égalité*, *igualdad* e per altro ancora. L'esperienza pratica c'insegna che, al di là delle differenze di genere o di specie, i giuristi di aree culturali anche distanti sono in grado, in massima parte, di discutere di eguaglianza accogliendo un *senso debole e*

---

<sup>215</sup> R. Sacco, *Lingua e Diritto*, op. cit. p. 128.

<sup>216</sup> P. Ricoeur, *Il paradigma della traduzione*, in *Ars Interpretandi* 2000, op cit., p. 6.

<sup>217</sup> R. Sacco, *Lingua e Diritto*, op. cit. p. 128.

*generalissimo* della parola che non è né il senso proprio della nozione accolto nei rispettivi ordinamenti positivi, ammesso che un simile senso esista e sia uno solo – *culture is a plurale tantum: it exists only in the plural*, abbiamo rilevato nel primo capitolo; né il risultato di una lettura del tutto soggettiva, anche a costo della contro-intuizione.

Si tratta, piuttosto, del senso diffuso e comprensivo – nel significato latino di *comprehendere*, contenere, abbracciare – di cui la comparazione giuridica è l'artefice discorsiva<sup>218</sup>. In questo senso, rileva Vittorio Villa, nozioni quali libertà, uguaglianza, democrazia – ma anche diritto, interpretazione, conoscenza – possono essere meglio intese mediante l'etichetta di *nozioni essenzialmente contestabili*<sup>219</sup>, nozioni, cioè, *strutturalmente aperte e suscettibili di essere interpretate in più d'un modo*, da cui si dipartono una pluralità di *concezioni* ben distinte eppur legate da una base concettuale comune, *unanimente riconosciuta da tutti coloro che si propongono di offrirne una definizione*.<sup>220</sup>

È su quest'ultimo livello semantico, il livello dei *concetti*, che va riportata l'indagine sui principi, né scoperta autentica, né creazione pura, ma l'uno e l'altro insieme.<sup>221</sup>

«The common ground of a given principle which contains substantive law – rileva Herman Mosler – can normally give only a very basic orientation. In each national law the principle has become concrete by legislation or well-settled custom. [These details] hardly coincide, however, in all representative legal systems. It is only rarely that comparative research can justify the conclusion that a general principle exists

---

<sup>218</sup> Si tratta di un'operazione di contenuto conoscitivo. Rileva, analogamente, Villa, a riguardo: *Non mi pare che si possano nutrire dubbi sul fatto che gli esiti di questo tipo di analisi filosofica costituiscano un arricchimento della conoscenza, in questo caso per la parte concernente la ricostruzione, in forma linguisticamente articolata, di ciò che è implicito nelle nostre operazioni, linguistiche e non, con cui ci rapportiamo al mondo*, *Conoscenza giuridica*, op. cit. p. 137.

<sup>219</sup> Si veda, a riguardo, anche quanto osservato nel capitolo precedente.

<sup>220</sup> V. Villa, *Il positivismo giuridico*, op. cit. p. 11 e ss. In corsivo le citazioni del testo.

Rileva Villa, a chiarimento della distinzione tra concetti e concezioni: *una metafora che può aiutare a capire che tipo di rapporto ci sia tra concetto, concezioni e teorie è quella di un albero molto rigoglioso dal cui tronco (concetto) si dipartono alcune ramificazioni (le concezioni), sulle quali, a loro volta, si innestano alcuni rametti più piccoli (le singole teorie)*, op. cit. p. 14.

<sup>221</sup> La tesi della contestualità della creazione e della scoperta nell'interpretazione giuridica è del pari sostenuta ed affrontata in maniera approfondita nelle opere di V. Villa, cui si rinvia: *Il positivismo giuridico*, op. cit; *Costruttivismo e teorie del diritto*, op. cit. e ancora *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica* in *Ragion Pratica* giugno 2010, pp.11-44.

which can be transferred to international law in the same characteristic and limitations as it possesses generally in national law».<sup>222</sup>

La determinazione per via comparativa dei principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili è un'operazione che chiama il giudice a prendere parte, in via diretta, ai processi produttivi ed evolutivi del diritto internazionale e che lo impegna, al contempo, in un autentico percorso di mediazione linguistica, di (ri)costruzione delle condizioni minime a che ciascuna delle nozioni di diritto coinvolte, sia, seppur in misura più che debole, compresa e rappresentata senza venirne, per ciò, snaturata, mistificata o tradita: «Ho annunciato poco fa un cambiamento di direzione – osserva Ricoeur – abbandonando l'alternativa speculativa traducibilità contro intraducibilità entriamo, dicevo, nell'alternativa pratica fedeltà contro tradimento».<sup>223</sup>

Allo stesso modo, abbandonando l'alternativa speculativa scoperta contro creazione *ex nihilo*, si potrebbe dire che abbia senso pensare ai principi generali di diritto come a concetti generalissimi che circoscrivono ambiti semantici di senso comune, nozioni ampie «di teoria generale del diritto» – così come afferma il giudice Tanaka – tanto ampie da includere «non solo la teoria generale del diritto ma tutte le teorie generali di ogni branca del diritto [...] i principi giuridici ma anche i concetti giuridici fondamentali come persona, diritto, dovere, proprietà, atto giuridico, contratto, illecito, successione ecc.».<sup>224</sup>

Posto pertanto che, in una simile prospettiva, il principio generale di diritto internazionale non è che l'ombra, il ricordo sbiadito del corrispondente principio, o concetto generale di diritto positivo interno – da cui il ruolo parzialmente creativo del giudice chiamato ad espungere dal significato quanto vi fosse di incompatibile con un ordinamento formato da una pluralità di stati<sup>225</sup> – rimane da chiarire che tipo di

---

<sup>222</sup> Hermann Mosler, General Principles of Law, in R. Bernhardt (ed), Encyclopedia of Public International Law, vol. II, (1992), p. 511.

<sup>223</sup> P. Ricoeur Il paradigma della traduzione, op. cit.

<sup>224</sup> Opinione dissidente giudice Tanaka sentenza Corte Internazionale di Giustizia del 18 luglio 1966, caso Sudovest Africano.

<sup>225</sup> Rileva a tal riguardo Antonio Cassese: *Sarebbe inappropriato trasporre meccanicamente in quest'ordinamento principi che, operando all'interno di sistemi giuridici profondamente diversi, possono non integrarsi perfettamente con il corpus giuridico internazionale*, Diritto Internazionale, I Lineamenti, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 228.

rilevanza pratica possa mai avere, ai fini della decisione della controversia, un sì ampio e generico contenuto di significato. Ed è forse esattamente in questa prospettiva che vanno inquadrare le dinamiche d'impiego dei principi generali di diritto internazionale da parte dei giudici: ora disapplicati, al punto da paventare l'entrata in desuetudine<sup>226</sup>; ora non più che strumento *ad adjuvandum*, a sostegno d'una argomentazione fondata su una diversa fonte di diritto internazionale; ora, infine, così come accade nella maggior parte dei casi, frettoloso richiamo di superficie ad un preteso quadro di diritto interno sul cui merito il giudice non spende una sola parola<sup>227</sup>. Nell'alternativa pratica tra *tradire*, e applicare, o *essere fedeli* ad una nozione tanto estesa – al punto da inglobare, al fianco di *contract*, il contratto francese ed il *Vertrag*, nelle parole di Sacco – quanto priva di utilità decisoria.

#### ***2.4 Comparazione e interpretazione giuridica. L'interpretazione comparativa***

Le prime due funzioni pratiche della comparazione, come rilevato, sollevano obiezioni legate alla natura del diritto e del linguaggio giuridico, al senso e alla funzione del raffronto nei processi di riforma interna e nelle pratiche applicative del diritto internazionale. Può contestarsi che abbia senso, per un legislatore, cercare di estrarre un frammento di un ordinamento giuridico per impiantarli in un altro come si trattasse di una talea; o che ciò che il diritto inglese intende per *equality* sia assimilabile a ciò che il diritto italiano intende per eguaglianza. Ma al di là di simili rilievi, né la dottrina dei trapianti, né, tanto meno, quella del diritto uniforme,

---

<sup>226</sup> Sul punto si veda si Cassese, *Diritto Internazionale*, op. cit. p. 227, che Wolfgang Friedman, *The uses of General Principles in the development of International Law*, 57 *Am. J. int'l L* 279 1963

<sup>227</sup> Cassese, *Diritto Internazionale: Occorre anche osservare che la Corte non ha identificato i vari principi attraverso un'analisi approfondita degli ordinamenti giuridici interni. Ciò avvalorata la conclusione che essi non siano stati applicati come principi generali previsti in foro domestico ma come principi generali desunti dalle norme di diritto internazionale, o come principi di logica giuridica*, ult. op. cit. p. 226.

sollevano riserve di sorta sul piano della *legittimità normativa* delle pratiche comparative, o, ancora, della *validità formale* della norma che ne è il risultato.<sup>228</sup>

Nell'un caso, infatti, l'ingresso del diritto altrui nell'ordinamento nazionale è filtrato dall'intervento normativo di un legislatore che se ne avvale per ottenerne una qualche sorta *d'ispirazione*; nell'altro, esso trae il proprio fondamento da una norma di diritto internazionale pattizio.

A problemi in parte diversi, come si vedrà a breve, dà luogo l'impiego del diritto comparato in funzione interpretativa.

Per interpretazione comparativa – o *ragionamento comparativo*, o *metodo comparativo*, o *comparato* – si suole intendere l'impiego, in funzione interpretativa e/o argomentativa, del diritto straniero nell'ambito di una decisione giudiziale.

Una simile definizione impone qualche chiarimento pregiudiziale a proposito delle ragioni per cui si fa riferimento ad una duplice funzione, interpretativa e/o argomentativa, nonché della nozione stessa di diritto straniero.

Per quanto concerne il primo aspetto, bisogna invero precisare che una delle questioni su cui la dottrina comparatista appare maggiormente divisa, sebbene non sempre al tema sia stato dedicato l'opportuno risalto, è se il ragionamento comparativo vada collocato nel contesto della scoperta del significato o, piuttosto, in quello della giustificazione della decisione giudiziale.

La distinzione tra i due contesti – *scoperta e giustificazione* – è il risultato dell'applicazione alla teoria della decisione giudiziale di un assunto della filosofia della scienza:

«Lo scienziato che scopre una nuova teoria – rileva Hans Reichenbach in un celebre saggio dedicato alla relazione tra filosofia e scienza – di regola è guidato nella propria ricerca da congetture; egli non può dire con che metodo ha rinvenuto la

---

<sup>228</sup> Sulla nozione di validità, si veda Norberto Bobbio: «L'appartenenza di una norma ad un ordinamento è ciò che si chiama validità», *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 191; Riccardo Guastini: «Si può dire che il criterio di validità degli atti normativi sia la conformità a meta-norme di competenza e procedura», dalle *Fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 207.

teoria, può unicamente dire che essa gli è parsa plausibile, che gli è venuta l'idea giusta, che gli è riuscito d'intuire l'assunzione rispondente ai fatti. [...] L'interpretazione mistica del metodo ipotetico-deduttivo come irrazionale ricerca congetturale trae origine dalla confusione fra *contesto della scoperta* e *contesto della giustificazione*. L'atto della scoperta sfugge all'analisi logica; non vi sono regole logiche in termini delle quali si possa costruire una *macchina scopritrice* che assolve la funzione creativa del genio. D'altra parte, non tocca al logico chiarire la *genesi delle scoperte scientifiche*; tutto quello che egli può fare è *analizzare la connessione tra i dati di fatto e le teorie avanzate per spiegare i medesimi*. In altre parole, la logica si occupa soltanto del *contesto della giustificazione*. E la giustificazione di una teoria in termini di dati di osservazione è l'oggetto della dottrina dell'induzione».<sup>229</sup>

Su presupposti del tutto analoghi, si suole ritenere possibile, oltre che auspicabile, distinguere tra il processo psicologico attraverso cui il giudice addiende alla *decisione* e, con essa, alla determinazione del significato degli enunciati giuridici ed il *discorso pubblico* che costituisce il fondamento giustificatorio della *sentenza*: «non necessariamente – rileva Riccardo Guastini – il discorso giustificatorio riflette fedelmente il processo psicologico. È possibile – anzi secondo alcuni, è certo – che il discorso giustificatorio costituisca la *razionalizzazione ex post* di una conclusione cui il giudice è pervenuto in modo del tutto irrazionale, spinto da emozioni, preferenze, ideologie».<sup>230</sup>

Alla stessa maniera, in tema di comparazione, v'è chi riconosce nell'interpretazione comparativa non più che un imperscrutabile meccanismo mentale – la *comparaison constituant, pour une bonne part, une opération mystérieuse*, è stato osservato<sup>231</sup> – che addiende alla determinazione del significato mediante *logiche di randomizzazione* tanto *inconsapevoli* quanto *naturali*<sup>232</sup>; e chi, al contrario, ne

<sup>229</sup> H. Reichenbach, *La nascita della filosofia scientifica* (1951), Il Mulino, Bologna, 1961, p. 233-235.

<sup>230</sup> R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 124.

<sup>231</sup> M.C. Ponthoureau, in Legrand, *Comparer les droits*, op. cit., p. 538.

<sup>232</sup> Di randomizzazione parla Mark Tushnet a a proposito di uno degli usi dell'interpretazione comparativa che egli, mutuando un'espressione di Claude Lévy-Strauss, definisce *bricolage*: The question is particularly serious if we understand bricolage as a process of random or playful selection



colloca la rilevanza teorica nella più evidente cornice delle pratiche argomentative, rilevando come «les critères de la comparaison ne rélevent pas tant du contexte de la découverte que de celui de la justification».<sup>233</sup>

Orbene, una così netta contrapposizione ha, per un verso, il difetto di considerare il contesto della scoperta e quello della giustificazione e, per esse, l'interpretazione e l'argomentazione giuridica, come due dimensioni della decisione giudiziale cronologicamente distinte e del tutto indipendenti l'una dall'altra. L'idea è che l'interpretazione appartenga alla sfera dell'imponderabile, di ciò che non è suscettibile di analisi e controllo; che la formazione del significato sia un'operazione libera da vincoli di razionalità logica e mossa da dinamiche estranee alle ragioni interne del processo, dalla realizzazione di una visione politica, sociale, dall'assestamento di una pulsione o di un umore. L'argomentazione, al contrario, sarebbe l'*a posteriori* in cui ha luogo la ricostituzione della dimensione razionale, il momento in cui il *deciso* è inquadrato nella cornice formale del sillogismo e le premesse, quale che ne sia la natura, ancorate a fondamenta giustificatorie che ne affermano la pretesa di correttezza. In una simile cornice la comparazione o esula dal controllo delle ragioni del diritto, collocandosi in una sorta di limbo a-giuridico che precede la giustificazione, o è essa stessa ragione.

Sebbene, senza dubbio, sarebbe ingenuo, oltre che fuorviante, pensare alla scoperta e alla giustificazione come a due dimensioni della decisione giudiziale coincidenti, tuttavia l'idea che si tratti di operazioni del tutto autonome e che il giudice sia libero, nel decidere, di farsi guidare dal *contenuto della propria colazione* ha il sapore più della provocazione che dello sforzo esplicativo.

---

from materials at hand. Both randomness and playfulness seem incompatible with the justificatory obligations we ordinarily think judges have. Perhaps we can take the sting out of the question without quite offering a positive justification for bricolage. Often bricolage is an unconscious process: Picking up a piece from somewhere just seems like a natural thing to do. So, for example, it seems unlikely that Justice Frankfurter had a strong theory of comparative constitutional law, an account of the license Justice Scalia argues is needed, to back up his references to Anglo-American legal traditions as a source one could consult in interpreting the Due Process Clause. To the extent that bricolage has this unconscious, natural character, the practice warrants its own use, in The possibilities of Comparative Constitutional Law, 108 Yale L.J. 1998-1999, p. 1237.

<sup>233</sup> Ivi, p. 540.

La determinazione giudiziale, in quanto espressione di un «potere dello Stato che trova nell'imparzialità dell'amministrazione della giustizia e nella subordinazione alla legge gli elementi fondamentali del suo *ethos*»<sup>234</sup>, è soggetta, oltre che agli ordinari vincoli di carattere linguistico e, in una certa misura, culturale<sup>235</sup>, a limiti di ordine deontologico, e giuridico che, pur non chiudendo, com'è indubbio, le faglie del tessuto normativo, orientano, tuttavia, i processi di formazione dei significati, così come quelli di qualificazione delle fattispecie, e, per essi, guidano il giudice nelle trame della decisione.<sup>236</sup>

Il rispetto dei suddetti vincoli postula, dunque, che l'interpretazione del giudice sia già, in qualche misura, *un'operazione mentale ragionata* di cui la sentenza reca traccia, un'operazione che muove da certi presupposti, da cui si dipaneranno nuovi percorsi interpretativi e su cui, ancora, verranno a fondarsi nuove ragioni.

«L'intreccio tra argomentazione ed interpretazione sul piano giudiziario – rileva Paul Ricoeur – è proprio simmetrico all'intreccio tra spiegazione e comprensione sul piano delle scienze del discorso e del testo. Contrariamente a un approccio puramente dicotomico della celebre polarità avevo tempo fa concluso la mia arringa a favore di un trattamento dialettico con una formula aforistica: *Spiegare di più per capire meglio*. Concludendo la riflessione su interpretazione e argomentazione, propongo una formula affine capace di restituire all'*epistemologia del dibattito giudiziario la sua complessa unità*».<sup>237</sup>

Il giudice, in altri termini, così come non giustifica più di quello che scopre, del pari non *scopre* più di quello che non sia in grado di giustificare.

Ciò implica che ciascun criterio dell'interpretazione, nella dinamica della decisione, – e non vi sono ragioni, al momento, per ritenere che il comparativo costituisca

---

<sup>234</sup> F. Viola e G. Zaccaria, Diritto e interpretazione, op. cit., p. 214.

<sup>235</sup> Si veda a riguardo V. Villa, Il positivismo giuridico, op. cit., p.

<sup>236</sup> *Una cosa è il metodo scientifico della dottrina, osserva Giuseppe Zaccaria, altra è il metodo giuridico della giurisdizione, ossia di un potere dello stato che trova nell'imparzialità dell'amministrazione della giustizia e nella subordinazione alla legge gli elementi fondamentali del suo ethos*, in F. Viola e G. Zaccaria, op. cit., p.214.

<sup>237</sup> P. Ricoeur, Interpretazione e/o argomentazione, in *Ars Interpretandi*, 1996, n.1, p. 92

un'eccezione – sia chiamato a giocare al contempo una duplice partita: *interpretativa*, nella misura in cui contribuisca al processo mentale attraverso cui l'interprete addiviene al significato di un enunciato giuridico; e *argomentativa*, poiché, del pari, interviene nella cornice della motivazione giudiziale a *giustificazione* e sostegno di un'opzione ermeneutica in luogo d'un'altra.

Ma al di là di un simile rilievo di carattere generale, se anche, con le cautele precisate, si assuma che abbia un senso distinguere, nell'interpretazione giudiziale, il processo di determinazione del significato da quello della sua giustificazione, il *come* della decisione dal *perché* della sentenza, la piega dicotomica che ha assunto il dibattito sull'interpretazione comparativa omette, peraltro, di considerare un aspetto essenziale della pratica, ovvero che la comparazione, *nella logica della sentenza*, è chiamata a svolgere non già una, bensì una pluralità di funzioni, talvolta ospiti degli schemi degli argomenti interpretativi tipici della tradizione – come s'è anticipato nel primo paragrafo, a proposito della *borrowed statute doctrine* e come sarà evidente quando si tratterà degli usi empirici dell'interpretazione comparativa – talvolta inedite e dotate di specificità loro proprie.

Orbene, in una simile varietà d'impieghi, accade che al diritto altrui l'interprete s'appelli cercandovi una ragione a fondamento dell'opzione ermeneutica prescelta; o che, al contrario – si pensi al caso delle dottrine della comparazione critica, o sovversiva, di cui pur si dirà nel prossimo capitolo – il ragionamento comparativo s'inserisca in una cornice più propriamente *euristica, cognitiva*, sollecitando, in maniera non dissimile da quanto osservato a proposito dell'uso metaforico del diritto straniero, i meccanismi di autocomprensione e d'*intuizione* della premessa interpretativa mediante un uso *esemplificativo* dell'altrui esperienza giuridica – con l'effetto di ridisegnare, in qualche modo, il campo d'osservazione di quella propria. Come anticipato, tuttavia, il punto sarà oggetto di analitica trattazione nel capitolo seguente.

### ***2.4.1 La nozione di diritto straniero e la questione della riconoscibilità del diritto. Comparazione necessaria e comparazione volontaria. La comparazione genealogica e la borrowed statute doctrine***

Chiarito, pertanto, perché, ed in che senso, s'è ritenuto opportuno inserire entrambe le dimensioni, l'interpretativa e l'argomentativa, nella definizione di *metodo comparativo*, occorre adesso intrattenersi su una seconda precisazione di carattere definitorio, che a che vedere, come anticipato, con la nozione di *diritto straniero*.

Dell'argomento ci siano già occupati nel corso del primo capitolo rilevando come tale concetto non sia legato all'omonimo in uso nel diritto internazionale privato – inteso quale diritto proprio di un diverso ordinamento nazionale eccezionalmente applicabile alla fattispecie in esame in ragione di uno o più elementi di estraneità – né ad altri affini di cui si dirà a breve.<sup>238</sup>

La locuzione diritto straniero, nel contesto in esame, vale piuttosto, a designare una caratteristica negativa del diritto citato, vale a dire la sua asserita estraneità al sistema delle fonti di produzione normativa in vigore nell'ordinamento considerato, la sua non riconoscibilità in termini di diritto. Che si tratti, poi, di un prodotto normativo nazionale, sovranazionale, o internazionale, è questione che poco rileva<sup>239</sup>.

Non solo, ma a ben vedere non sono pochi i casi in cui ciò che s'inquadra sotto l'etichetta di diritto straniero, lungi dall'essere il richiamo ad un enunciato normativo di qualche sorta, è null'altro che il generico riferimento ad un non meglio precisato *diritto delle nazioni – the law of nations* – o agli asseriti *evolving standards di una società matura*.

---

<sup>238</sup> Rileva analogamente Basil Markesinis in un saggio di recente pubblicazione: «Non trattiamo del diritto straniero applicabile quando le norme sul conflitto di leggi lo richiedono; né, senza dubbio, trattiamo delle norme di diritto internazionale pubblico che possono (in diversi modi) essere diventate parte della legge nazionale; né, infine, stiamo pensando al diritto che il Tribunale di uno Stato deve applicare perché vi è obbligato dalle decisioni di corti sovranazionali» B. Markesinis, *Il giudice come comparatista*, in B. Markesinis e Jörg Fedtke, *Giudici e diritto straniero* (2006), Il Mulino, Bologna, 2009.

<sup>239</sup> La locuzione diritto straniero è portatrice, in un certo qual modo, del paradosso del comparatista, pretendendo di condensare in sé, la duplice prospettiva dell'osservato esterno, nella componente negativa dell'estraneità rispetto al sistema delle fonti dell'ordinamento considerato, e di quello interno, nell'essere, pur tuttavia, rispetto ad un diverso sistema di fonti, qualificabile nei termini di diritto.

Chiarito ciò, bisogna tuttavia rilevare che non tutte le *norme esterne* all'ordinamento giuridico intrattengono con detto ordinamento il medesimo grado di estraneità. Facendo tesoro delle riflessioni di Ulrich Drobnig<sup>240</sup>, è possibile, ed opportuno, a tal riguardo, classificare le pratiche d'interpretazione comparativa in almeno tre gruppi:

- Un primo gruppo – cui Drobnig attribuisce l'etichetta di *comparazione necessaria* – comprende i casi in cui il ricorso da parte del giudice al diritto altrui è *inevitabile* poiché costituisce il solo mezzo per attribuire significato ad una disposizione giuridica altrimenti inapplicabile, così come accade nell'ipotesi principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili o, in determinati casi, nell'ambito delle norme di diritto internazionale privato. In tal caso l'ingresso del diritto straniero nell'ordinamento interno è mediato da una fonte normativa che lo rende, in qualche misura, *giuridicamente riconoscibile* attraverso il meccanismo del rinvio<sup>241</sup> e, sarebbe improprio, pertanto, parlare di fonti *estranee* al sistema considerato.

Se così è, tuttavia, è opportuno includere tra le pratiche di comparazione necessaria il singolare caso della Costituzione sudafricana, unica carta costituzionale a richiamare espressamente, tra le fonti d'interpretazione dei diritti fondamentali, il *foreign law*: When interpreting the Bill of Rights – dispone l'art. 39 – a court, tribunal or forum: a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; b) must consider international law; c) may consider foreign law.

Ipotesi come quelle ora considerate, com'è ovvio, non sollevano obiezioni sul piano della *legittimità normativa* della pratica, così come della *validità formale*

---

<sup>240</sup> The Use of Comparative Law by Courts, U. Drobnig e S. Van Erp (eds), Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1999.

<sup>241</sup> «Per rinvio intendiamo quel procedimento per cui un ordinamento rinuncia a regolare una data materia, e accoglie la regolamentazione stabilita da fonti normative appartenenti ad altri ordinamenti», N. Bobbio, Teoria generale del Diritto, Giappichelli, Torino, 2003, p. 282.

della norma che ne costituisce il risultato, poiché il ricorso al diritto straniero, come rilevato, trae il proprio fondamento da una norma valida contenente una sorta di clausola di rinvio.

- Un secondo gruppo di casi considerati – *le ipotesi di comparazione volontaria nell'interpretazione di norme esogene*<sup>242</sup> – comprende i casi in cui, pur non dandosi in capo al giudice alcuna necessità d'impiego del diritto straniero ai fini dell'applicazione del diritto, questi, tuttavia, in ragione della peculiare origine della norma che è chiamato ad interpretare, ritiene quanto meno *appropriato e ragionevole* considerare il modo in cui in altri ordinamenti giuridici ne siano stati intesi il senso e la portata.

Si tratta d'ipotesi in cui l'impiego dell'interpretazione comparativa costituisce una pratica di vecchia data, generalmente accolta senza particolare resistenza teorica, pur nell'assenza di una clausola di rinvio.

Rientra in questo secondo gruppo l'interpretazione di norme di diritto interno esecutive di obblighi internazionali e sovranazionali<sup>243</sup> «to guarantee to the fullest extent possible a uniform interpretation in all contracting states»<sup>244</sup> ma

---

<sup>242</sup> Drobniġ parla, a riguardo, di norme caratterizzate da elementi d'internazionalità. Poiché tuttavia la norma trapiantata non è per forza una norma di origine internazionale, pare più appropriato parlare di norme esogene.

<sup>243</sup> Così rileva a riguardo il giudice Antonio Scalia nello scontro divenuto celebre con il pari di Corte Suprema Breyer: «I will use it in the interpretation of a treaty. In fact, in a recent case I dissented from the Court, including most of my brethren who like to use foreign law, because this treaty had been interpreted a certain way by several foreign courts of countries that were signatories, and that way was reasonable although not necessarily the interpretation I would have taken as an original matter. But I thought that the object of a treaty being to come up with a text that is the same for all the countries, we should defer to the views of other signatories, much as we defer to the views of agencies that is to say defer if it's within the ballpark, if it's a reasonable interpretation, though not necessarily the very best», in A Conversation between U.S. Supreme Court Justices, 3 Int'l J. Const. L. 2005.

<sup>244</sup> U. Drobniġ, The Use of Foreign Law by Courts, op. cit.

Non si tratta dei soli casi considerati da Drobniġ. A questi egli assimila l'interpretazione del diritto dell'Unione Europea; l'interpretazione in materia di diritto marittimo ed aereo; l'interpretazione in funzione integrativa di lacune di diritto internazionale privato; l'interpretazione delle norme in materia di estradizione d'individui affinché siano sottoposti a procedimento penale.

anche l'interpretazione delle disposizioni *prese in prestito*<sup>245</sup> –o *trapiantate* – da altri sistemi giuridici, nel qual caso si suole altrimenti parlare di comparazione genealogica.<sup>246</sup>

La comparazione genealogica è una specie di interpretazione comparativa che trae il proprio fondamento teorico dalla cosiddetta *borrowed statute doctrine*, cui s'è già avuto modo di far cenno «if the legislator copies a statute from another jurisdiction, the legislator can be presumed to have been aware of the construction given to that statute by the courts of that jurisdiction. Hence, such constructions can be considered in interpreting the *borrowed statute*».<sup>247</sup>

L'idea è che il ricorso al diritto straniero, in casi simili, sia giustificato dal ricorrere congiunto di due distinti presupposti: l'uno, oggettivo, è costituito dalla *relazione di filogenesi*<sup>248</sup> tra due norme, ma anche tra due ordinamenti o tra talune parti di essi – così come accade, ad esempio, nel caso del diritto di origine

---

<sup>245</sup> Si parla, in genere, di prestiti giuridici, come si vedrà a breve a proposito della *borrowed statute doctrine*.

<sup>246</sup>D. Fontana, Refined Comparativism in constitutional law, 49 UCLA Law Review 539 (2001) : «Genealogical comparativism makes sure to note that one of the central reasons that the American court looks to comparative constitutional law is because of the historical, legal, and/or cultural relationship between that country and the United States. The most frequent use of comparative constitutional law in American constitutional adjudication arises when courts use a thin genealogical comparativism rationale, usually in the context of studying English legal history: This is the system we come from, therefore this is who we are, therefore this is relevant to interpreting our Constitution. This is the system we come from, therefore this is who we are, therefore this is relevant to interpreting our Constitution. Justice Kennedy's opinion in *Loving v. United States*<sup>54</sup> illustrates this type of reasoning. In order to understand the power of Congress and of the president in determining the punishment for court martials, Justice Kennedy argued, we must examine the comparative constitutional law of England because our system derives from the English system».

<sup>247</sup> J. C. Dammann, The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation, St. Thomas law Review, vol. 14

<sup>248</sup> Il nesso di comunanza, che di norma, ma non necessariamente, è lasciato di un passato coloniale a seconda del livello su cui si collocano le relazioni di genealogia tra i sistemi, può fondarsi ora su un rapporto di discendenza diretta (poiché B deriva da A, B viene/può/deve interpretarsi alla luce di A), ora sulla comune derivazione di due o più sistemi da unica matrice (poiché B e C entrambi derivano da A, C viene/deve/può essere interpretata alla luce di B).

Interessante applicazione di tale impiego della comparazione può rinvenirsi nel ricorso alle *tradizioni costituzionali comuni degli Stati Membri* da parte della Corte di Giustizia delle Comunità Europee. La particolarità, in tal caso, consiste nel fatto che il rapporto di paternità non è di uno ad uno, bensì di molti (gli stati membri) ad uno, e quello che viene ritenuto essere il minimo comune denominatore tra le diverse tradizioni costituzionali, viene acquisito a fonte, ora d'ispirazione, ora di vera e propria integrazione, del diritto comunitario. Sul punto, tra gli altri, Luigi Cozzolino, in *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003.

coloniale<sup>249</sup>. È necessario, in altri termini, che la norma interna sia il risultato della duplicazione della norma straniera citata, ovvero che entrambe promanino da una matrice comune ed estranea a ciascuno degli ordinamenti considerati.<sup>250</sup>

Il secondo presupposto, soggettivo, è la presunzione che il legislatore, o il costituente, nell'ipotesi in cui il prestito riguardi disposizioni di rango costituzionale, abbia inteso, insieme al nudo testo, impiantare nell'ordinamento ospite anche il complesso delle pratiche interpretative che lo riguardano.

L'argomento comparativo, in tali ipotesi, lungi dall'essere un criterio dell'interpretazione autonomo, s'inserisce, com'è chiaro, nel più ampio impianto di un argomento storico/intenzionalistico, al punto da risultare perfettamente compatibile anche con la visione statica ed antievolutiva proposta dalle correnti *originaliste*<sup>251</sup> in materia d'interpretazione costituzionale, come si vedrà. Rileva Roger Alford a riguardo: «Even under an originalist conception, linguistic indeterminacy requires reference to the meaning of terms as they were understood at the time of founding. The task of understanding original meaning frequently requires reference to historical comparative material [...]. Because the constitution does not specify how it is to be construed, for an originalist the principal determinant of meaning is historical context. Particularly common for

---

<sup>249</sup> Significativi i casi di Stati Uniti ed Australia nei confronti del diritto inglese. Si veda, in particolare, Jianfu Chen, *The Use of Comparative law by Courts: Australian Courts at the Crossroads*, p.28 e ss., in Ulrich Drobnig, *The Use of Comparative Law by Courts*, Kluwer Law International, 1999, «Since Australia was treated as a settled colony, English common law and rules of equity were substantially received in each of the colonies (now States). Some British statutory law, if appropriate to the new colonies, was also received. However, English law has not only provided a foundation for Australian law, English decisions were also followed in Australian courts as a matter of course after the date of reception. As a result, the initial reception flowed without much distinction into the assumption of precedent».

<sup>250</sup> Sulle ragioni della circolazione dei modelli giuridici si veda R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, op. cit. p. 152 e ss.

<sup>251</sup> Rileva il giudice Scalia a riguardo: «Now, my theory of what to do when interpreting the American Constitution is to try to understand what it meant, what it was understood by the society to mean when it was adopted. And I don't think it has changed since then. That approach used to be orthodoxy until about sixty years ago. Every judge would have told you that's what we do. If you have that philosophy, obviously foreign law is irrelevant with one exception: old English law-because phrases like due process, and the right of confrontation were taken from English law, and were understood to mean what they meant there. So the reality is I use foreign law more than anybody on the Court. But it's all old English law», in N. Dorsen, *A conversation*, op. cit., p. 525.



originalist is genealogical comparativism, which examines the historical practice and legal heritage of England».<sup>252</sup>

Se i presupposti sono questi, tuttavia, non sarebbe improprio affermare che anche l'interpretazione comparativa delle norme di diritto interno esecutive di obblighi internazionali e sovranazionali sia, a suo modo, una specie di comparazione genealogica.

Non solo, infatti, così come nel caso delle disposizioni prese in prestito, tra la norma straniera e quella interna esiste una relazione di filogenesi orizzontale – entrambe traggono la propria origine dal testo del medesimo trattato – ma, di più, è ragionevole presumere che rientri tra le aspirazioni degli stati contraenti che il testi sia uniformemente interpretato all'interno dei diversi territori nazionali: «the object of a treaty being to come up with a text that is the same for all the countries – rileva il giudice Antonio Scalia – we should defer to the views of other signatories, much as we defer to the views of agencies that is to say defer if it's within the ballpark, if it's a reasonable interpretation, though not necessarily the very best».<sup>253</sup>

Ma al di là di una simile affinità sostanziale, resta, nel caso delle disposizioni prese in prestito, un problema di giustificazione dell'impiego del foreign law che è ben più rilevante che nel caso dell'interpretazione del diritto internazionale e sovranazionale: How broadly to extend *genealogy*? – rileva in tal senso David Fontana<sup>254</sup> – what countries do we have a sufficiently close relationship with to justify constitutional borrowing?

Per dovere di completezza un brevissimo cenno va fatto, adesso, ad un tema nel cui merito avremo modo di entrare in seguito. Muovendo dal presupposto che la maggior parte delle carte costituzionali contemporanee sia forgiata su matrici

---

<sup>252</sup> R. P. Alford, In search of a Theory for Constitutional Comparativism, 52 Ucla Law Review 639 (2005), p. 650.

<sup>253</sup> N. Dorsen, A conversation between Supreme Courts, op. cit.

<sup>254</sup> D. Fontana, Refined comparativism in constitutional law, 49 Ucla Law Review 539 (2001), p 550.

comuni rappresentate dai principali documenti internazionali in materia di diritti umani<sup>255</sup> – documenti quali la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, il Patto sui diritti civili e politici del 1966, La Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, a loro volta creati ad immagine della dichiarazione d’indipendenza americana e della dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino francese – taluni autori hanno cercato di estendere la dottrina della *borrowed statute doctrine* ed il corollario dell’interpretazione genealogica all’interpretazione dei diritti fondamentali. In tal senso, osserva Sujit Choudhry, «constitutions are often tied together by complicated relationships of genealogy and history and that those relationships themselves offer sufficient justification to import and apply entire areas of

---

<sup>255</sup> «A second major influence for constitutionalism since the Second World War – rileva Louis Henkin – has been the international human rights movement. This movement, the product of various influences (including the constitutional history of the United States), has promoted and inspired universal commitment to the principal ideas associated with constitutionalism. The Universal Declaration of Human Rights has been the vehicle for universalizing that commitment, establishing the source of human rights in a conception of human dignity, and giving content to the idea of individual human rights»: L. Henkin, *A new birth of Constitutionalism: genetic influences and genetic defects*, 14 *Cardozo L. Rev.* 1992 – 1993, p. 538.

Dell’argomento si è occupato anche Andrea Lollini, rilevando come: «L’odierno prestito di precedenti tra giudici costituzionali costituirebbe quindi un’espansione di un formante tipico del *common law*, nel solco di una evoluzione di pratiche storicamente invalse tra i giudici dei paesi dell’area ex *Commonwealth*. Questi ultimi, a partire dal XIX secolo, usavano largamente precedenti di giudici stranieri, generalmente quelli britannici, ed in particolare del *Privy Council* londinese. E’ noto, infatti, come quest’ultimo fosse istanza ultima di appello del sistema vittoriano, potendo essere adito da ricorsi provenienti dai paesi dell’area coloniale. La sua funzione, definibile di fatto nomofilattica per il *common law*, ha profondamente influito sullo sviluppo giuridico in paesi quali la Nuova Zelanda, l’Australia, l’India, il Sudafrica, Hong Kong ed il Canada (nonché in altri paesi dell’area coloniale in Africa orientale ed australe e nel continente australe e asiatico).

Attualmente, come vedremo, il fenomeno del *prestito* di precedenti e di soluzioni ermeneutiche o schemi argomentativi supera ormai le logiche giuridiche ed i confini geografico-culturali del *common law* che caratterizzava l’Impero britannico nella configurazione del rapporto tra *centro* e *periferie*.

L’analisi delle pronunce di giurisdizioni costituzionali di ordinamenti che si sono dotati di nuovi testi costituzionali (come il Canada del 1982 o il Sudafrica del 1996) o di ordinamenti quale quello israeliano evidenzia che i giudici fanno sempre più ricorso a pratiche di comparazione giuridico costituzionale richiamando e citando espressamente pronunce e soluzioni interpretative di giurisdizioni costituzionali anche di tradizione giuridica romano-germanica. Tutto ciò potrebbe in futuro confermare come questo fenomeno si stia sviluppando al di fuori delle logiche di influenza giuridico-culturale dei paesi ex coloniali, allargandosi al prestito (attivo o passivo) di soluzioni interpretative provenienti da aree giuridiche molto differenti», in A. Lollini, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemiche nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, DPCE, n° 1, 2007.

constitutional doctrine»<sup>256</sup>. Su quali presupposti si fondi una simile impostazione, quali i limiti e le obiezioni che essa solleva, si avrà modo di vederlo in seguito.

- Il terzo caso d'interpretazione comparativa considerato da Drobnič, infine, – la comparazione volontaria in materia d'interpretazione di disposizioni di diritto interno – comprende tutte le pratiche interpretative in cui il ricorso al *foreign law* non è legato né alle ragioni di necessità del primo gruppo, né alla natura internazionale o all'origine extranazionale della disposizione da interpretare che è propria del secondo. Si tratta, com'è ovvio, delle ipotesi che più hanno interessato e diviso i teorici ed i pratici del diritto poiché parrebbe, in tali casi, che la decisione giudiziale culmini nell'applicazione di una norma straniera che con l'enunciato normativo interno non ha nulla a che spartire fuorché una pretesa affinità letterale. Tale impiego *anomalo* della comparazione negli ultimi anni ha interessato con particolare insistenza l'interpretazione delle disposizioni costituzionali in materia di diritti fondamentali e parrebbe costituire una sorta di punto d'incrocio in cui la teoria dell'interpretazione costituzionale e la teoria dei diritti dell'uomo s'incontrano dando vita ad un nuovo modello di costituzionalismo, fondato, nelle parole di Zagrebelsky, sul *confronto cooperativo tra i diversi particolari in vista di un orizzonte comune*.

A questo peculiare impiego dell'interpretazione comparativa, al ruolo che essa svolge all'interno della decisione giudiziale, alla natura di ragioni che offre al giudice, agli effetti che determina sul piano giuridico e teorico, ai problemi che solleva e alle teorie che ne costituiscono il fondamento saranno dedicati i prossimi due capitoli di questo lavoro.

---

<sup>256</sup> S. Choudhry, Globalization in search of justification: towards a theory of comparative constitutional interpretation, (1999) 74(3) Indiana Law Journal 819-892, p. 857.

### **2.4.2 Diritto comparato e diritto straniero nell'interpretazione giuridica**

Prima di entrare nel merito delle questioni di cui s'è detto, occorre spendersi su un ultimo chiarimento concettuale. Se per metodo comparativo s'intende l'impiego, in funzione interpretativa e/o argomentativa, del diritto straniero nell'ambito di una decisione giudiziale, cosa rimane della distinzione tra diritto comparato e diritto straniero?

La maggior parte degli autori sembra condividere l'idea che, almeno a proposito dell'interpretazione giuridica, i due concetti coincidano e che l'interpretazione comparativa sia una sorta d'*interpretazione conforme al diritto straniero*. Il metodo comparativo, rileva Tarello «serve ad accreditare, l'attribuzione ad un enunciato legislativo di quel significato normativo che si assume costituire il significato di enunciati normativi (o di altri documenti-fonti) di un diverso ordinamento giuridico»<sup>257</sup>. Analogamente Basil Markesinis, parla di *giudice comparatista* come di colui che si avvale del diritto straniero quale *fonte d'ispirazione quando il diritto nazionale è obsoleto, poco chiaro o contraddittorio*<sup>258</sup>; Gino Gorla lo assimila a «ciò che nel diritto comune dei secoli XVI-XVIII veniva chiamato ricorso (giurisprudenziale) alla *lex alius loci* e che serviva[...] anche alle riforme o al miglioramento del diritto locale» e Michel Rosenfeld, ha recentemente intitolato un articolo sull'argomento «le constitutionalisme comparé en mouvement: d'une controverse américaine sur le références jurisprudentielles au droits étranger»<sup>259</sup>.

Avverso una simile impostazione definitoria vi sono autori, tuttavia, che rivendicano la necessità di una distinzione concettuale tra diritto comparato e diritto straniero, rilevando come – nelle parole di Marie Claire Ponthoreau – «bien qu'en pratique arguments fondés sur la comparaison et sur le droit étranger se voient souvent

---

<sup>257</sup> G. Tarello, L'interpretazione della legge, op. cit.

<sup>258</sup> B. Markesinis, Giudici e diritto straniero, op. cit. p. 27.

<sup>259</sup> M. Rosenfeld, Le constitutionalisme comparé en mouvement, in Comparer les droits, règlement, op. cit. pp 560 - 595.

confondus, ils ne sont pas de même nature. L'un relève d'une approche matérielle du droit alors que l'autre bénéficie de l'autorité du text écrit»<sup>260</sup>.

Analogamente Geoffrey Samuel sottolinea che «great care must be taken when one talks of comparative law in the courts. Often is not actually talking of comparative law. What is meant that foreign material is being considered by the courts, which may or may not, draw conclusions obtained through methods that can properly be described as comparative».<sup>261</sup>

La differenza tra interpretazione comparativa e ricorso al diritto straniero, pertanto, sarebbe tutt'altro che nominale e consisterebbe in un diverso modo di rapportarsi al diritto, o meglio ancora, al diritto altrui: materiale, sostanziale, fondato sulla dialettica del confronto e sulla mutua fertilizzazione degli apparati concettuali coinvolti, nel caso dell'interpretazione comparativa; formale, autoritario e fondato sul rigore letterale di un testo scritto, nel caso dell'interpretazione conforme al diritto straniero.

Per quanto mossa da sani propositi di rigore concettuale, tuttavia l'idea che sia possibile distinguere in maniera così netta l'interpretazione comparativa dall'interpretazione conforme al diritto straniero è destinata a scontrarsi con taluni inconvenienti di non poco conto.

Anzitutto esiste un dato di fatto incontestabile: nella pratica linguistica con l'espressione diritto comparato ci si riferisce tanto agli impieghi orientati alla *fecondazione concettuale* quanto al *trapianto* di parti del diritto giurisprudenziale altrui e di una simile circostanza l'analisi concettuale non può non tener conto;

In secondo luogo, se è vero, per un verso, che il diritto straniero sta al diritto comparato come la parte sta al tutto, per altro verso non può non ribadirsi come la

---

<sup>260</sup> M.C. Ponthoreau, L'argument fondé sur la comparaison, in Comparer les droits, résolument, op. cit. p 541.

<sup>261</sup> G. Samuel, Comparative Law and the Courts, in G. Canivet, M. Andenas & D. Fairgrieve (eds), Comparative Law Before the Courts, British Institute of International and Comparative law, 2004, 253-262 (p.90).

conoscenza del primo, fosse anche limitata all'interpretazione di un singolo testo normativo, sia sempre, e comunque, filtrata da operazioni comparative, *sia pure in abbozzo*, come rilevava Gorla.

Attribuire significato ad un documento normativo straniero grava l'interprete, anzitutto, dell'onere di riferirne il contenuto alle strutture linguistiche e concettuali attraverso questi cui è solito esprimere e concepire il diritto – come s'è avuto modo di osservare a proposito della traduzione giuridica – e una simile operazione richiede un impegno comparativo dal principio alla fine. E, pur muovendo da considerazioni opposte, rileva William Twining:

«It is quite easy to show that explicit comparison only exceptionally involves a precise analysis of the similarities and of the differences between comparable object. [...] Some of the best work by comparatists includes parallel studies [...] explaining one's own system through foreign eyes [...], applying foreign theories or ideas to one's own system[...].»<sup>262</sup>

Tutto il diritto straniero, in altri termini, è, *latu sensu* diritto comparato così come tutto il diritto comparato è, in parte, diritto straniero.

Ciò vale, a maggior ragione, a proposito dell'interpretazione comparativa. Se si analizza il processo mentale attraverso cui l'interprete addivene all'impiego del diritto straniero, appare evidente come esso sia ben più complesso ed articolato di un'interpretazione letterale di un enunciato normativo straniero, e ben più esteso dell'atto di *ricezione* – ammesso che di ricezione si tratti – che ne costituisce il culmine.

S'ipotizzi il seguente caso di scuola: il documento normativo D ammette due interpretazioni contrastanti: N1, conforme a consolidata giurisprudenza nazionale, ed N2.

---

<sup>262</sup> W. Twining *Globalization and legal theory*, Butterworths, London-Edimbourg- Dublin, 2000.

Il modello dell'interpretazione comparativa, così come sopra rappresentato<sup>263</sup>, postula che l'interprete opti per il significato N2 sulla base del rilievo che il giudice straniero X ha attribuito ad un enunciato normativo D' il significato N2.

Dal punto di vista strutturale una simile operazione mentale, lungi dal consistere in un atto di pura ricezione dell'altrui enunciato interpretativo, implicherà piuttosto:

- che l'interprete ravvisi una qualche forma di affinità, almeno sul piano letterale, tra gli enunciati normativi D e D' – previa traduzione, s'intende, dell'enunciato D';
- che l'interprete rilevi una differenza tra almeno una delle interpretazioni di cui è passibile il documento normativo D – quella, in ipotesi, conforme a consolidata giurisprudenza nazionale – ed il significato che l'autorità straniera ha attribuito di D';
- che l'interprete, poste a raffronto le due opzioni ermeneutiche, *scelga*, infine, per le ragioni più varie di cui si dirà, di attribuire a D il medesimo senso che l'autorità giudiziaria straniera ha attribuito a D'.

Premesso ciò, tuttavia è vero, come si avrà modo di rilevare, che vi sono dottrine e pratiche dell'interpretazione comparativa – così nelle dottrine della comparazione critica – in cui l'interesse per la commistione concettuale tra il sé e l'altro, pare essere predominante; e dottrine e pratiche – le posizioni neo-funzionaliste, ad esempio, di cui si dirà a proposito della dottrina dei trapianti giudiziari – al contrario, che tendono a caricare l'elemento di estraneità di un valore *in sé*, al punto di dar l'impressione, ricordando le già citate parole di Gorla, che *più che di comparazione si tratta di studio del diritto straniero o di ricorso allo stesso*.

Tenuto conto, pertanto, delle difficoltà su esposte, nonché della connessione strutturale tra diritto comparato e diritto straniero – l'uno non può che implicare l'altro, come s'è detto – appare preferibile piuttosto che escludere l'interpretazione secondo il diritto straniero dal novero delle pratiche comparative, definirne, al

---

<sup>263</sup> Cos', ad esempio, in Tarello, L'interpretazione della legge, e Chiassoni, Tecnica dell'interpretazione giuridica op. cit.

contrario, in maniera più puntuale, la cornice teorica entro cui essa s'inquadra così come la peculiare idea di comparazione – cosa che in parte s'è già avuto modo di fare – che ne discende.



### ***Capitolo III: Le dottrine dell'interpretazione comparativa***

#### ***3.1 Comparazione e interpretazione costituzionale: le ragioni di un rinnovato interesse (Cenni)***

Per quanto generazioni di comparatisti – si pensi ad autori quali Konrad Zweigert, Hein Kötz, Gino Gorla, René David o Alessandro Pizzorusso – abbiano dedicato parti anche rilevanti della loro opera al ruolo della comparazione nell'interpretazione delle disposizioni di diritto interno, a lungo il tema è stato pressoché ignorato dalla principale letteratura internazionale in materia d'interpretazione e argomentazione giudiziale.

Autori classici quali Aulis Aarnio, Robert Alexy o Neil MacCormick – osserva Marie-Claire Ponthoreau – dedicano all'argomento non più che qualche battuta – quando non lo ignorano del tutto – e, associando lo scarso interesse per il tema allo scarso valore della letteratura a riguardo, a risultati teorici non dissimili addviene, in fine dei conti, in Italia, l'opera di Giovanni Tarello.<sup>264</sup>

In numerosi paesi, peraltro, l'impiego del diritto straniero nell'interpretazione normativa è una pratica tanto diffusa quanto antica – *Thirty Hogsheads of Sugar contro Boyle*<sup>265</sup>, ad esempio, è un caso americano che risale al 1815 – tanto che, osservano taluni autori, «it would be more accurate to say we have had a Court that has paid at least some attention to transnational law for a long time, and many people are just now noticing»<sup>266</sup>.

---

<sup>264</sup> Così in una nota al paragrafo sull'interpretazione autoritativa, in *L'interpretazione della legge*, op. cit.

<sup>265</sup> *Thirty Hogsheads of Sugar v. Boyle*, 13 U.S. (9 Cranch) 191, 198 (1815): The decisions of the Courts of every country . . . will be received, not as authority, but with respect .

<sup>266</sup> D. Fontana, The next generation of transnational/domestic constitutional law scholarship: a reply to professor Tushnet, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2005, vol. XX

In tempi recenti, così come rilevato, la situazione è radicalmente mutata. Intorno all'interpretazione comparativa fiorisce, oggi, un dibattito tanto acceso, per i toni – una *meretricious practice*, nelle parole di Richard Posner<sup>267</sup> – quanto ricco e vario, per la complessità dei temi e dei problemi sollevati.

A cosa imputare un così rinnovato interesse?

Le ragioni di una simile attenzione andrebbero ricercate, secondo taluni autori, nella frequenza, del tutto inedita – legata alle più ampie logiche della *globalizzazione giuridica* – con cui i giudici, oggi, ricorrono al diritto straniero nell'interpretazione dei documenti normativi. Il tema è usurato e la letteratura in materia oltremodo abbondante<sup>268</sup> per cui non vi si dedicherà che un breve cenno.

Il progresso tecnologico, le nuove frontiere dell'informatica giuridica, unitamente al proliferare d'istituzioni giudiziarie<sup>269</sup> e paragiudiziarie di composizione multinazionale, di simposi e convegni internazionali deputati alla discussione di temi ritenuti *d'interesse comune*, hanno dato vita ad una autentica rivoluzione nella metodologia giuridica, al centro della quale si collocherebbero la pratica del *dialogo interculturale*, una rinnovata attenzione per l'altrui esperienza giuridica e, con esse, il ruolo focale del metodo comparativo nell'ermeneutica giudiziaria.

---

<sup>267</sup> R. A. Posner, *The Supreme Court. Foreword a political court*, 119, *Harv. L. Rev.* 32, 2005- 2006.

<sup>268</sup> Si vedano a riguardo: B. Markesinis, *op. cit.*; A.M. Slaughter, *A Global Community of Courts*, *Harv. Int'l L.J.* 193, 2003; Della stessa autrice: *A typology of transjudicial communication*, 29 *U. Rich. L. Rev.* 99; *Judges as cosmopolitan actors*, P. Shiff Bermsn, 12 *Tul. J. Comp. & Int. L.* 109, 2004-2005; *The Globalization of Law*, M. Shapiro, *G.L.S.J.*, 1993; *New word disorder*, Kenneth Jowitt, citato in Z. Baumann, *Globalizzazione e glocalizzazione*, Armando Editore, Roma, 2005; Sabino Cassese, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2007; M. R. Ferrarese, *Diritto sconfinato*, Laterza, Roma-Bari, 2006; *Judicial globalization: New Development or Old wine in new bottles?* C. Baudenbacher, *Tex. Int. l L. J.*, 505, 2003; C. Baudenbacher, *Globalization of the judiciary*, *Tex. Int'l L. J.*, 397, 2003; A. Del Vecchio, *Giurisdizione Internazionale e globalizzazione*, Giuffrè, Milano, 2003; *La Globalizzazione giudiziaria*, A.Garapon e C. Guarnieri, *Il Mulino*, anno 54, 1/2005 n. 417

<sup>269</sup> «The proliferation of constitutional courts and international tribunals – osserva Roger Alford – has created new opportunities and risks for comparative reference. If in past decades the Supreme Court has occasionally courted with comparativism, today the suitors are more plentiful than ever, and many are unworthy of the match», R.P.Alford, *Four mistakes in the debate on Outsourcing Authority*, *Albany Law Review*, 69, 2006, n.3, p. 69.

«Judicial Globalization changes not only what our judges know and need to know, as a practical matter – rileva Anne Marie Slaughter – but also how they think about who they are and what they do».<sup>270</sup>

Significativo, in tal senso, l'aneddoto riferito da Roger Alford a proposito della *conversione* del giudice Kennedy al diritto comparato:

«Nearly six years ago, Justice Kennedy attended a conference of the American Bar Association in London and he objected in terms quite unequivocal to the idea that the judgments of foreign constitutional courts could contribute in any meaningful way to the development of American constitutional law. Today, this same Justice is the author of Roper and Lawrence, the two most important decisions that advance the cause of constitutional comparativism. As Jeffrey Toobin has noted, Kennedy's unlikely transformation into a tribune of legal multiculturalism offers a striking lesson in the unpredictability of the Court. It is difficult to assess the genesis of this transformation, but Justice Kennedy's frequent participation in these global exchanges with other constitutional judges likely contributed to his conversion».<sup>271</sup>

Un secondo ordine di ragioni è un'implicazione del primo. Progresso tecnologico, informatica giuridica e circolazione delle idee, seppur nel concorso con altri fattori, non hanno semplicemente interferito sui metodi della conoscenza del diritto ma, ben più radicalmente, stanno contribuendo a mutarne l'immagine, a ridefinirne il modo stesso di concepirlo – e con esso, a ridefinire il ruolo dei giudici e le funzioni dell'ermeneutica giudiziaria, come si vedrà.

La diffusione delle banche dati per la ricerca giuridica, in particolare, pare aver restituito un rinnovato ruolo ed una nuova dignità epistemica alle *affinità lessicali*. Nel motore di ricerca il testo giuridico si aliena dalla dimensione culturale che ne costituiva il *contesto*, e che era ragione del particolarismo semantico, e viene proposto nel bruto *hic et nunc* della lettera nera, nell'essenzialità della sua formulazione testuale. L'enunciato interpretativo finisce così col fruire di una cassa

---

<sup>270</sup> A. M. Slaughter, A brave new judicial world, in M. Ignatieff, American Exceptionalism and human rights, M. Ignatieff (edt) Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2005, p. 280.

<sup>271</sup> R.P. Alford, Four Mistakes in the Debate on *Outsourcing Authority*, 2006, n. 3, p. 669.

di risonanza che è ben più ampia e potente di quella di cui disponeva in passato, erodendo al contempo, accanto al legame tra testo e contesto, quello parallelo tra diritto e territorio, e ancora, così pare, tra norma e autorità. La *ricerca per parole* consente, infatti, di accedere, a partire da un termine chiave, alla giurisprudenza delle Corti di quasi tutto il pianeta, e *ciò che suona simile* – equality, eguaglianza, égalité, igualdad – *finisce, in tal modo, per diventare, simile*.

È su questa specie inedita di *praesumptio similitudinis*, i cui presupposti saranno oggetto di una più approfondita indagine nelle pagine seguenti, che prende vita, come si vedrà, un autentico processo di *sostanzializzazione*<sup>272</sup> – o *fattualizzazione* – del diritto ad opera delle corti, un processo che ricorda, a ben vedere, sotto taluni aspetti, l'universalismo d'impronta funzionalista di cui s'è detto nel capitolo precedente. In questo senso, suggerisce Anne-Marie Slaughter, *the increased technological supply is facilitating if not encouraging functional demand*.<sup>273</sup>

Da ultimo, e si tratta probabilmente della ragione che più ha influito sui contenuti e sulla portata del dibattito, se a lungo l'interpretazione comparativa è stata patrimonio, teorico e pratico, delle discipline giusprivatistiche, delle prassi di diritto amministrativo uniforme o delle pratiche commerciali transnazionali, oggi è il piano del diritto costituzionale, il massimo baluardo della sovranità statale, a venire pienamente investito.

« Constitutional Courts – rileva ancora Slaughter – are citing each other's precedents on issues ranging from free speech to privacy rights to the death penalty». <sup>274</sup>

---

<sup>272</sup> Il termine intende richiamare l'idea di *substantive reason* di cui si parlerà nel prossimo paragrafo a proposito della dottrina della persuasive authority e mira a rimarcare la riduzione del ragionamento giuridico a ragionamento fondato su ragioni di ordine sostanziale senza che rilevino le componenti *giuridico-formali* legate al tema dell'autorità, né, tanto meno, quelle di ordine culturale legate al contesto.

Il tema ritornerà nelle pagine a seguire a proposito della depositivizzazione dei diritti proposta dalla dottrina del costituzionalismo multilivello. Si veda, sul punto, Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico, di Massimo Luciani, testo on line disponibile al link: [http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/costituzionalismo\\_irenico/index.html#sdfootnote66anc](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/costituzionalismo_irenico/index.html#sdfootnote66anc)

<sup>273</sup> A. M. Slaughter, A brave new judicial world, in M. Ignatieff, American Exceptionalism and human rights op. cit.

<sup>274</sup> A. M. Slaughter, A Global Community of Courts,

Nel determinare i contenuti dei diritti fondamentali riconosciuti dalle carte costituzionali nazionali, i giudici, specialmente le corti di ultima istanza, sempre più di frequente si richiamano, a vario titolo, ad esperienze giuridiche maturate al di fuori dei confini nazionali, in forma, come si vedrà, ora di dati pratici o d'informazioni empiriche, ora di passaggi argomentativi in materia di diritti fondamentali e di diritti umani, ora di standard minimi di tutela.

Ciò che colpisce, pertanto, e che fa discutere, è non tanto, o non solo, l'impiego del diritto straniero nell'interpretazione giudiziale, quanto, piuttosto, la rilevanza dei temi su cui esso trova impiego, temi eticamente complessi e problematici quali l'eutanasia, l'aborto, la pena di morte, la libertà sessuale; nonché l'incidenza che il *diritto altrui* ha avuto sulla soluzioni delle questioni interpretative legate a tali temi.

Sebbene autorevoli voci abbiano ritenuto, ed ancora ritengano, che i fondamenti dell'interpretazione comparativa vadano indagati nella cornice di una teoria generale della comparazione – «the theory has to be broad enough to explain the use of foreign law in all appropriate cases [...] too many scholars call for a theory that will explain the citation of foreign law only in constitutional case»<sup>275</sup> rileva in tal senso Jeremy Waldron – è ragionevole, tuttavia, domandarsi<sup>276</sup> se non vi sia, al contrario, una qualche sorta di relazione tra la natura dei documenti interpretati, o da interpretare, ed il ragionamento comparativo e, nell'ipotesi in cui così fosse, su quali

---

<sup>275</sup> Waldron, nel criticare l'impostazione decisoria del celebre caso *Roper contro Simmons* in cui la Corte Suprema Americana dichiarò l'incostituzionalità della pena di morte minorile:

«One of the frustrating things about *Roper*, however, is that no one of the Court bothered to articulate a general theory of the citation and authority of foreign law. Writing for the court justice Kennedy said that it was *proper* to take foreign law into account and that referring to the laws of other countries could be *instructive* for the Court's interpretation of the Eighth Amendment. But he did not explain the jurisprudence behind this view. Nor did the *Roper* dissenters articulate a theory of citation to foreign law that they could squarely refute; they simply denounced the practice », in J. Waldron, *Foreign law and the modern Ius Gentium*, 119 Harv. L. Rev. 129, p. 1.

<sup>276</sup> Così, ad esempio, Roger Alford, il quale rileva come «while there has been a notable increase in scholarly literature on subject of constitutional comparativism, there is a remarkable a absence of any serious attempt to square this methodology with classic constitutional theories. A number of justification have been presented in support of the practice of using comparative material , but rarely are they grounded in constitutional theory[...]The legitimacy of constitutional comparativism should be determined by constitutional theory. Comparativism is not a constitutional theory. It is a methodology that is employed depended on a judge's particular theory», in R.P.Alford, *Ucla Law review*, 52, Feb. 2003, N.3, p. 641.

presupposti essa poggia e quali implicazioni teoriche, oltre che pratiche, ne discendano.<sup>277</sup>

Il diritto costituzionale, infatti – rileva Brun-Otto Bryde – costituisce per molti aspetti un caso particolare, in ragione di una contraddizione intrinseca che sembra caratterizzarne il rapporto con l'esperienza giuridica altrui.

Per un verso è indubbio che «a livello metodologico nel processo costituzionale le porte per l'ispirazione dall'estero sono perfino più spalancate che nel diritto privato».<sup>278</sup>

Le esperienze costituzionali contemporanee, infatti, al di là delle differenze di specie, presentano un elemento comune che le rende, in qualche misura, distinte rispetto ad ogni altra esperienza normativa: la natura del linguaggio in cui esse trovano, almeno in parte, formulazione.

Il *linguaggio dei diritti*, da un ordinamento all'altro, si connota, infatti, per la presenza di tre caratteristiche ricorrenti:

In primo luogo la struttura linguisticamente aperta, generica, indeterminata, una struttura che, pur non essendo, com'è indubbio, esclusiva delle disposizioni costituzionali – non mancano, di certo, esempi di enunciati indefiniti nella legislazione ordinaria, com'è stato giustamente ribadito – ne costituisce, tuttavia, il connotato essenziale ed irriducibile.

«Mentre nella legislazione infra-costituzionale – osserva Giorgio Pino – l'uso di termini indeterminati e connotati valutativamente è limitato ed episodico, nel catalogo costituzionale dei diritti l'uso di questo linguaggio è la regola»<sup>279</sup> e ciò in

---

<sup>277</sup> *Is there something specific to human rights that explains the apparently greater use of foreign case law in human rights cases?* Si domanda, in tal senso, Christopher McCrudden, *Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, 20 *Oxford J. Legal Stud.* 499 (2000), p. 527.

<sup>278</sup> Brun-Otto Bryde, *Il giudice costituzionale e il dialogo dei costituzionalisti internazionali*, in B. Markesinis, e Jörg Fedtke, *Giudici e diritto straniero*, p. 396 e ss.

<sup>279</sup> G. Pino, *Diritti e interpretazione*, Il Mulino, 2010, p. 129.

ragione di *alcune caratteristiche distintive delle costituzioni pluraliste contemporanee*.<sup>280</sup>

a) la natura compromissoria, l'essere, vale a dire, il frutto di accordi tra forze politiche che esprimono visioni distinte della società; b) la vocazione pluralista c) la generalità degli intenti, l'essere, cioè, destinata ad avere un'applicazione non limitata a singoli settori o rami dell'esperienza giuridica; d) l'intertemporalità, ovvero l'essere *destinate a durare nel tempo*.<sup>281</sup>

Alla genericità linguistica dei documenti costituzionali fa da appendice il secondo elemento distintivo: la comune *disfunzione letterale* dei testi, l'impossibilità, vale a dire, per i giudici, di ricorrere allo strumento dell'interpretazione letterale al fine di determinarne il significato, con la conseguenza, osserva Frederick Schauer «that one of the tasks of constitutional decision-making is that of making the initial factual/descriptive determination of whether some act or event falls within the contours of the relevant constitutional category». <sup>282</sup>

In terzo luogo, infine, non solo le esperienze costituzionali contemporanee condividono la genericità del linguaggio ma, di più, esse si esprimono mediante formule linguistiche tendenzialmente simili.

Espressioni quali dignità umana, uguaglianza, diritto alla vita, libertà d'espressione o divieto di trattamenti disumani e degradanti ricorrono, in linea di massima, nella quasi totalità dei documenti costituzionali, facendo – così si sostiene – del terreno costituzionale un ambiente particolarmente adatto all'interpretazione comparativa, ben più di quanto non accada, o non possa accadere, in altri rami del diritto.

«When I refer to foreign law in cases involving a constitutional issue – rileva il giudice di Corte Suprema Americana, Steven Breyer – I realize [...] those cases

---

<sup>280</sup> Ivi, p. 128.

<sup>281</sup> Così anche in G. Zagrebelsky, *La legge la sua giustizia*, op. cit. p. 379

<sup>282</sup> F. Schauer, *Free speech and the cultural contingency of constitutional categories*, 14 *Cardozo L. Rev.* 865 1992-1993

sometimes involve a human being working as a judge concerned with a legal problem, often similar to problems that arise here, which problem involves the application of a legal text, often similar to the text of our own Constitution, seeking to protect certain basic human rights, often similar to the rights that our own Constitution seeks to protect».<sup>283</sup>

A complicare lo scenario si consideri, peraltro, che le medesime formule aperte – dignità umana, uguaglianza, diritto alla vita, libertà d'espressione, divieto di trattamenti disumani e degradanti e simili – compaiono non solo nei documenti costituzionali ma, altresì, nelle carte internazionali e regionali in materia di diritti umani, che dalle prime trassero, in qualche modo, ispirazione – la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, il Patto sui diritti civili e politici, la Convenzione Europea dei diritti Umani, per citarne alcune – rendendo per lo meno problematico, da un ordinamento all'altro, il confine concettuale, oltre che pratico, tra diritti costituzionali e diritti umani.<sup>284</sup>

Se, per un verso, pertanto, il linguaggio dei diritti pare possedere una serie di caratteristiche tali da renderlo particolarmente adatto al confronto con l'altrui esperienza giuridica, per altro verso, tuttavia – prosegue Bryde – è altrettanto indubbio che esista, nella percezione comune, l'idea, di segno opposto, che ci sia un legame particolarmente stringente tra costituzione e identità nazionale<sup>285</sup>, ben più

---

<sup>283</sup> A. Scalia & S. Breyer, A conversation between supreme judges, 3 Int'l J. Const. L. 2005, p. 522-523.

<sup>284</sup> Vi sono autori, come accennato, che riconducono una simile somiglianza ad una comune discendenza genealogica delle costituzioni contemporanee, da cui l'applicazione della cornice giustificatoria *della borrowed statute doctrine* alla comparazione costituzionale. Si tratta, tuttavia, d'una tesi non molto diffusa e peraltro raramente riscontrata in giurisprudenza.

<sup>285</sup> Il legame tra principi costituzionali ed identità nazionale, d'altro canto, emerge con chiarezza nella dottrina – il cui ricordo è ancora fresco in Europa – detta dei *controlimiti*, elaborata e sostenuta con particolare vigore da parte della corte costituzionale italiana e di quella tedesca al principio degli anni settanta, quando, agli albori del progetto comunitario, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee affermò il principio del primato del diritto sovranazionale su quello interno.

Le limitazioni alla sovranità nazionale, sostennero le due corti, per quanto costituivano il risultato di una legittima rinunzia, da parte degli Stati membri, ad avere l'ultima parola sulle materie di competenza comunitaria, giammai potevano spingersi fino a comprimere quei principi supremi dell'ordinamento costituzionale che ne rappresentano una componente identitaria essenziale. Su tali principi, ed in difesa di tali principi, il giudice delle leggi continuava a mantenere competenza piena,



saldo che in altri rami del diritto, tanto che – osserva l'autore a proposito dell'esperienza nordamericana – è estremamente improbabile che riferimenti da parte della Corte Suprema al diritto civile straniero avrebbero provocato reazioni analoghe a quelle ottenute nell'ambito dell'interpretazione costituzionale.

«The constitution of a nation – rileva analogamente Sujit Choudhry – emerges from, embodies, and aspires to sustain or respond to that nation's particular history and political traditions. As Jürgen Habermas has explained, the citizens of a nation often use constitutional discourse as a means *to clarify the way they want to understand themselves as citizens of a specific republic, as inhabitants of a specific region, as heirs to a specific culture, which traditions they want to perpetuate and which they want to discontinue, [and] how they want to deal with their history.* Indeed, for some countries, constitutions are an integral component of national identity, and reflect one way in which those nations view themselves as different from others».<sup>286</sup>

---

potendosi spingere a dichiarare l'incostituzionalità della disciplina comunitaria, alla stregua di un qualunque documento normativo nazionale, laddove essa ne avesse messo a repentaglio il rispetto e la tutela. Per quanto, da più parti, si sostenga che la dottrina dei controlimiti sia stata, in effetti, null'altro che una posizione di principio, espressa a parole, più che con i fatti, del tutto superata, oggi, dagli sviluppi normativi dell'Unione Europea in materia di diritti umani (così in A. Celotto, Carta dei diritti fondamentali e costituzione Italiana, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)) non mancano voci, tuttavia, che ancora ne rivendicano attualità e rilevanza. In tal senso, rileva Marta Cartabia, «dal punto di vista degli ordinamenti costituzionali l'esigenza di mantenere una rete di salvataggio a salvaguardia del nucleo intangibile dei principi e dei diritti costituzionali non perde d'attualità e al contrario pare diffondersi vieppiù anche in ordinamenti tradizionalmente indifferenti ad essa», in M. Cartabia, *I Diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 24.

Né, d'altronde, si può fare a meno di riflettere sulla scelta, dopo il fallimento del progetto costituzionale europeo, di espungere la parola Costituzione dal testo del trattato di Lisbona così da renderne più probabile la ratifica da parte degli Stati membri.

Un fondamento analogo ha, in Italia, d'altronde, il ricorso al principio dell'ordine pubblico quale limite all'applicazione delle norme di diritto internazionale privato: *complesso dei principi* – nella definizione della Corte di Cassazione – *ivi compresi quelli desumibili dalla Carta Costituzionale, che formano il cardine della struttura economico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico.*

<sup>286</sup> S. Choudhry, *Globalization in search of justification*, op. cit.

Analogamente, rileva Massimo Luciani, *Solo una ricostruzione ingenua della nozione di diritto fondamentale, dell'origine e del contenuto delle situazioni soggettive e degli universi di valore che così qualifichiamo, può indurre a credere che: a) la stessa etichetta (poniamo: "libertà di associazione") denoti la medesima cosa in tutti i contesti e in tutte le esperienze giuridiche; b) sia possibile stabilire qual è il livello di protezione "più alto" dei diritti. Tutt'al contrario, la coincidenza di etichetta o addirittura di formulazione testuale della disposizione di tutela di un diritto non vuol dire più di tanto, a fronte della diversità storica degli ordinamenti e delle stratificazioni giurisprudenziali accumulate in decenni o addirittura in secoli. Per altro verso, nessuno può dire se sia più elevato il livello di protezione in un ordinamento che - ad esempio - assicura al massimo*

È chiaro, pertanto, che proprio la coesistenza, nel costituzionalismo contemporaneo, di due componenti tanto contrapposte – l'assonanza lessicale dei documenti normativi a tutela di principi generali di dubbia interpretazione, per un verso, che sembra spingere verso la commistione delle frontiere semantiche, e la pretesa identitaria delle carte costituzionali, per altro verso, che rema nella direzione opposta – è ciò che rende l'esperienza comparativa nell'interpretazione costituzionale di particolare interesse.

D'altro canto, osserva Guy Canivet, «gli esseri umani hanno a livello intuitivo una concezione universale dell'idea di giustizia, trovano difficile spiegare risposte diverse a domande identiche, ma non ammettono di perdere l'identità nazionale che sta alla base delle istituzioni che regolano la loro vita personale. Da questa contraddizione sorge l'interesse per il diritto comparato».<sup>287</sup>

Una simile contraddizione è, in effetti, il nodo con cui, oggi, sono chiamate a confrontarsi le maggiori teorie dell'interpretazione comparativa.

«It appears to many – rileva Frank Michelman – that a body of legal doctrine can retain its domesticity in the sense described, even while exposing itself quite deliberately to influence and persuasion from abroad».<sup>288</sup>

Ciò su cui rileva interrogarsi, allora, è se possa l'impiego del diritto straniero nell'interpretazione dei diritti fondamentali coesistere con un'idea di costituzione che sia espressione della sovranità di una nazione e dell'identità culturale – o della *coscienza sociale* – se si preferisce, di un popolo determinato, o se l'avvento dell'una non sia il segno, piuttosto, per necessità di cose, del tramonto dell'altra. Ove così fosse, si tratterà, ancora, di chiarire se sia ad una nuova e più ampia idea di *coscienza sociale* che fa appello questa peculiare tecnica per l'interpretazione dei diritti, o se

---

*grado la libertà di impresa e di concorrenza, o in un ordinamento che, nell'intento di proteggere taluni interessi pubblici o taluni diritti sociali configgenti con quelli economici, limita e circoscrive la facoltà di movimento e di azione dei vari operatori sul mercato. Oppure in un ordinamento che tutela attentamente il diritto ad una maternità consapevole, ovvero in un altro che si preoccupa di riconoscere diritti al nascituro e di proclamarli intangibili, Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico, op. cit. p. 11.*

<sup>287</sup> G. Canivet, La pratica del diritto comparato nelle corti supreme, in B. Markesinis e J. Fedtke, op. cit. p. 415.

Sul punto anche I. Trujillo, Giustizia globale, Il Mulino, Bologna, 2007.

<sup>288</sup> F. I. Michelman, Integrity-anxiety? in M. Ignatieff, American Exceptionalism, op. cit. p. 243

essa non esprima, piuttosto, la riproposizione in chiave neocostituzionalista di un'idea tutt'altro che nuova: che esista, vale a dire, una cornice etica oggettiva ed ultrapositiva a fondamento dei giudizi sulla validità del diritto.

### ***3.2 Le tre dottrine dell'interpretazione comparativa. Enunciati normativi e linguaggio giuridico: il ruolo della comparazione nella determinazione del significato. Le pratiche comparative tra certezza del diritto e discrezionalità giudiziale***

Che funzioni svolge il diritto straniero nelle decisioni in materia di diritti fondamentali?

Così come, più in generale, si suole affermare a proposito dell'interpretazione costituzionale<sup>289</sup>, ad una simile domanda è possibile prestar risposta da due distinte angolazioni: l'una, *ricostruttiva*<sup>290</sup> – il piano della *teoria* – mira a dare conto del modo in cui il *foreign law* viene *effettivamente* impiegato nell'argomentazione giudiziale, esimendosi, per contro, dall'esprimere alcuna specie di valutazione critica, o di plauso, a riguardo; l'altra, l'angolazione *prescrittiva* – il piano dell'*ideologia*, o della dottrina – disinteressata, in genere, allo sguardo dichiaratamente *avalutativo* della prima, si fa carico, all'opposto, di promuovere, e suggerire, una rosa di usi e funzioni – espressione, in genere, di una più ampia visione della costituzione e della funzione giudiziale – alla luce della quale inquadrare, valutare, e giudicare, l'operato dei giudici.

Se questa distinzione ha un senso – e, per quanto si tratti, com'è chiaro, di due piani intimamente collegati<sup>291</sup>, non vi sono ragioni per ritenere che così non sia – può

---

<sup>289</sup> Si tratta d'un contributo di Riccardo Guastini in materia d'interpretazione costituzionale, R. Guastini, *Teoria e ideologia*, in A. Pace, *Giurisprudenza costituzionale*, op. cit., p. 756.

<sup>290</sup> Guastini parla in effetti di punto di vista descrittivo. Tuttavia, poiché non si ritiene, come rilevato nel corso del primo capitolo, che abbia senso l'idea di una descrizione pura ma che le attività cognitive siano sempre frutto di ricostruzioni di campi d'esperienza, comunque guidate, in misura più o meno marcata ed evidente, da scelte di valore e d'interesse e da strategie cognitive, appare opportuno parlare di ricostruzione piuttosto che di descrizione. Sul punto si veda V. Villa, *Conoscenza giuridica*, op. cit.

<sup>291</sup> Sul punto, V. Villa, *Conoscenza giuridica*, op. cit.

risultare opportuno, anche nella trattazione seguente, mantenere il distinguo tra il piano teorico, il piano, vale a dire, che attiene alla ricostruzione del ruolo e delle funzioni del *foreign law* nell'argomentazione sui diritti, e quello ideologico, che vede nel confronto con il diritto altrui un mezzo per la realizzazione di determinata idea di costituzione, con essa, della funzione giudiziale.

Ci si ripropone, a tal fine, nelle pagine a seguire, di ricostruire le tre dottrine dell'interpretazione comparativa che, a sorti alterne, hanno dominato il dibattito sulle funzioni del diritto straniero nell'interpretazione costituzionale nel corso dell'ultimo secolo – la dottrina dei trapianti giudiziari, la dottrina del cosmopolitismo costituzionale e la dottrina della *comparazione sovversiva*<sup>292</sup> – destinando all'ultimo capitolo di questo lavoro l'analisi del dato emergente dalle pratiche giudiziarie e la ricostruzione di una puntuale cornice teorica che dia conto del ruolo e delle funzioni che il *foreign law* è chiamato, *di fatto*, a rivestire nell'interpretazione dei principi costituzionali.

Fatta questa premessa, prima ancora di entrare nel merito delle tre dottrine, chiariamo sin da principio, a fugare possibili dubbi, che i sostenitori dell'impiego del diritto straniero nell'interpretazione delle costituzioni nazionali, siano essi giudici o esponenti della dottrina, non ne rivendicano, in genere<sup>293</sup> – non, almeno, in termini espressi – la natura di fonte giuridicamente vincolante<sup>294</sup> e ciò seppur non di rado sia dato imbattersi, nella casistica giudiziaria, in formule che richiamano da vicino quelle impiegate per i *principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*<sup>295</sup> –

---

<sup>292</sup> L'espressione è dovuta a Horatia Muir-Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2000, vol. 52 n.3, Juillet-septembre, pp. 503-527.

<sup>293</sup> Salvo poche eccezioni. Si suole attribuire, ad esempio, la tesi della coincidenza tra diritto internazionale e transnazionale ad Harold Koh, *International Law as Part of Our Law*, *American Journal of International Law* 98 (2004).

<sup>294</sup> Osserva Frank Michelman, a riguardo: The court may find it relevant to know of any gathering consensus on the point among the courts abroad[...] for reasons quite aside from any belief that the foreign consensus forges a rule (say) of customary international law, that is, as such, at least degree binding here. F. I. Michelman, *Integrity-anxiety?* in M. Ignatieff, *American Exceptionalism*, op. cit. p. 243.

<sup>295</sup> Isolate, eppur autorevoli voci della dottrina internazionalista, hanno invece sostenuto e con convinzione, la fondatezza di una simile idea, ribadendo come detta fonte comprenda «a parte le vecchie regole di giustizia e logica giuridica[...] quei principi oggi universalmente propugnati, che mirano a salvaguardare la dignità umana e ad attuare una migliore giustizia sociale». B. Conforti, *Diritto Internazionale*, op. cit., p. 44.

si pensi a espressioni quali *the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society*<sup>296</sup> o, ancora, *the civilized nations of the world are in virtual unanimity that[...]*.<sup>297</sup>

Una simile circostanza, com'è ovvio, solleva due interrogativi di non poco conto: Anzitutto cosa si nasconde dietro questo *apparente* ricorso ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili? Perché, per un verso se ne impiega il linguaggio mentre, per altro verso, se ne misconosce l'efficacia? In secondo luogo, posto che non si tratti di una fonte di diritto in senso tecnico, a che titolo e con che scopi ricorrere al *foreign law* nell'argomentazione sui principi fondamentali?

Sulla prima delle due domande non si possono che avanzare delle congetture.

Una prima ragione potrebbe rintracciarsi nelle note ed ordinarie difficoltà pratiche legate all'impiego dei principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, di cui pur s'è detto nel capitolo precedente.

Perché i principi statali – ci ricorda Benedetto Conforti – possano essere applicati a titolo di principio generale di diritto internazionale, è necessario, infatti, che sussistano almeno due condizioni: *occorre anzitutto che essi esistano e siano uniformemente applicati nella più gran parte degli Stati; In secondo luogo [...] che essi siano sentiti come obbligatori o necessari anche dal punto di vista internazionale*.<sup>298</sup>

Abbiamo già avuto modo di entrare nel merito di alcune delle principali criticità teoriche, e pratiche, legate al tema, delle obiezioni legate alla traduzione giuridica e al particolarismo culturale, così come d'osservare quale aggravio argomentativo comporti, in capo al giudice, il farsi carico, nel breve lasso di tempo di un procedimento giudiziario, di un'impresa comparativa tanto estesa ed ambiziosa da coinvolgere quasi tutti i sistemi di diritto contemporaneo, il che spiegherebbe la

---

<sup>296</sup> In *Roper v. Simmons*

<sup>297</sup> In *Trop v. Dulles*

<sup>298</sup> B. Conforti, *Diritto Internazionale*, op. cit. p. 44.

scarsa attenzione prestata dalle pratiche giudiziarie all'art. §1, lett. c) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia.

Ma v'è, in vero, chi, come Frank Michelman, al di là delle difficoltà di ordine teorico e pratico di cui s'è detto, legge nel mancato ricorso alla cornice normativa del diritto internazionale una ragione ben più profonda: il timore, vale a dire, da parte di giudici nazionali, di perdere il controllo sul giudizio di validità sostanziale del diritto interno: «The impression [...] persists that resistance by American justices to the idea of paying some head to constitutional-legal practice across the world does, in fact, reflect the wish to preserve their institution's tight control over the content of American constitutional law against encroachment by other actors on the legal scene at home or abroad. We can take the case either way. If we assume that control is not, in fact, felt to be at risk, the question is what remains to explain the resistance save sheer moral vanity and smugness. If we assume the opposite, the question becomes we saw – it being far from obvious why members of an institution as august and entrenched as the American Supreme Court would feel threatened with a loss of control, merely as a result of letting themselves be seen attending to practice and opinion elsewhere, in the course of reaching what manifestly would still be their own legal conclusions».<sup>299</sup>

Una simile spiegazione, in effetti, pare più che plausibile, a maggior ragione se si considera quanto osservato al principio del capitolo a proposito del contrasto, che pare segnare tutto il costituzionalismo contemporaneo, tra l'assonanza lessicale dei documenti normativi a tutela dei diritti fondamentali, per un verso, che spinge *de facto* verso la considerazione delle altrui pratiche interpretative, ed il legame, per altro verso, tanto saldo quanto diffuso nel senso comune, tra costituzione ed identità nazionale, che rema, invece, nella direzione, opposta, dell'isolazionismo ermeneutico.<sup>300</sup>

---

<sup>299</sup> F. I. Michelman, Integrity-anxiety? in M. Ignatieff, American Exceptionalism, op. cit. p. 244.

<sup>300</sup> Di isolazionismo giuridico, seppur con riferimento al medesimo concetto, parla Michael Ignatieff American Exceptionalism, op. cit. p. 8.

Se così è, è del tutto ragionevole pensare che il giudice, pur interessato all'affermarsi delle pratiche costituzionali transnazionali, stia, al contempo, allerta a che dette pratiche non finiscano col fagocitarne gli spazi d'autonomia.

E tuttavia, se il ricorso al diritto straniero nell'interpretazione costituzionale non viene inquadrato alla luce della cornice normativa del diritto internazionale, rimane da chiarire a che titolo e con che funzioni se ne invochi l'impiego nell'argomentazione giudiziale, e più in particolare, nell'argomentazione sui diritti.<sup>301</sup>

Abbiamo fatto cenno, nel paragrafo precedente, alla peculiare natura del linguaggio costituzionale ipotizzando che vi sia una qualche sorta di relazione tra il modo in cui gli enunciati costituzionali, o, per lo meno, di taluni di essi – gli enunciati che sanciscono diritti – sono linguisticamente strutturati e l'impiego del diritto straniero nell'interpretazione delle costituzioni contemporanee. Perché i termini di una simile relazione siano più chiari è opportuno soffermarsi ancora brevemente sul punto.

Si suole affermare, ed è ragionevole crederlo, che le caratteristiche linguistiche di un testo normativo siano, almeno in parte<sup>302</sup>, legate alla funzione che esso è chiamato a rivestire all'interno dell'ordinamento giuridico.

È indubbio che tra le funzioni del diritto rientri quella di orientare le condotte dei consociati secondo determinati modelli di comportamento e che un simile obiettivo sia, il più delle volte, perseguito associando alle condotte auspicate, o deprecate, una serie di meccanismi ora di plauso – le sanzioni positive – ora di correzione.

---

<sup>301</sup> Su questo presupposto s'è distinta, nel capitolo precedente, la comparazione necessaria, tipica, ad esempio, dei principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, da quella volontaria relativa a disposizioni normative endogene.

<sup>302</sup> Alle ragioni funzionali, com'è chiaro, vanno aggiunte quelle di ordine accidentale e contingente. Un testo, ad esempio, può risultare poco circostanziato, oltre che per ragioni di opportunità politica e normativa, quali l'intenzione, di preservarlo al trascorrere del tempo, la vocazione pluralista del documento, il compromesso politico e morale, per ragioni legate, al contrario, proprio al trascorrere del tempo, alla mancanza di un accordo politico o all'impiego, più o meno casuale, di espressioni infelici.

Perché ciò accada, è necessario che gli enunciati giuridici, o per lo meno una buona parte di essi, sia formulata nel rispetto di almeno due caratteristiche linguistiche: l'alta determinazione semantica e la struttura sintattica di tipo ipotetico.

Una buona parte delle disposizioni giuridiche, in effetti, è concepita nella forma di un enunciato ipotetico, il cui ambito operativo, così come rileva Frederick Schauer<sup>303</sup>, è segnato da quella che tecnicamente si dice *protasi* della proposizione, l'insieme delle circostanze di fatto *precisamente determinate*, vale a dire, al verificarsi delle quali si innesca la reazione, in genere correttiva o emendativa, dell'ordinamento giuridico: «*If a car is going more than sixty-five miles per hour in a certain place, then its driver is subject to criminal penalties. If one is an officer, director, or holder of ten percent or more of the shares of the stock of a registered company, then that person may not buy and sell or sell and buy stock in that company in a six month period.*»<sup>304</sup>

È condizione di operatività della protasi, pertanto, e per essa, dell'applicabilità della norma, l'impiego di un linguaggio semanticamente dettagliato, che rinvii a circostanze di fatto e ad elementi materiali o altrimenti determinati/bili del *mondo reale o istituzionale* – *car, officer, registered company*, negli esempi citati.

Da una simile struttura discendono tre implicazioni di carattere pratico estremamente rilevanti:

- Il *linguaggio fattuale* in cui detti enunciati sono formulati fa sì che essi si prestino in maniera particolarmente proficua alla determinazione letterale del significato normativo;
- Alla struttura ipotetica del periodo normativo – *se...allora* – corrisponde, in linea di massima, una struttura della decisione giudiziale informata su uno schema di tipo sillogistico.
- L'elevato livello di specificità semantica di tale sorta di enunciati giuridici contribuisce a formare una serie di vincoli nella determinazione dei significati

---

<sup>303</sup> F. Schauer, *Free Speech*, op. cit. p. 866.

<sup>304</sup> Ivi.



normativi che, pur non eliminando del tutto il margine minimo del *libero apprezzamento* del giudice, pare ridurre, tuttavia, in misura proporzionale, l'ambito della discrezionalità giudiziale. Tanto più precisa e dettagliata è una disposizione, in altri termini, quanto più gravoso sarà l'onere del giudice di argomentare la scelta di affidarsi ad un'interpretazione antiletterale.

Ora, com'è noto, e di piena evidenza, non tutti gli enunciati normativi sono chiamati a disciplinare situazioni di fatto dettagliatamente determinate. Vi sono, al contrario, documenti giuridici che nascono con la precipua funzione di astrarsi dalla contingenza dei fatti, per dedicarsi, invece, all'orientamento *assiologico* dell'ordinamento intero o di un qualche suo ramo.

I *principi* sono le opzioni di valore, in chiave prescrittiva, su cui è informato, o si pretende d'informare, l'ordinamento giuridico nel suo insieme; sono la trama etica del discorso giuridico positivo che ha la sua sede più naturale, seppur non esclusiva, nei documenti costituzionali.

Alla peculiare funzione giuridica dei principi – dei principi in generale, dei principi costituzionali, in particolare – corrisponde, in linea di massima, una diversa struttura linguistica dell'enunciato normativo. Si tratta di testi dai connotati semantici generici ed indeterminati «che rinviano in parte al linguaggio comune ed in parte a valori etico-politici».<sup>305</sup>

Da una simile circostanza discendono talune caratteristiche di segno opposto rispetto a quelle prima considerate.

Se, per un verso, infatti, così come sostiene Schauer, anche le disposizioni costituzionali possono, in astratto, e non senza una certa forzatura, essere inquadrate all'interno dello schema ipotetico del *se...allora* tipico delle *regole* – If government distinguishes among citizens on the basis of race, then its action is unconstitutional unless justified by a compelling state interest – per altro verso, rileva il giudice

---

<sup>305</sup> G. Pino, Diritti e interpretazione, op. cit. p. 127.

Steven Breyer, «answers in difficult cases can rarely be deduced by means of legal logic».<sup>306</sup>

I principi, in altri termini, difficilmente possono costituire la premessa maggiore di un sillogismo giudiziario.<sup>307</sup> Trattandosi, infatti, di enunciati privi, in linea di massima, di predicati fattuali, è indubbio che la determinazione dei contenuti della protasi richieda un'opera di concretizzazione e specificazione che si realizza mediante canali diversi rispetto a quelli dell'interpretazione letterale.

«Freedom of speech – rileva ancora Schauer – criminal prosecutions, classification based on race, burden on interstate commerce, and establishment of religion are all generalization that can be recast as the factual predicates of constitutional rules. As a result, it turns out that one of the tasks of constitutional decision making is that of making the initial factual/descriptive determination of whether some act or event falls within the contours of the relevant constitutional category».<sup>308</sup>

E in questo stesso senso, osserva Francesco Viola, «applicare un principio significa non già risolvere un caso, ma formulare una regola in base a cui risolvere il caso in questione».<sup>309</sup>

Il problema, com'è chiaro, è stabilire quali siano tali canali alternativi e se la *disfunzione letterale* dei principi, la carenza, vale a dire, in capo ad essi, di vincoli semantici forti, implichi la fisiologica libertà del giudice di formulare la regola del caso secondo criteri del tutto personali e soggettivi – criteri di arbitrarietà politica, così come nell'idea dello *spostamento di potere* dal parlamento all'apparato giudiziario paventata da Kelsen<sup>310</sup> – o se, piuttosto, si tratti, più semplicemente, di identificare altrove i paletti a guida dell'ermeneutica giudiziaria.

---

<sup>306</sup> A conversation, op. cit. p. 529.

<sup>307</sup> *I principi non sono idonei a funzionare come premessa maggiore (normativa) nel sillogismo attraverso il quale gli organi dell'applicazione applicano regole[...] I principi appartengono [...] alla giustificazione esterna, cioè sono impiegati come argomenti diretti a giustificare la scelta delle premesse (in particolare della premessa normativa) del sillogismo*, Riccardo Guastini, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, a cura di Alessandro Pace, Giuffrè, Milano, 2006, p. 770

<sup>308</sup> F. Schauer, *Free Speech*, op. cit. p. 866.

<sup>309</sup> F. Viola e G. Zaccaria, op. cit. p. 367.

<sup>310</sup> L'argomento è ripreso in G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, op. cit. p. 378.

È nel solco di una simile questione che, per molto tempo, si è impianto il dibattito sull'impiego del diritto straniero nell'interpretazione dei principi costituzionali.

Ai due poli della discussione si collocavano, in genere, quanti, per un verso, muovendo in linea di massima, da premesse oggettiviste e cognitiviste, vedevano nel ricorso al diritto altrui un mezzo per circoscrivere il rischio di decisioni arbitrarie nell'ipotesi in cui il giudice si trovasse a dover affrontare un *caso difficile* – if the majority of states believe that *X* is true, there is reason to believe that *X* is in fact true, rilevano Eric Posner e Cass Sunstein richiamandosi al teorema della giuria di Condorcet<sup>311</sup> – e quanti, all'opposto, d'impostazione ultrarelativista, vi leggevano non più che un espediente per mascherare il senso di *nudità intellettuale*<sup>312</sup> – nell'espressione di Jeremy Waldron – che colpisce il giudice ove questi fosse chiamato a decidere il caso in assenza di un contenuto normativo determinato: «Just asserting that it is objectively wrong to execute individuals for crimes committed when they were children might be viewed as an expression of subjective sentiment rather than an insight into moral fact. But judges sound more substantial when they talk about the overwhelming weight of international opinion against the juvenile death penalty».<sup>313</sup>

Di recente, tuttavia, il dibattito pare essersi ulteriormente arricchito di spunti, e alle due tradizionali posizioni, ancora dotate, a ben vedere, di un seguito di tutto riguardo – come sarà evidente in sede di analisi della dottrina dei *trapianti giudiziari* – si sono affiancate due visioni inedite della comparazione giudiziale: l'idea, per un verso – nata dalle ceneri dell'oggettivismo – che essa possa assolvere una funzione costruttiva della dimensione semantica universale dei diritti dell'uomo, contribuendo al superamento degli ostacoli legati al particolarismo giuridico e culturale che ne

---

<sup>311</sup> E. A. Posner e C. R. Sunstein, *The Law of Other States*, 59 *Stan. L. Rev.* 2006-2007, p. 136.

<sup>312</sup> L'espressione è di Waldron, *intellectual nakedness*, in J. Waldron, *Foreign law and the modern ius gentium*, op. cit. p. 5., pur non rientrando, Waldron, nella categoria degli scettici, come si vedrà.

<sup>313</sup> *Ivi*.

Analogamente in Mary Ann Glendon: «the problem is not reference to foreign law. It is how foreign law is used by judges who usurp powers reserved under the Constitution to the people and their elected representatives, and whose desire to *learn* is limited to finding arguments in support of conclusions that have little constitutional warrant», M. A. Glendon, *Judicial Tourism, What's wrong with the U.S. Supreme Court citing foreign law*, *The Wall Street Journal*, Sept. 16, 2005.

hanno, sin qui, impedito la realizzazione piena – idea sostenuta dai fautori di quella che chiameremo dottrina del *cosmopolitismo giudiziario*; e l'idea, per altro verso, d'impostazione tutt'altro che cosmopolita, che a partire dalle cornici del particolarismo giuridico e culturale, rivendica, la *funzione euristica* del diritto straniero nell'interpretazione dei principi costituzionali – idea promossa dalle neonate dottrine della *comparazione sovversiva*.

Come accennato in principio di paragrafo, nelle pagine a seguire ci si prefigge di ricostruire il complesso quadro teorico e concettuale che sta alla base delle tre principali dottrine dell'interpretazione comparativa. Un simile proponimento nasce dalla necessità, ad avviso di chi scrive, di chiarire che si tratta di tre modi distinti di guardare alla funzione e alla natura della comparazione nelle pratiche giudiziarie; di tre prospettive ideologiche che si avvalgono di apparati concettuali diversi e che mirano alla realizzazione di una diversa visione della costituzione e, con essa, della funzione giudiziale. Ciò, a dispetto del modo in cui la più recente e diffusa letteratura in materia suole accostarsi all'argomento, commistionando aspetti e proposte dell'una con presupposizioni teoriche, assunti di principio e concetti propri dell'altra, così contribuendo a ingenerare un quadro di complessiva confusione che impedisce, di fatto, di cogliere l'effettiva portata pratica ed i profili di rilevanza teorica che l'interpretazione comparativa presenta, in termini di ricaduta, sul più ampio dibattito contemporaneo intorno al paradigma costituzionale.

### ***3.2.1 Le dottrine dell'interpretazione comparativa: le cinque tesi della dottrina dei trapianti giudiziari. Il modello delle problem solving courts e l'universalismo funzionale. Il corollario della persuasive authority. Il Teorema della giuria di Condorcet. Le principali obiezioni alla dottrina dei trapianti***

«Fino a che punto – si domandano Konrad Zweigert e Hein Kötz<sup>314</sup> – il diritto comparato può essere impiegato nell'interpretazione delle norme di diritto nazionale? Nei nostri manuali non si legge niente a questo proposito: si apprende invece della vecchia disputa se sia la volontà del legislatore, presa in considerazione al momento dell'emanazione della legge, a dover guidare l'interpretazione o se, invece, la legge possiede una sua autonomia, che permette di adeguare, di volta in volta, l'interpretazione alla realtà sociale esistente. [...] Ove sorgano dubbi sull'interpretazione, oppure là dove specifiche lacune di un ordinamento debbano essere colmate dal giudice. [...] viene riconosciuto ormai ovunque sul continente il principio che l'art. 1, I, e II, del codice svizzero formula in questi termini: nei casi non previsti dalla legge, il giudice decide secondo consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore [...] Come decide un moderno legislatore? [...] sempre più come un eclettico comparatista».<sup>315</sup>

La dottrina dei trapianti giudiziari, per lungo tempo, ha dominato la scena del dibattito sull'interpretazione comparativa.

---

<sup>314</sup> E nel merito dei principi, osservava René David, a proposito dei principi costituzionali: «È vero che secondo una certa dottrina, i giudici, in particolare, non avrebbero altro compito che quello di *affermare* il diritto. E tuttavia, se questa opinione persiste nella teoria, è oggi generalmente riconosciuto che si tratti soltanto di una convenzione e che in pratica i giuristi, e in particolare i giudici, svolgono inevitabilmente un ruolo molto più attivo: l'interpretazione del diritto che essi devono fare è per forza di cose, come ogni interpretazione, un'opera creativa [...]. Si assiste alla moltiplicazione, nelle leggi degli Stati democratici, di formule generali [...]. Al di sopra delle leggi ordinarie queste formule hanno trovato posto nelle Costituzioni, in particolare con l'affermazione dei diritti economici e sociali di tipo nuovo, che assumono un significato soltanto se si consente ai giudici di intervenire in modo attivo e dinamico per concretizzarli», R. David, *La Comparazione Giuridica*, op. cit.

<sup>315</sup> K. Zweigert/ H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, op. cit. p 21.

I termini della questione sono, a ben vedere, quelli della disputa tra originalisti ed evolucionisti dell'interpretazione.

Essa muove, così pare, da una premessa tutt'altro che originale: il diritto è un fenomeno dinamico e come tale si evolve e muta al mutare degli assetti e degli equilibri di una determinata realtà sociale.

Ogni qualvolta il testo normativo si palesi lacunoso, incerto, indeterminato o, comunque, non più rispondente alle diffuse esigenze di tutela normativa della società – così come tanto spesso accade in materia di diritti fondamentali – il giudice, si sostiene, è tenuto ad *intervenire* sul portato semantico del documento – alla stregua di un legislatore – rinnovandone il senso in risposta alle rinnovate circostanze.

Se questa è la premessa, risulta chiaro, allora, perché tanto a lungo il dibattito sull'impiego del diritto straniero nell'interpretazione del diritto interno abbia vissuto nel riflesso del dibattito sulla discrezionalità giudiziale<sup>316</sup> e le principali obiezioni avverso la dottrina dei trapianti, come a breve, si vedrà – la violazione del principio di separazione dei poteri, l'indemocraticità della pratica, la profanazione del dogma della certezza del diritto e del principio di eguaglianza formale – siano state non più che una variazione sul tema delle ormai note critiche all'attivismo giudiziario ed al potere creativo dei giudici in materia d'interpretazione.

Il nodo teorico su cui maggiormente s'è discusso, e ancora oggi, spesso si discute, infatti, è se, a fronte d'un legislatore inerte, che manchi, vale a dire, d'iniziativa, o di tempestività, rispetto al mutare delle esigenze sociali, spetti all'apparato giudiziario la facoltà, o il potere, d'intervenire a correzione del  *tiro normativo*, e ancora, con riferimento ai principi costituzionali, se possa o debba questi arrogarsi il potere di

---

<sup>316</sup> Eloquente l'impostazione del problema in un articolo di Christopher McCrudden: *How far, if at all, does a country's judiciary borrow from other jurisdictions in the interpretation or application of these (now) indigenous human rights norms? [...]* In most jurisdictions in which courts play an active role in the legal protection of human rights, there are significant debates about the extent to which the judiciary is either legitimate or competent in carrying out such a role. In part, this debate focuses on whether the purported distinction between legal and political approaches to human rights is convincing. When a judge interprets a human rights provision in a Bill of Rights, for example, is the judge really interpreting law, or making a political judgement? in *A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, Oxford J. Legal Studies 499, 516-27 (2000).

*svecchiare* i contenuti della costituzione per via ermeneutica, ove siano mancate iniziative emendative in tal senso.<sup>317</sup>

Il punto è che, per quanto la questione presenti profili d'indubbia rilevanza, così inquadrata, tuttavia, essa viene ad essere priva di qualsivoglia specificità teorica<sup>318</sup> ed in ogni caso lascia irrisolta una questione fondamentale: perché mai un moderno legislatore dovrebbe comportarsi come un eclettico comparatista?

Ciò su cui urge interrogarsi, pertanto, è non tanto se possa, o non possa, il giudice nazionale adeguare il senso dei documenti normativi alle mutate esigenze di giustizia sociale, quanto, piuttosto, che cosa abbia a che fare una simile operazione con il ricorso al *foreign law*. «Pourquoi – si domanda Marie-Claire Ponthoreau – aurait-il recours au droit étranger alors qu'il a déjà de nombreuses sources du droit internes et internationales à sa disposition?»<sup>319</sup> Che cosa cerca il giudice, nell'altrui diritto, che non possa del pari conseguire con mezzi propri?

È, d'altro canto, del tutto evidente, osserva con enfasi pragmatica, il giudice Antonio Scalia, che se le intenzioni del giudice non andassero oltre il prendere parte al processo di *emersione sociale del diritto*, questi non potrebbe esimersi dal tener conto delle specificità giuridiche e culturali del contesto in cui si trova ad operare. Ed in tal senso, «it is quite impossible for French practice to be useful in determining the evolving standards of decency of American society».<sup>320</sup> A meno che non si ritengano dette specificità mere contingenze frutto d'un *errore di valutazione*.

---

<sup>317</sup> Così come sostenuto, ad esempio, dal giudice Steven Breyer nel rivendicare il ruolo creativo dell'interpretazione comparativa: «Law is not handed down from on high[...]. Rather law emerges from a complex interactive democratic process. We justices play a limited role in that process. But we are part of it», A conversation, op. cit. p. 522

<sup>318</sup> Non a caso, non di rado s'è parlato di vino vecchio in botti nuove. Così in C. Baudenbacher, Judicial Globalization: New Development or Old Wine in New Bottles? Texas International Law Journal, Jan, 1, 2003.

<sup>319</sup> M. C. Ponthoreau, Comparaison et raisonnement juridique, op. cit. p. 543.

<sup>320</sup> L'apertura al diritto straniero, invece, continua Scalia, è indice di tutt'altra premessa e di tutt'altre intenzioni: rintracciare non già la più adatta, bensì la *migliore* tra le soluzioni pratiche che l'immaginario giuridico e giudiziario contemporaneo abbia offerto ad un comune problema sociale: *The only way in which it makes sense to use foreign law is if you have a third approach to the interpretation of the Constitution, to wit: I as a judge am not looking for the original meaning of the Constitution, nor for the current standards of decency of American society; I'm looking for what is the best answer to this social question in my judgment as an intelligent person. And for that purpose I take into account the views of other judges, throughout the world.* Da: A conversation, op. cit. p. 526.

La dottrina dei trapianti giudiziari costruisce, a ben vedere, la propria proposta pratica intorno a cinque assunti teorici logicamente collegati:

Il primo assunto concerne la natura del diritto e poggia sul principio dell'*universalismo funzionale* di cui già s'è discusso nel capitolo precedente.

Detto principio, affermava, in breve, che, per quanto distanti siano, o possano essere, tra loro, i vissuti normativi nazionali, ciascun sistema è orientato alla soluzione dei medesimi problemi pratici. Da ciò discende, come già rilevato, che, al di là dei particolarismi normativi e culturali, esiste una dimensione pratico-funzionale capace di neutralizzare, di fatto, le divergenze tra ordinamenti e riferire le esperienze giuridiche ad un terreno comune di mutua commensurabilità.

Il contributo inedito della variante giudiziaria della dottrina dei trapianti è la trasposizione in chiave etica dell'idea del problema universale: per quanto distinte e lontane possano apparire, tra di loro, le esperienze giudiziarie nazionali, ogni sistema pretorio, è, in fin dei conti, impegnato nel prestar soluzione ai medesimi dilemmi morali, poiché unica, come si vedrà, è l'idea di umanità alla cui realizzazione il diritto è teso.<sup>321</sup>

«American and foreign judges alike are human beings using similar legal texts, dealing with a somewhat similar human problem[...] – osserva, in tal senso, il giudice Steven Breyer – England is not the moon, nor is India. Neither is a question of cruel and unusual punishment an arcane matter of contract law where differences in legal systems are more likely to make a major difference».<sup>322</sup>

---

Sottolineatura di chi scrive Si tratta di un'idea, peraltro, apertamente sostenuta da numerosi fautori della dottrina dei trapianti giudiziari. Basti ricordare, a riguardo, le posizioni di Konrad Zweigert e Hans-Jürgen Puttfargen richiamate nel secondo capitolo.

<sup>321</sup> Taluni studiosi tendono a trascurare la premessa etica nella ricostruzione della cornice teorica delle dottrine dell'interpretazione comparativa. In senso contrario Paolo Carrozza: This explanation is essentially functionalist, based in the shared task of seeking solutions to common problems. But there is more than functionalism present in the ethical premise of the value of human dignity so widely shared among the different courts involved in the transnational jurisprudence of capital punishment. In fact, on many occasions we see judges specifically abstracting from and eschewing comparisons in the functional terms of "common solutions to common problems" and speaking much more in terms of "common principles for a common humanity." It is, more often than not, the judge who wants to *avoid* foreign influences who takes a functionalist approach focusing on the unique, pragmatic aspects of the problem at home, in P. G. Carrozza, "My Friend Is a Stranger": The Death Penalty and the Global *lus Commune* of Human Rights, 81 Tex. L. Rev. 2002-2003, p. 1081.

<sup>322</sup> A Conversation, op. cit. p. 527 e 529.



Il secondo assunto si fonda sul fondamento oggettivo della conoscenza giuridica e sull'equiparazione, di conseguenza, tra il problema scientifico e quello etico-giuridico.<sup>323</sup>

Facendo propria la massima di Jhering – *soltanto uno stolto rifiuterà la chinina perché non è cresciuta nel proprio orto* – osserva Jeremy Waldron, in tal senso:

«Solutions to certain kinds of problems in the law might get established in the way that scientific theories are established. They do not get established as infallible, they change over the years, and there are always outliers who refuse to accept them some cranky, some whose reluctance leads eventually to progress. But to ignore foreign solutions, or to refrain from attending to them because they are foreign, betokens not just an objectionable parochialism, but an obtuseness as to the nature of the problems we face».<sup>324</sup>

Il terzo assunto – implicazione del primo e del secondo – ha ad oggetto la natura dell'interpretazione giuridica e si basa sull'ormai nota tesi della *one right answer*:

Così come per ogni problema scientifico esiste una verità da scoprire, per ogni dilemma interpretativo esiste una *risposta corretta* che è espressione di una *verità etica universale* della cui scoperta l'interprete deve farsi carico.<sup>325</sup>

Il quarto assunto tocca la natura dell'attività giurisdizionale e si fa promotore di un modello giudiziario affatto peculiare: il modello delle *problem solving courts*.<sup>326</sup>

La decisione giudiziale è un'operazione da condurre in maniera tutt'altro che arbitraria, si sostiene, che, specie nell'ipotesi dei casi dalla dubbia soluzione – come si vedrà più nel dettaglio a proposito del corollario della *persuasive authority* –

---

<sup>323</sup> Sulla differenza tra scienze naturali e giuridiche si rinvia a quanto osservato nel primo capitolo.

<sup>324</sup> E ancora, rileva Waldron, *I have invoked the image of science and of scientific problem-solving several times to illustrate how a foreign law consensus may be relevant to U.S. legal decision making. [...] I have emphasized the point that referring to ius gentium treats the problems that arise in our courts as though they were questions for legal science. It does not simply look to foreign moods, fads, or fashions.* J. Waldron, *Foreign law and the Modern Ius gentium*, op. cit., p. 8.

<sup>325</sup> Si tratta, com'è noto, di uno dei quattro corollari della teoria del nobile sogno di Ronald Dworkin: vd. José Juan Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

<sup>326</sup> «Functionalism – osserva Ruti Teitel – treats comparative law as a technique of problem solving. The subject of legal analysis is the legal problem excised from its context», in R. Teitel, *Comparative Constitutional law in a global age*, 117 *Harv. L. Rev.* 2570 2003-2004.

richiede più *spirito pratico* che impegno logico-giuridico. Si tratta di identificare il concreto problema morale che il caso giudiziario sottopone all'attenzione del giudice, di ricostruirne tutti i profili teorici e pratici di rilevanza, gli interessi in causa, le implicazioni etiche, e di fatto, che discenderebbero dall'adozione di una soluzione piuttosto che di un'altra, al fine di ottimizzare il ragionamento pratico del giudice e guidarlo, *all things considered*, alla *corretta soluzione* del problema.

Il quinto assunto, infine, riguarda la natura ed il ruolo della comparazione:

Il vissuto giuridico altrui ha la funzione di aggiungere tasselli di sapienza pratica al bagaglio d'esperienza del giudice nazionale, di allungarne lo sguardo su un patrimonio condiviso di verità e giustizia che ne riduce al minimo i margini di discrezionalità: «Judges should look to comparative and International law – rileva in tal senso Joan Larsen – for substantive constitutional content because foreign and International rules are readily ascertainable and are formulated by sources external to the judiciary itself».<sup>327</sup>

E a tal riguardo, osserva Jeremy Waldron «this is exactly what ius gentium provided the *accumulated wisdom of the world on rights and justice*. The knowledge is accumulated not from the musings of philosophers in their attics but from the decisions of judges and lawmakers grappling with real problems».<sup>328</sup>

In tale maniera il diritto altrui viene a fornire un contributo decisivo all'*impresa ottimizzatrice* dell'apparato giudiziario, di quello costituzionale in special modo, non più soltanto, così pare, arbitro in aula del giudizio di validità sostanziale della legge – della conformità, vale a dire, dei contenuti normativi ai principi informativi dell'ordinamento – bensì garante e fondatore, mediante l'indagine comparativa, dell'ordine etico-giuridico ideale.<sup>329</sup>

---

<sup>327</sup> J.L. Larsen, Importing Constitutional Norm From a Wider Civilization: Lawrence and the Rehnquist Court's Use of Foreign and International Law in Domestic Constitutional Interpretation, 65 Ohio St. L. J. 1283 2004.

Si badi che non si tratta del pensiero dell'autore ma della ricostruzione di una posizione determinata a sostegno dell'impiego del foreign law nell'interpretazione costituzionale.

<sup>328</sup> J. Waldron, Foreign law and the Modern Ius gentium, 119 Harv. L. Rev. 129, p. 5. Il corsivo è un'aggiunta di chi scrive.

<sup>329</sup> Riconoscendo l'influenza dworkiniana sulla dottrina dei trapianti, a tal riguardo Charles Fried osserva: «Justice Breyer's move [...] have introduced a whole new range of materials to the texts,

Dal punto di vista concettuale, ciò implica, com'è chiaro, che di nuovo sotto l'etichetta di comparazione vengano incluse una serie di operazioni successive e qualitativamente distinte: la ricostruzione, per un verso, delle analogie e delle differenze di significato assegnate in contesti diversi ad enunciati normativi *roughly comparable*<sup>330</sup>; la valutazione, per altro verso, *della migliore*, tra le soluzioni che l'immaginario giuridico abbia proposto al comune problema etico, tenuto conto delle peculiarità del caso; e ancora, la critica interna, laddove, all'esito dell'esame, la soluzione proposta dalla consolidata giurisprudenza nazionale fosse ritenuta qualitativamente inferiore, meno efficace, o poco calzante, rispetto a quella accolta nell'ordinamento altrui; e l'intervento normativo, per concludere, mediante la *ricezione* della soluzione straniera nell'ordinamento interno.

\*\*\*

Il contenuto critico-valutativo dell'indagine comparativa costituisce, com'è palese, il nucleo centrale della dottrina dei trapianti, e trova la formulazione più chiara ed evidente nel corollario della cosiddetta *persuasive authority*.<sup>331</sup>

---

precedents and doctrines from which the Herculean task of constructing judgments in particular cases proceeds». C. Fried, *Scholars and Judges*, 23 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 821 1999 – 2000. Il riferimento, com'è chiaro, è alla dottrina del moral reading di Ronald Dworkin.

<sup>330</sup> S. Breyer, dissenting opinion in *Knight*, 120 S. Ct. at 464.

<sup>331</sup> *Reception is the obvious instance of adherence, on a large scale, to persuasive authority*, osserva Patric Glenn, in *Persuasive Authority*, 32 McGill L. J. 297 1986-1987, p. 264.

L'autorità persuasiva<sup>332</sup> – o *de facto*, o *autorità morale*, come altrimenti la si suole definire – nata come alternativa concettuale alla *binding authority*<sup>333</sup>, l'autorità coercitiva ed inderogabile che si suole riconoscere al diritto, vale a dire<sup>334</sup>, mira a dar conto, così com'è proprio del *foreign law*, delle ragioni della reiterazione di una decisione giudiziale laddove essa non costituisca una fonte giuridica in senso stretto<sup>335</sup>: *Authority which attracts adherence as opposed to obliging it*, nella sintetica definizione di Patric Glenn.<sup>336</sup>

---

<sup>332</sup> Della dottrina della *persuasive foreign authority* circolano due distinte versioni, che celano altrettanto distinti approcci teorici. Alcuni vi si richiamano, infatti, con la semplice intenzione di rilevare che c'è qualcosa, una qualche forma di autorità discorsiva, che persuade il giudice ad utilizzare il diritto straniero pur in assenza di un'esplicita prescrizione. Così, ad esempio in Chad Flanders, op. cit. p. 12: «Even though these sources do not have any power over courts by virtue of what they are (that they are some source that is intrinsically authoritative) they still can have a power by virtue of what they say, if they say it persuasively. In other words, if one of these sources makes an argument that a judge or court finds convincing, then to that extent, that source has some authority over the judge – whether that authority means that the judge should follow it because the reasoning is compelling, or merely that the judge has to take it into account. The important thing about the authority it has, though, is that it is not a matter of will or fiat, it is a matter of persuasiveness, or even of reasonableness». Anche in Patric Glenn, *Persuasive Authority*, 32 McGill L. J. 297 1986-1987, p. 298: «The use of persuasive authority is thus essential to law itself and uniformity of law comes not through imposition but persuasion».

Altri, al contrario, si fanno portatori di una proposta più marcatamente prescrittiva, guardando al diritto straniero come al *diritto che deve persuadere*, ispirare il giudice, al fine di limitarne la discrezionalità, laddove il diritto nazionale dovesse rivelarsi oscuro o lacunoso: ancora Glenn quando osserva che «Adherence to persuasive authority is therefore a highly sophisticated alternative to notions of binding law and mechanical jurisprudence on the one hand and arbitrary personal licence on the other», op. cit. p. 264

<sup>333</sup> Tarello, op. cit., p.372, «Naturalmente questo argomento non ha impiego in quei casi in cui l'aderenza al precedente è imposta o i quei casi in cui l'opinione dottrinale è considerata fonte del diritto in senso formale. In questi casi, infatti, la motivazione in base al precedente o in base alla dottrina è da considerarsi applicazione normativa di enunciati già interpretati, e l'attività interpretativa si rivolgerà se mai agli enunciati che costituiscono precedente (interpretazione del precedente) o agli enunciati della dottrina (interpretazione dei testi dottrinali), ma di nuovo l'argomento autoritativo sarà inutile perché anche il precedente interpretativo, o la dottrina interpretativa, saranno dal considerarsi fonti».

<sup>334</sup> Si tratta di un'applicazione estensiva, e peraltro discutibile, di considerazioni teoriche nate, in effetti, nella teoria del precedente giudiziale.

<sup>335</sup> Gino Gorla, *Precedente giudiziale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1988; sempre di Gorla, *Giurisprudenza*, *Enciclopedia del diritto*, 1984; Svein Eng, *La reale efficacia delle decisioni giudiziarie come fonti del diritto: i casi inglese e norvegese*, in *Ragion Pratica*, Il Mulino, Bologna, 1996, seppur a p. 19 osservi: «Nel diritto inglese vale il principio per cui un'ipotetica norma o è una ratio decidendi vincolante, in quanto tale decisiva per la risoluzione della controversia, ovvero è soltanto un dictum o una ratio decidendi dotata di forza persuasiva e pertanto priva di autorità; parallelamente, nell'ambito del più semplice apparato concettuale della teoria norvegese molto studiosi sono inclini a dire che una sentenza costituisce un prejudikat ed è in quanto tale decisiva per la risoluzione della controversia, oppure non lo è ed pertanto priva di autorità ai fini della definizione della causa», in altri punti recupera la distinzione tra autorità coercitiva e persuasiva, dove autorità è inteso come sinonimo di efficacia, p. 24. Tale distinzione è stata fortemente criticata da Michele

Si tratterebbe, pertanto, di una peculiare specie di autorità caratterizzata da due elementi determinati che valgono a distinguerla dalla *binding authority*:

L'essere interamente fondata sulla forza della *persuasione*, sull'incidenza del *cosa*, vale a dire, piuttosto che sull'autorità del *chi*<sup>337</sup>: «even though these sources do not have any power over courts by virtue of what they are (that they are some source that is intrinsically authoritative) – rileva in tal senso Chad Flanders<sup>338</sup> – they still can have a power by virtue of what they *say*, if they say it persuasively. In other words, if one of these sources makes an argument that a judge or court finds convincing, then to that extent, that source has some authority over the judge»;

L'essere dotata, in secondo luogo, e per conseguenza, di una natura ben più *debole*, defettibile, rispetto a quella propria della *binding authority*, nella misura in cui la decisione di sottoporvisi sia rimessa, in ultima analisi, ad una valutazione prudenziale dei contenuti da parte del destinatario del precetto autoritativo – *the*

---

Taruffo e, per ragioni in parte diverse, anche l'impostazione qui accolta non ne condivide i presupposti ed in particolare la nozione di autorità persuasiva.

<sup>336</sup> P. Glenn, op. cit., p. 263.

<sup>337</sup> «The idea that some authority is *persuasive* is then contrasted with authorities that are mandatory or binding and which have their authority by virtue of something else besides their persuasiveness, say, because they are the rulings of a higher court, or are decisions made by the same court in the past. Foreign authorities, the argument goes, are merely *persuasive* and are not binding, and as such can be cited insofar as they are helpful and illuminating to the issue; because they do not bind, they do not raise any specter of being ruled by a foreign country, as some fear», Chad Flanders, *Toward a theory of op. cit.*

Altri, al contrario, si fanno portatori di una proposta più marcatamente prescrittiva, guardando al diritto straniero come al *diritto che deve persuadere*, ispirare il giudice, al fine di limitarne la discrezionalità, laddove il diritto nazionale dovesse rivelarsi oscuro o lacunoso. Glenn è esplicito sul punto quando osserva che «Adherence to persuasive authority is therefore a highly sophisticated alternative to notions of binding law and mechanical jurisprudence on the one hand and arbitrary personal licence on the other», op. cit, p. 264.

Il primo dei due approcci presenta il difetto tipico delle tesi realiste. Esso non va, in ultima analisi, oltre il mero rilievo empirico del fatto della reiterazione, e rinuncia a qualsiasi cornice teorica che dia conto tanto delle ragioni dell'utilizzo del diritto straniero quanto della questione dell'autorità.

Il secondo approccio, per converso, incorre nel grave vizio di confondere ragioni formali, o content independent, come altrimenti le definisce Frederick Schauer, e ragioni sostanziali, ovvero, le ragioni legate ad un contenuto. Se il diritto straniero, infatti, ha natura persuasiva, il ch  significa che esso offre al giudice ragioni sostanziali, piuttosto che norme, in ci  distinguendosi dal diritto nazionale, come pu  al contempo essere autorit , e pertanto ragione formale? Non   forse l'essere soggetti all'autorit , e dunque il riconoscerla come tale, per ci  stesso incompatibile con l'idea di ragione, di persuasione? L'essere persuasi, rileva Frederick Schauer, che mangiare spinaci faccia bene   cosa diversa dal mangiarli perch  cos  ha detto qualcuno.

<sup>338</sup> C. Flanders, *Toward a theory*, op. cit.

*force of persuasive authority is the unforced force of the better argument*, osserva Habermas – piuttosto che ad un vincolo di legge.<sup>339</sup>

Detta valutazione, tuttavia, si sostiene, è tutt'altro che soggettiva o discrezionale, trattandosi, al contrario, così si sostiene, di uno strumento *altamente sofisticato*<sup>340</sup> atto ad impedire che al di là del territorio dei casi chiari regni l'arbitrio dell'organo giudicante.

\*\*\*

Ora, per quanto utile, sotto il profilo degli spunti di riflessione, la teoria dell'autorità persuasiva tuttavia – per il cui approfondimento si rinvia a sedi più appropriate – è stata oggetto di due obiezioni cui non è semplice replicare, obiezioni che si legano alla pretesa di far coesistere insieme, nella medesima rappresentazione dell'attività giudiziale, tre concetti tutt'altro che contigui: autorità, persuasione e verità. Le relazioni interne ad una simile triade aprono orizzonti teorici estremamente complessi e di proporzioni immani, la cui trattazione, com'è chiaro, va ben oltre gli obiettivi di questo lavoro. In breve, può osservarsi, la prima delle due obiezioni attiene, come accennato, alla relazione concettuale tra autorità e persuasione:

Muovendo dall'idea di Raz secondo cui «to be subjected to authority [...] is incompatible with reasons»<sup>341</sup>, Frederick Schauer rileva come, a ben vedere, autorità e persuasione siano nozioni mutuamente esclusive, il cui accostamento teorico ha per effetto quello di dare vita ad una tesi intrinsecamente ossimorica: «once we understand that genuine authority is content-independent, we are in a position to see that persuasion and acceptance (whether voluntary or not) of authority are

---

<sup>339</sup> Cit. In Flanders, il quale rileva a riguardo come «Habermas's formulation is particularly apt because it manages to capture the somewhat paradoxical idea that an authority could be authoritative merely by virtue of its persuasiveness – that there is something about a good argument that exerts control over us, even a control that is analogous (but perhaps only analogous) to the command of a superior officer», *Toward a theory of persuasive authority*, Saint Louis U. Legal Studies Research. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1348075>, p. 13

<sup>340</sup> Così in P. Glenn, op. cit. «highly sophisticated alternative to notions of binding law and mechanical jurisprudence on the one hand and arbitrary personal licence on the other»

<sup>341</sup> *For reason requires that one should always act on the balance of reasons of which one is aware. It is of the nature of authority that it requires submission even when one thinks that what is required is against reason*, J. Raz, *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 1.

fundamentally opposed notions. To be *persuaded* that global warming is a real problem is to accept that there are sound substantive reasons supporting these conclusions and thus to have no need for authoritative pronouncements in reaching those conclusions»<sup>342</sup>.

Se così è, pertanto, delle due l'una: o il diritto straniero entra nelle trame della decisione per la persuasività di *ciò* che in esso si dice, o la ragione per cui il giudice vi si richiama è legata all'autorità riconosciuta a *chi* ebbe a dirlo – com'è tipico, appunto, dell'argomento *ex auctoritate* – a prescindere da quanto detto. E d'altronde, così come osserva Taavi Annus *the fact that the reasoning of the foreign court was found persuasive does not mean that the authority itself was persuasive*, e viceversa.<sup>343</sup>

La seconda obiezione si lega alla relazione tra la tesi sulla natura persuasiva del diritto straniero e l'indagine sulla *risposta corretta* e chiama in causa una delle principali critiche che già Hart muoveva all'impianto teorico di Dworkin<sup>344</sup> sulla *one right answer* – all'idea, vale a dire, che spetti al giudice risolvere il dilemma etico alla luce della *best conception of constitutional moral principles*:<sup>345</sup>

Come conciliare l'indagine sulla *verità* e sulla *giustizia* del diritto – insite nell'idea stessa di *best solution* – con il concetto di persuasione?

L'idea del persuadere, dell'essere persuasi dalle buone ragioni, rimanda, infatti, ad una dimensione del pensiero, e dell'azione, che ha a che vedere più con le opinioni, con la soggettività, con l'apprezzamento prudenziale – *la persuasione è una credenza la cui certezza poggia su basi prevalentemente soggettive*, sostiene Nicola Abbagnano<sup>346</sup> – che con l'accertamento di una qualche verità.<sup>347</sup>

---

<sup>342</sup> F. Schauer, *Authority and Authorities*, 94 Va. L. Rev. 2008, p. 1941.

<sup>343</sup> T. Annus, *Comparative Constitutional Reasoning: the law and the strategies of selecting the right arguments*, 14 Duke J. of Comp. & Int'l L. 301.

<sup>344</sup> Mi riferisco alla contraddizione tra l'oggettivismo etico che è presupposto della tesi sulla *one right answer* e la discrezionalità giudiziale quale componente dell'attività interpretativa. Sul punto, A. Schiavello, V. Velluzzi, *Il positivismo giuridico contemporaneo*, Giappichelli, Tornino, 2000, p. 214.

<sup>345</sup> R. Dworkin, *Freedom's Law, The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, New York, 1996, p. 11.

<sup>346</sup> N. Abbagnano, *Dizionario di filosofia*, Utet, Torino, 1998.

Se la verità è svincolata dalla persuasione, se non tutto che ciò che è persuasivo è, per ciò solo, indice di ciò che è vero, allora, torniamo a chiederci, cosa ha a che vedere l'impiego del *foreign law* nell'interpretazione costituzionale con gli obiettivi di epurazione del diritto dall'arbitrio dei giudici? Non v'è nessuna garanzia, infatti, che mediante l'analisi comparativa l'organo giudiziario, per quanto autentico e genuinamente motivato possa essere il proprio sforzo nell'indagine, addivenga a soluzioni oggettivamente fondate piuttosto che a scelte arbitrarie e soggettive, per quanto convincenti. Detto altrimenti, non c'è nessuna garanzia che la *best answer* – ammesso che alcuna se ne dia – coincida, per ciò solo, con la *one right answer*; che la migliore tra le risposte con cui l'immaginario giuridico ha inteso prestar risposta ad un determinato problema etico sia, per ciò solo, quella *corretta*.

«In foreign law – rileva al contrario il giudice Roberts – you can find anything you want. If you don't find it in the decisions of France or Italy, it's in the decisions of Somalia or Japan or Indonesia or wherever. As somebody said in another context, looking at foreign law for support is like looking out over a crowd and picking out your friends. You can find them, they're there. And that actually expands the discretion of the judge. It allows the judge to incorporate his or her own personal preferences, cloak them with the authority of precedent because they're finding precedent in foreign law, and use that to determine the meaning of the Constitution. I think that's a misuse of precedent, not a correct use of precedent».<sup>348</sup>

C'è spazio, dunque, per una lettura alternativa? Si può ancorare l'impiego del diritto straniero nell'argomentazione giudiziale ai fondamenti oggettivi di un'indagine sulla

---

Non si rado, infatti, si contrappone l'idea di verità a quella di autorità, ravvisando nell'argomento autoritativo una sorta di artificio sofista. In senso opposto Perelman: *Si è attaccato l'argomento di autorità in nome della verità. E infatti, se ogni proposizione deve essere considerata vera o falsa, l'argomento di autorità non può più legittimamente trovare posto nel nostro arsenale intellettuale. Ma si può forse sempre partire da questo punto di vista, e si possono ridurre, per esempio tutti i problemi giuridici a problemi scientifici, in cui sia questione solo di vero o di falso?* C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica (1958), Torino, Einaudi, 2001

<sup>347</sup> È ben possibile associare verità a persuasione, così come Nicola Abbagnano riferisce faccia Heidegger in Essere e Tempo (in Abbagnano, Dizionario di filosofia), purché, com'è chiaro, si dia adeguato conto delle premesse concettuali di una simile impostazione.

<sup>348</sup> In Tunshet, When is Knowing Less Better Than Knowing More? Unpacking the Controversy over Supreme Court Reference to Non-U.S. Law, 90 Minn. L. Rev. 1275 2005-2006 2



verità etica senza con ciò negarne la valenza persuasiva e, con essa, la competenza critico-valutativa del giudice?

Una proposta diversa, e quanto meno originale nel suo genere, è quella che arriva da Eric Posner e Cass Sunstein: riesumare il vecchio teorema della giuria di Condorcet<sup>349</sup> per stabilire se, ed in quali ipotesi, possa riconoscersi ai contenuti veicolati dal *foreign law* un fondamento di verità.

In estrema sintesi, sostengono Posner e Sunstein, supponiamo che la *due process clause* sia passibile di due interpretazioni in conflitto e che Corte Suprema del Texas sia chiamata a decidere se adottare, nella soluzione del caso in esame, la norma *A* o, piuttosto, quella *B*. Supponiamo, ancora, che la maggior parte degli stati abbia adottato, nell'interpretare il principio del giusto processo, la soluzione *A*. A questo punto, rilevano i due autori, ci sono buone ragioni perché la Corte adotti la norma *A* poiché è per lo meno ragionevole pensare che *each is, or most are, likely to do better than random.*<sup>350</sup>

«The Jury Theorem formalizes the simple intuition that the practices of others provide relevant information, and that courts ought not to ignore such information. We suggest that the Jury Theorem provides the simplest argument for following the

---

<sup>349</sup> Per i contenuti del teorema nella versione originale si rinvia al Trattato sull'Applicazione dell'Analisi alla Probabilità delle Decisioni a Maggioranza del Marchese di Condorcet. Nelle parole di Posner e Sunstein: «To see how the Jury Theorem works, suppose that people are answering the same question with two possible answers, one false and one true. Assume too that the probability that each voter will answer correctly exceeds 50%, and that these probabilities are independent. The Jury Theorem says that the probability of a correct answer, by a majority of the group, increases toward 100% as the size of the group increases. The key point is that groups will do better than individuals, and large groups better than small ones, so long as two conditions are met: majority rule is used and each person is more likely than not to be correct. The Theorem is based on some fairly simple arithmetic. Suppose, for example, that there is a three-person group in which each member has a 67% probability of being right. The probability that a majority vote will produce the correct answer is 74%. As the size of the group increases, this probability increases too. It should be clear that as the likelihood of a correct answer by individual members increases, the likelihood of a correct answer by the group increases as well, at least if majority rule is used. If group members are 80% likely to be right, and if the group contains ten or more people, the probability of a correct answer by the majority is overwhelmingly high-very close to 100%. In countless domains, imperfectly informed individuals and institutions adopt a heuristic in favor of following the majority of relevant others (the *do-what-the-majority-do* heuristic and this heuristic reflects the logic of the Jury Theorem), in *The Law of Other States*, op. cit. p. 141.

<sup>350</sup> E. A. Posner and . R. Sunstein, *The law of other states*, op. cit. p. 136, 59 *Stan. L. Rev.* 2006-2007.

practices of other states: it suggests that if the majority of states believe that *X* is true, there is reason to believe that *X* is in fact true». <sup>351</sup>

Ad argomenti non dissimili, d'altronde, sembra ricorrere, in ultima analisi, il giudice Breyer laddove osserva: «If in a cruel and unusual punishment case the fact that everyone in the world thinks one thing is at least worth finding out, for I doubt that Americans are so very different from people elsewhere in respect to such matters». <sup>352</sup>

A questo semplicissimo assunto, tuttavia, è d'uopo ribattere con tre argomenti <sup>353</sup> che appaiono decisivi:

Anzitutto la cornice condorcettiana determina un mutamento della natura del *foreign law* nell'interpretazione giudiziale che, di nuovo, è incompatibile con il corollario della persuasività.

La struttura argomentativa del teorema di Condorcet, infatti, è di tipo formale. Si tratta, in altri termini, di un argomento del tutto svincolato dal contenuto del *foreign law* <sup>354</sup> – *content-independent*, nell'espressione di Frederick Schauer – in base al quale si asserisce la verità dell'enunciato *X perché, e solo perché, A ha detto X*.

---

<sup>351</sup> Ivi, p. 142-143. Presupposto del teorema, com'è chiaro, e come, d'altronde, non esitano a riconoscere i due autori, è che esista una sola risposta corretta al quesito – *morale* – posto dal dilemma interpretativo – *if we are not skeptics, and if we believe that moral questions do have right answers, then it makes sense to consult the majority's view*.

<sup>352</sup> A conversation, op. cit. p. 529.

<sup>353</sup> Rileva, in questa sede, entrare nel merito solamente delle obiezioni intrinseche alla teoria. Vi sono poi una serie di obiezioni di carattere generale, che attengono ai presupposti universalisti del teorema, che sono comuni a tutto l'impianto funzionalista, per cui se ne rinvia l'esame alla fine del paragrafo. Si veda, a riguardo, N. Q. Rosenkranz, Condorcet and the Constitution: a response to the law of other states, *Stanford Law Rev.* Vol 59, Issue 5, p. 1281 (1283).

<sup>354</sup> Sul punto si veda Form and Substance P. S. Atiyah e R.S. Summers, *Form and substance in Anglo-American law*, Oxford University Press, 1987, reprinted 2002: «First, we will show that it is possible and useful to distinguish between two types of legal reasoning, which we shall refer to as substantive and formal reasoning. A substantive reasoning is a moral, economic, political, institutional, or other social consideration. Thus the fact that D has intentionally harmed P is a reason of substance for deciding that D ought to be required by law to pay damages to P. If the law has not yet invoked, such substantive reason in this particular way, its incorporation into a legal rule (or other form of law) will create a new source of formal reason. A formal reason is a different kind of from a substantive reason that has not yet incorporated in the law at hand. A formal reason is a legally authoritative reason on which judges and other are empowered or required to base a decision or action, and such a reason usually excludes from consideration, overrides or at least diminishes the weight of any countervailing substantive reason arising at the point of decision or action. For example it is a formal reason for making a decision that there *is a valid legal rules* that in the given circumstances D ought to be made to pay damages to P».

Ciò implica, com'è chiaro, che la componente critico-valutativa dell'analisi comparativa, lo sforzo erculeo dell'organo giudiziario, vale a dire, sia ridotta, di fatto, ad un puro e semplice computo numerico, che sposta l'asse della rilevanza dalle ragioni del *cosa* – per come sarebbe proprio dell'indagine sulla miglior risposta – all'autorità del *chi* – la maggioranza degli Stati.

«Creating consensus by including foreign jurisdictions in the *Eighth Amendment denominator* – sottolinea a riguardo Ernest Young – [...] gives the practices of those jurisdictions authoritative legal weight [...] The justices are not searching foreign court opinions for innovative doctrinal formulae or new argument not found in the American discourse. [...] Rather, it is precisely the fact of the foreign practice that is most relevant for the Court's analysis [...] It is deferring to numbers, not reasons».<sup>355</sup>

In secondo luogo non v'è nessun nesso, che possa seriamente essere preso in considerazione, non in maniera così superficiale, per lo meno, tra la volontà espressa dalla maggioranza e la verità, la giustizia, o più semplicemente la correttezza della soluzione di un caso giudiziario. *Why should majority suggest superiority?* osserva lapidariamente Ralf Michaels.<sup>356</sup>

Da ultimo, infine, analogamente a quanto osservato a proposito dei principi generali di diritto, come conciliare i tempi relativamente concentrati di un procedimento giudiziario con un'impresa comparativa tanto estesa da includere la *maggior parte* degli ordinamenti giuridici? La comprensione del contenuto di una decisione, peraltro, implica la comprensione delle dinamiche del sistema giuridico che l'ha prodotta, dinamiche di cui il giudice nazionale sa poco o niente, rileva Richard Posner:

---

Analogamente Schauer, ult. op. cit.: «Typically, the reason for an action, a decision, or a belief is one that is grounded in the content of the reason. I eat spinach because it is good for me, and it actually being good for me is a necessary condition for it being a good reason (...) So let us call this kind of reason a *substantive reason*. Someone considering what to do, what to decide, or what to believe will take a reason as a good substantive reason only if she believes in what the reason actually *says* and believes that what the reason says is true».

<sup>355</sup> Foreign Law and the denominator problem, E. A. Young, 119 Harv. L. Rev. 148 2005-2006, p. 148.; 153; 155.

<sup>356</sup> R. Michaels, The functional method, op. cit.

«Foreign decisions emerge from a complex social, political, historical, and institutional background of which most of our judges and justices are ignorant. To know how much weight to give to the decision of the German Constitutional Court in an abortion case, you would want to know how the judges of that court are appointed and how they conceive their role, and especially how German attitudes toward abortion have been shaped by peculiarities of German history».<sup>357</sup>

Senza considerare, infine, gli ostacoli pratici legati all'accessibilità linguistica e materiale delle pratiche giudiziarie dei paesi meno interessati dal processo di globalizzazione giuridica e scarsamente rappresentati nei principali circuiti internazionali della ricerca normativa.

\*\*\*

Chiusa la parentesi su Condorcet, bisogna invero rilevare che avverso la dottrina dei trapianti sono state sollevate due ulteriori obiezioni di carattere generale.

Anzitutto, sotto un profilo normativo, se ne contesta la democraticità e, con essa, la validità formale degli esiti decisorii. Si tratta, così come accennato al principio del paragrafo, di una critica tutt'altro che originale, che discende dall'abitudine a sovrapporre il dibattito sul *foreign law* a quello sulla discrezionalità giudiziale.

I presupposti su cui la dottrina dei trapianti si fonda, si sostiene infatti, costituiscono una violazione del *principio della separazione dei poteri* nella misura in cui vanno a determinare lo spostamento, seppur parziale, della competenza normativa dagli organi legislativi, cui è democraticamente attribuita dalle costituzioni nazionali, a quelli giudiziari, costituzionalmente deputati ad altra funzione. «Even decisions rendered by judges in democratic countries – obietta in tal senso Richard Posner – are outside the U.S. democratic orbit».<sup>358</sup>

---

<sup>357</sup> R. Posner, *How judges think*, Harvard University Press, Cambridge, 2010, p. 351.

<sup>358</sup> R. Posner, *How judges think*, Harvard University Press, Cambridge, 2010, p. 353.

In secondo luogo, essa presuppone, come rilevato, una dimensione universale del fenomeno giuridico, e su un piano funzional-pragmatico, – *each juror answer the same question*, rileva Rosenkranz<sup>359</sup> – e su un piano più squisitamente etico, che quanto meno discutibile.

Lo è, in breve – dell'argomento abbiamo già avuto modo di occuparci nei due capitoli precedenti – perché dietro il diritto, così come non smette di ricordare Pierre Legrand, c'è il modo in cui si guarda al diritto, che ne è parte integrante e che determina ed orienta i processi di concretizzazione dei significati secondo il bagaglio di strumenti epistemologici – e non solo logici – che discendono dal percorso formativo e professionale dell'interprete e che sono, almeno in parte, legati al contesto cui questi appartiene. «Prior to understanding there must be (cognitive) commensurability In the absence of shared epistemological premises, the common law and civil law worlds cannot, therefore, engage in a exchange that would lead one on understanding of the other»<sup>360</sup>.

Lo è, ancora, perché il diritto è un *fatto umano, istituzionale*<sup>361</sup>, e ciò implica che ciascun sistema giuridico sia il riflesso delle specifiche istanze etiche, politiche, economiche, sociali e culturali che hanno contribuito, e continuamente contribuiscono, a forgiarlo secondo un determinato equilibrio d'interessi, priorità, valori, testi, pratiche e significati:

«You are talking about using foreign law – osserva Antonio Scalia nel ribattere al giudice Breyer – to be sure that we are on the right track, that we have the same moral and legal framework of the rest of the world. But we don't have the same moral and legal framework as the rest of the world».<sup>362</sup>

Efficace, in tal senso, l'analisi comparativa condotta da Frederick Schauer in materia di libertà di parola e di stampa, a gettar luce sulla relazione tra l'estensione semantica

---

<sup>359</sup> Condorcet and the Constitution: a response to the law of other states, op. cit.

<sup>360</sup> P. Legrand, European systems are not converging, op. cit. p.

<sup>361</sup> Si richiama, a riguardo, quanto osservato nel primo capitolo.

<sup>362</sup> A conversation, op. cit. p. 521.

Analogamente, ed ancor più nel dettaglio, in P. Legrand, European systems are not converging, op. cit.

dei termini *open textured* e le condizioni storiche in cui matura un dato principio costituzionale.

Nelle pagine conclusive del suo saggio Schauer impiega, a mo di campione per l'analisi della relazione tra contesto e significato in materia di principi, il caso paradigmatico della tutela della propaganda neonazista tra le forme di espressione della libertà di parola.

Orbene, rileva l'autore, è significativo che negli Stati Uniti la Corte Suprema abbia affermato il diritto dei gruppi neonazisti di manifestare le proprie opinioni politiche, per quanto *impopolari* – intorno agli anni '70, nel caso *Skokie*; per ben tre gradi di giudizio fu riconosciuto, in nome del primo emendamento, al partito Nazional-Socialista il diritto di marciare verso un quartiere abitato in prevalenza da ebrei in un sobborgo di Chicago, con tanto di elmetti sul capo e fasce intorno al braccio sinistro raffiguranti il simbolo della svastica – laddove una simile soluzione sarebbe inconcepibile in Germania, dove «Nazis simply do not occupy the same category of understanding, in the law or out, with Greens, social democrats, communists, or anyone else. To most Germans, not surprisingly given the history, Nazis are just Nazis, inhabiting their own social, cultural, and historical category, and indeed to many Germans and others the categories of *Nazis* and *political* do not overlap at all».<sup>363</sup>

### ***3.2.2 Le dottrine dell'interpretazione comparativa: il cosmopolitismo giudiziario. Diritti fondamentali e dialogo tra giudici. L'universalismo programmatico. Il modello ermeneutico della cross fertilization***

Alla dottrina dei trapianti, nel tempo, si è andata affiancando una seconda dottrina dell'interpretazione comparativa, oggi in larga parte dominante, fondata sull'idea che l'impiego del diritto straniero risponda non già alle esigenze di giustizia sostanziale del diritto interno, legate alla tesi della *one right answer* ed alla natura del giudizio,

---

<sup>363</sup> F. Schauer, *Free Speech*, op. cit. p. 878.

bensi a logiche globali che trascendono i singoli sistemi e che si legano alla natura *programmaticamente e normativamente universale* dei diritti fondamentali.

«I compiti della comparazione giuridica odierna – osserva in tal senso Gustavo Zagrebelsky – si sono arricchiti. Nello stato costituzionale chiuso ci si domandava che significato pratico, di là della conoscenza dell'esperienza umana nella sua ricchezza, potesse avere la comparazione, dato l'assioma che le istituzioni costituzionali erano riserva naturale della sovranità statale. La risposta poteva essere varia. Poteva trattarsi della propria identità costituzionale, da definire per differenza o per analogia rispetto ad *altre*, diverse; oppure di confronti in vista di eventuali trasferimento o imitazioni di istituzioni o prassi dall'una all'altra Costituzione. Ora, si tratta d'altro, e, precisamente, del confronto cooperativo delle esperienze particolari in vista di un orizzonte costituzionale comune nel quale convivano e interagiscano unità e pluralità».<sup>364</sup>

La dottrina del cosmopolitismo giudiziario – come altrimenti ci si riferirà nelle pagine a seguire a questa seconda dottrina dell'interpretazione comparativa<sup>365</sup> – è una rilettura del vecchio tema dell'universalità dei diritti in chiave giuspositivista a partire dalla riconcettualizzazione della relazione tra diritti costituzionali e diritti umani.

Com'è noto, per buona metà del secolo scorso, la riflessione sui diritti è stata in gran parte dominata da un'*impostazione dualista* che tendeva a distinguere tra i *diritti filosofici e morali – universali quanto al contenuto in quanto si rivolgono ad un uomo razionale fuori dal tempo e dallo spazio ma estremamente limitat[i] in quanto alla loro efficacia in quanto sono, nella migliore delle ipotesi, proposte per un futuro legislatore*<sup>366</sup> – che per natura dovrebbero spettare a tutti gli esseri umani, e *diritti positivi* riconosciuti dalle carte costituzionali a tutti i cittadini di un determinato stato nazionale.

---

<sup>364</sup> G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, op. cit. p. 400.

<sup>365</sup> L'espressione, in particolare, è di Richard Posner, *How judges think*, op. cit. p. 347.

<sup>366</sup> N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 22.

L'avvento dei primi documenti internazionali a tutela dei diritti umani – primo, tra tutti, la Dichiarazione Universale del 1948 – avrebbe segnato, tuttavia, il tramonto della distinzione tra diritti dell'uomo e diritti del cittadino ed il passaggio, secondo un'ottica monista ed inclusionista, ad una *fase nuova in cui l'affermazione dei diritti è* – nelle parole di Norberto Bobbio – *insieme universale e positiva*.

*Alla fine di questo processo* – continuava Bobbio – *i diritti del cittadino si saranno trasformati realmente, positivamente, nei diritti dell'uomo*.<sup>367</sup>

La positivizzazione del principio di universalità, tuttavia, lungi dall'innescare, così come nell'auspicio di Bobbio, il processo d'*internazionalizzazione del diritto costituzionale* – o di *costituzionalizzazione dei diritti umani* – che avrebbe condotto alla trasformazione dei diritti del cittadino in diritti dell'uomo, fu presto destinata a scontrarsi con un ostacolo non adeguatamente considerato: sebbene la volontà degli Stati vertesse sul riconoscimento della medesima lista di diritti fondamentali, in sede interpretativa detta lista si frammentava in una pluralità multiforme e caotica di pratiche applicative non di rado contrastanti.

«I diritti proclamati nei testi legislativi e negli atti internazionali – osserva Baldassare Pastore – occultano spesso concezioni profondamente diverse e sembrano rendere le formule che li riassumono universalistiche solo superficialmente. Si consente formalmente sui diritti, ma si dissente circa i modi di farli valere nelle situazioni concrete. L'universalismo presuppone sia l'affermazione di una comunità universale dei diritti, sia l'affermarsi di un consenso intorno al loro contenuto».<sup>368</sup>

Su un simile obiettivo nasce la proposta della dottrina del cosmopolitismo giudiziario: la creazione, vale a dire, di una *comunità globale di giudici*<sup>369</sup> deputata ad una impresa giudiziaria inedita e collettiva orientata alla realizzazione della dimensione semantica universale dei diritti fondamentali.

---

<sup>367</sup> Ivi, p.23-24.

<sup>368</sup> B. Pastore, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 9.

Nello stesso senso, F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000, p.192

<sup>369</sup> A Global Community of Courts è il titolo di un noto articolo di Anne- Marie Slaughter, 44 *harv. Int'l L.J.* 191 2003.



«Constitutional Courts – rileva Anne-Marie Slaughter – will be forging a deeply pluralist and contextualized understanding of human rights as it spans countries, cultures and national and international institutions [...]. [It] requires recognition of participation in a common judicial enterprise, independent of the content and constraints of specific national and international legal systems. It requires that judge see one another not only as servants or even representatives of a particular government or polity but as fellow professional in a profession that transcends national borders».<sup>370</sup>

Una dimensione di tal genere, tuttavia, osserva Baldassare Pastore, «in un mondo plurale [...] sarà possibile solo se l'articolazione dei diritti risulterà da interpretazioni incrociate delle concezioni operanti in diversi contesti culturali».<sup>371</sup>

L'universale, dunque, nella proposta del cosmopolitismo giudiziario, non è l'aspirazione utopistica dipinta dal particolarismo radicale, ma neanche l'altra faccia del fondamento oggettivo del diritto proposto dal giusnaturalismo tradizionale. Si tratta, piuttosto, di un programma di lavoro, di un progetto comune che «rimanda alla capacità comunicativa tra soggetti e culture [...]. L'universalismo viene riconfigurato come *l'orizzonte d'intesa di più particolari*: un orizzonte che può sussumere dentro di sé l'idea di una pluralità di punti di vista particolaristici».<sup>372</sup>

Sul piano dell'impiego del diritto straniero, al modello della *ricezione* proposto dalla dottrina dei trapianti, questa dottrina alternativa contrappone un diverso modello di ermeneutica giudiziaria, fondato sui processi di mutua fertilizzazione semantica – *cross fertilization*, nell'espressione di John Bell<sup>373</sup> – e sull'etica del dialogo tra giudici di ogni ordine e grado.

---

<sup>370</sup> A. M. Slaughter, *Judicial Globalization*, 40 *Va Int'l L.* 1103 1999-2000, p. 1124.

<sup>371</sup> B. Pastore, *op. cit.* p. 10.

<sup>372</sup> *Ivi*, p. 20. Corsivo di chi scrive.

<sup>373</sup> Bell; *transplantation and cross-fertilisation in European public law*, in J. Beatson e T. Tridimas, *New directions in European public law*, Hart publishing, Oxford, 1998.

«The process of international influence – nota a riguardo il giudice Claire L'Heureux-Dubé – has changed from *reception* to *dialogue*. Judges no longer simply *receive* the case of other jurisdictions and then apply them or modify them for their jurisdiction. Rather, cross-pollination and dialogue between jurisdiction is increasingly occurring. As judgments in different countries increasingly build on each other, mutual respect and dialogue are fostered among appellate courts».<sup>374</sup>

È netta la differenza tra l'uno e l'altro approccio al *foreign law*.

La *ricezione*, infatti, ha la natura di un atto unilaterale mediante cui la norma N, estratta dall'ordinamento O, viene impiantata, nel pieno rispetto della sua formulazione originaria, all'interno dell'ordinamento O'. Consideratane la persuasività, l'interprete mantiene un atteggiamento di deferenza nei confronti dei contenuti così come furono concepiti e determinati all'interno del contesto madre, senza intervenire nel merito o pretendere di adattarne il significato alle peculiarità, culturali e normative, del sistema nazionale.

La *cross fertilization*, per contro, dipinge un modello d'interprete meno deferente e più attivo poiché mosso da un diverso scopo: la creazione dell'orizzonte d'intesa tra più particolari. La comparazione, osserva Peterle Häaberle, è *il mezzo attraverso cui le diverse istanze costituzionali comunicano concretamente tra di loro*<sup>375</sup>

La norma che viene ad operare all'interno dell'ordinamento nazionale non è la stessa norma che il giudice ha reperito all'interno dell'ordinamento straniero, bensì una sua rielaborazione che nasce dall'incontro tra il tessuto giuridico e culturale interno e

---

<sup>374</sup> The Honourable Claire L'Heureux-Dubé, The importance of dialogue: Globalization and the international impact of the Rehnquist court, 34 Tulsa L. J. 15 1998-1999, p. 17.

Analogamente John Bell: *The latter implies a different, more indirect, process. It implies that an external stimulus promotes an evolution within the receiving legal system. The evolution involves an internal adaptation (organic) by the receiving legal system in its own way*, Bell; *transplantation and cross-fertilisation in European public law*, in J. Beatson e T. Tridimas, *New directions in European public law*, Hart publishing, Oxford, 1998.

<sup>375</sup> Cit. in M.C. Ponthoureaux, *Le recours à l'argument de droit comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques* in F. Mélin-Soucramanien ( a cura di ), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005, p. 174.

quello altrui e che mira a *trascenderli entrambi, nella prassi dell'interazione comunicativa*.<sup>376</sup>

Si può ben replicare che in qualsiasi processo comunicativo – e tanto il trapianto quanto la *cross fertilization* dipingono, in fin dei conti, modelli comunicazionali tra sistemi giuridici – nella trasmissione del messaggio dall'emittente al ricevente si verifica comunque una forma di rielaborazione semantica che interviene, in qualche misura, sui contenuti e che nasce dall'ineliminabile struttura aperta dei testi e dall'ineludibile diversità, e reciproca estraneità, dei soggetti interessati.

«Un testo è un meccanismo pigro – osserva in tal senso Umberto Eco – che vive sul plusvalore di senso introdotto dal destinatario».<sup>377</sup>

Tuttavia, nel caso della *cross fertilization*, perché la fecondazione del testo operi all'insegna della reciprocità, è necessario che il contenuto semantico proposto sia specificamente orientato a ricomprendere entrambe le realtà giuridiche considerate, che esso risulti, in altri termini, almeno in potenza, non semplicemente comprensibile, bensì *accettabile a tutti coloro che siano altrimenti coinvolti nel discorso*.<sup>378</sup>

In un simile progetto, i giudici, specialmente le Corti Supreme, sono chiamati, a dare vita ad una forma di megacooperazione globale che miri alla (ri)costruzione di una base semantica condivisa – secondo un modello che, osserva Pastore, ricorda la nozione rawlsiana del consenso per intersezione<sup>379</sup> – così da restituire alle pratiche applicative in materia di diritti fondamentali, pur nel rispetto delle differenze essenziali, quella coerenza che è, e deve essere, il requisito minimo perché abbia senso parlare di universalità.

---

<sup>376</sup> B. Pastore, op. cit. p. 20.

<sup>377</sup> U. Eco, *Lector in fabula*, Bombiani, 2006, p. 52.

<sup>378</sup> Pastore, op. cit. p. 22.

<sup>379</sup> B. Pastore, op. cit. p. 21. Il riferimento è a J. Rawls, *Liberalismo politico* (1993), a cura di S. Veca, Edizioni di Comunità, Milano, 1994.

Non si tratta, rileva Zagrebelsky, non per forza, almeno, di dare vita ad un diritto costituzionale unico.

«In quanto movimento di natura culturale, il costituzionalismo del nostro tempo mira ad un ordinamento degli ordinamenti. Il suo orizzonte non è una costituzione mondiale politica [...] È la formazione di un patrimonio comune di principi costituzionali materiali prodotti nel concorso delle molteplici sedi dove si elabora diritto costituzionale. Si potrebbe parlare a questo proposito, di *federalismo delle costituzioni*, i cui elementi formativi non sono gli stati né i popoli rappresentati dagli Stati, ma gli ordinamenti costituzionali che si esprimono attraverso gli organi che li interpretano. la prospettiva è, più che un'unità che incombe, una convergenza da cercare».<sup>380</sup>

E nello stesso senso, osserva Marie-Claire. Ponthoureau, «l'ouverture de contenu et de la dimension des droits fondamentaux vers l'extérieur est la conséquence de l'évolution vers un État constitutionnel coopératif. Se crée alors une communauté des interprètes des droit fondamentaux».<sup>381</sup>

Ciò implica che ciascun organo giudiziario riconosca la pari dignità degli altri nella partecipazione al comune discorso sui diritti fondamentali, che ne accetti, in altri termini, la piena autorità argomentativa.

«La comunicabilità delle giurisprudenza – osserva infatti Zagrebelsky – coincide con la partecipazione ad un rapporto paritario ed esclude pregiudiziali complessi costituzionali di superiorità».<sup>382</sup>

Il valore persuasivo del *foreign law*, corollario della dottrina dei trapianti, cede, pertanto, il passo ad una natura più squisitamente autoritativa<sup>383</sup>, fondata non più, o solo, sull'incidenza del *cosa*, quanto, piuttosto, sull'autorità discorsiva del chi.

---

<sup>380</sup> G. Zagrebelsky, La legge e la sua giustizia, op. cit. p. 409.

<sup>381</sup> M.C. Ponthoureau, Le recours à l'argument de droit comparé par le juge constitutionnel, op. cit. p. 174

<sup>382</sup> G. Zagrebelsky, La legge e la sua giustizia, op. cit. p. 404.

<sup>383</sup> Questo sebbene gli autori che si collocano nella cornice del cosmopolitismo giudiziario siano soliti, seppur impropriamente, parlare di *persuasive authority*, come in Zagrebelsky e Slaughter. In effetti l'impiego che essi propongono del diritto straniero è del tutto svincolato dai contenuti, per cui non ha

Una simile specie d'autorità si badi bene, è cosa distinta da quella chiamata in causa nel tradizionale argomento *ex auctoritate*. Taluni autori, invero, – si pensi alle posizioni di Pierluigi Chiassoni, che riprende le posizioni espresse da Giovanni Tarello, o a Vladu Perju<sup>384</sup> – sono soliti, infatti, riferire l'argomento comparativo ad una specie d'interpretazione autoritativa, in tutto simile alla citazione della dottrina o di un precedente giudiziale, e caratterizzata, nondimeno, da un aspetto peculiare: *ad autorità, viene assunto, in tal caso, un diverso ordinamento giuridico*.<sup>385</sup>

Si tratta, invero, di due specie d'autorità ben distinte<sup>386</sup>, e da un punto di vista funzionale e da un punto di vista più squisitamente strutturale:

Sotto il primo profilo, quello funzionale, basti rilevare che l'interpretazione autoritativa, così come osserva Tarello, «si fonda sul cosiddetto principio d'inerzia, cioè sulla tendenza alla conservazione dei modelli di comportamento[...] rafforzat[a] dal convincimento che la persistenza delle interpretazioni sia duplicemente apprezzabile in relazione a due valori: quello della certezza e di prevedibilità delle future applicazioni del diritto, e quello di uguaglianza nel trattamento della fattispecie che si ritiene vadano disciplinate da uno stesso enunciato normativo».<sup>387</sup>

Ciò implica che l'argomento autoritativo tragga la propria forza retorica da considerazioni di ordine formale, legate non già a quanto in esso determinato, bensì, ed in via esclusiva, a *chi* ebbe a determinarlo – ad un enunciato si attribuisce il significato che gli è stato attribuito da qualcuno, *e per questo solo fatto*, rilevava

---

alcuna valenza persuasiva. Sul punto si veda Frank I. Michelman, *Integrity-anxiety?*, op. cit., p. 258-259.

<sup>384</sup>V. Perju, *The puzzling parameters of the foreign law debate*, 2007 Utah L. Rev. 167.

<sup>385</sup>G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, op. cit. p. 374.

<sup>386</sup>Su un simile rilievo Charles Fried osserva come si tratti di chiarire se, ed in che misura, abbia senso associare l'interpretazione comparativa all'argomento autoritativo, ed inoltre, cosa comporti, dal punto di vista di una teoria e della costituzione, e dell'interpretazione costituzionale, «the expansion of the canon of authoritative material to include foreign constitutional practices for purposes of domestic constitutional interpretation», C. Fried, *scholars and judges: reason and power*, 23 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 807, 1999-2000.

Se pertanto l'idea di Tarello trovi conforto nelle pratiche giudiziarie, avremo modo di verificarlo nel prossimo capitolo. Ciò che rileva, per il momento, sottolineare è la differenza tra l'argomento autoritativo ed il concetto d'autorità chiamato in ballo dal cosmopolitismo giudiziario.

<sup>387</sup>Ivi.

Tarello – proponendo una struttura argomentativa del tipo *X perchè A dice o ha detto X*.<sup>388</sup>

Nel caso dell'interpretazione comparativa, nell'accezione qui considerata, per contro, il ricorso al diritto straniero risponde ad un'esigenza di segno opposto, quella, vale a dire, di intervenire sul significato che la consolidata, maggioritaria o migliore giurisprudenza, o dottrina, interna, suole attribuire all'enunciato D in favore di un contenuto minimo che sia universalmente condiviso o condivisibile.

Ne consegue che il riconoscimento dell'autorità argomentativa straniera opera su un piano logico e temporale differente<sup>389</sup> rispetto a quello del tradizionale argomento autoritativo.

Lungi dal proporre la ragione ultima a sostegno di un contenuto altrimenti determinato, infatti, essa costituisce piuttosto il *titolo di partecipazione al gioco*; la condizione per la determinazione, in altri termini, delle istanze normative rilevanti, i cui contenuti essenziali, tuttavia, stante la natura dialogica del percorso pratico-interpretativo, andranno incontro ad un inevitabile processo di contaminazione semantica.

L'interpretazione comparativa determina, pertanto, in linea di massima, una rottura con la tradizione giurisprudenziale interna, ma non, per forza, si sostiene, la rinuncia al principio di certezza e di prevedibilità del diritto, a patto di ricollocarne le coordinate di senso in una cornice giuridica e giurisprudenziale nuova di orientamento cosmopolita:

«Oggi – rileva Zagrebeky – di costituzione deve parlarsi diversamente da come se ne poteva parlare al tempo in cui la giustizia costituzionale e il controllo di costituzionalità delle leggi furono concepiti.[...] La distanza che ci separa dal tempo della fondazione può essere misurata sui due punti cruciali della chiusura degli ordinamenti costituzionali su loro stessi e della natura esclusivamente legislativo-

---

<sup>388</sup> È una struttura analoga a quella offerta, ad esempio, dal Teorema della giuria di Condorcet, esaminato nelle pagine precedenti.

<sup>389</sup> Salvo che nel modello proposto da Sunstein e Posner, nel qual caso la struttura argomentativa sarebbe, né più né meno, *X perché A dice X*, laddove A rappresenta la maggioranza degli stati.

positiva di tali ordinamenti. La crisi di questi due aspetti delle costituzioni moderne è ciò che ci spinge, nel nostro tempo, verso un diritto costituzionale aperto».<sup>390</sup>

Per quanto concerne il secondo profilo differenziale di cui s'è fatta menzione, quello più strettamente strutturale, giova osservare come nel caso dell'interpretazione autoritativa l'interprete attribuisca all'enunciato D il medesimo significato che altri – l'unanime, maggioritaria o migliore giurisprudenza, o dottrina nelle parole di Chiassoni – in passato ha attribuito al medesimo enunciato D.

Nel caso della *cross fertilization*, l'interprete attribuisce all'enunciato D il significato che risulti dal minimo comun denominatore semantico di una pluralità d'istanze normative ed interpretative di diversa origine, D', D'', D'''<sup>391</sup>...

Tenuto conto di simili differenze, può ben osservarsi, pertanto, come in entrambe le accezioni vi una dimensione autoritativa rilevante, ma che detta dimensione opera con forza e modalità distinte, a chiusura dell'iter argomentativo, nella prima delle due ipotesi; a delimitazione del recinto di rilevanza argomentativa nel cui solco verrà percorsa l'indagine comparativa, nel caso della seconda.

\*\*\*

Per quanto, come osservato, il cosmopolitismo giudiziario goda oggi di una diffusione di tutto rilievo, esso, pur tuttavia, ha attirato su di sé obiezioni del tutto simili a quelle proposte avverso la dottrina dei trapianti giudiziari.

---

<sup>390</sup> G. Zagrebelsky, op. cit. p. 390.

<sup>391</sup> È su un simile rilievo che Michael Ramsey obietta: «as a matter of legal interpretation there is no obvious connection between the U.S. Constitution and the foreign court opinions, which address the interpretation of different documents, written in different times and different countries (and sometimes different languages) [...]. In confronting sodomy laws<sup>391</sup>, the ECHR and the U.S. Supreme Court faced entirely different interpretative questions arising from entirely different texts, with a distinct body of precedent elaborating upon what key phrases mean. It is too simplistic to say that both are doing constitutional law, and so doing the same thing. Rather, they are both interpreting texts, but the texts they are interpreting are distinct», M. D. Ramsey, International materials and domestic rights: reflection on Atkins and Lawrence, in 98 Am. J. Int'l L. 69, 2004, p.73.

Si potrebbe ribattere come sia, in effetti, insito nel progetto di universalizzazione il superamento della differenza concettuale tra diritti del cittadino e diritti dell'uomo e, con essa, delle differenze culturali e normative che in maniera più evidente frammentano le pratiche interpretative ed applicative mantenendo vivo il senso di una distinzione normativa tra testi che, in fin dei conti, sono formalmente e strutturalmente del tutto simili.

Il punto, com'è chiaro, è che una simile somiglianza è cosa tutt'altro che scontata.

Del pari, su spunti simili a quelli sopra analizzati, se ne suole contestare, infatti, la legittimità democratica, i risvolti usurpativi ed anticostituzionali, la natura del tutto soggettiva e strategica dei criteri di rilevanza nella selezione delle giurisdizioni considerate – *la constitution devient, au mieux, l'auberge espagnole, au pire le tonneau des Danaïdes*, osserva Olivier Jounjan<sup>392</sup>; la dissoluzione della normatività stessa della costituzione, mediante *la svalutazione della significatività della decisione politica democratica racchiusa nello stabilimento di una costituzione*, nel rilievo di Massimo Luciani<sup>393</sup>; e ancora l'illusorietà che esista, o possa esistere, proprio in ragione delle irriducibili differenze sociali e culturali, e di tutta quella serie di incognite e problemi legati al tema della comunicazione linguistica tra soggetti portatori di bagagli giuridici distinti – di cui pur s'è detto nel capitolo precedente – qualcosa di simile, in fin dei conti, ad una *comunità globale di giudici*.

Ma al di là di simili obiezioni, nel cui merito s'è abbondantemente avuto modo d'entrare nelle pagine precedenti, l'idea dell'impresa costituzionale collettiva poco convince in ragione di quello stesso aspetto che dovrebbe al contrario, costituirne, il cavallo di battaglia: la costruzione dell'*orizzonte d'intesa tra più particolari*.

Anzitutto non è chiaro quale sia il percorso, in termini pratici, in grado di condurre alla conquista di una simile prospettiva sui diritti fondamentali, una prospettiva che sia in grado, per un verso, di trascendere le dimensioni particolari del diritto, e che tuttavia, per altro verso, ometta di tradirne le singole specificità.

In secondo luogo, anche ammettendo che ad un simile punto di vista l'interprete possa ragionevolmente aspirare, e che sia possibile costruire un accordo universale sui contenuti essenziali dei diritti nel rispetto delle differenze – di quella propria, così come di quella altrui – dal punto di vista pratico ciò comporterebbe l'assunzione di

---

<sup>392</sup> Cit. in M.C. Ponthoureau, *Le recours à l'argument de droit comparé par le juge constitutionnel*, op. cit. p. 175. Il riferimento è alla botte con il fondo bucato che le Danaidi, per condanna di Giove, furono costrette a riempire negli inferi per aver ucciso i loro mariti.

<sup>393</sup> Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico, op. cit. p. 11.



contenuti di significato talmente tanto ampi, e deboli, da risultare del tutto inutili ai fini dell'amministrazione della giustizia in materia di diritti.

Su queste, ed altre considerazioni, avanza la propria proposta – ancora, invero, non più che in embrione – un terzo gruppo di dottrine dell'interpretazione comparativa, le quali, pur nascendo sotto l'egida del particolarismo giuridico e culturale, si collocano a metà strada tra la dottrina dei trapianti e quella del cosmopolitismo giudiziario.

### ***3.2.3 Le dottrine dell'interpretazione comparativa: la comparazione critica o sovversiva***

Fermo restando, il rifiuto per qualsivoglia riferimento ad una pretesa autoritativa del *foreign law*, persuasiva, giuridica o argomentativa che sia, il terzo gruppo di dottrine dell'interpretazione comparativa, come accennato, adotta un impianto che si colloca a metà strada tra la tesi dei trapianti – da cui si mutua l'idea della *persuasività* del *foreign law* – e quella del cosmopolitismo giudiziario – di cui si adotta l'idea della *fertilizzazione semantica*, seppur in una chiave del tutto inedita.

Si tratta delle dottrine della *comparazione critica, o sovversiva*, come con enfasi ebbe a definirle Horatia Muir-Watt<sup>394</sup> in un articolo di qualche anno fa, a rimarcare il potenziale euristico ma, soprattutto, fortemente nomogenetico.

Ricorderemo di aver avuto modo d'imbatterci, negli ultimi due paragrafi del primo capitolo, in una tesi sulla natura della conoscenza comparativa che abbiamo definito la *strategia dell'alterità*: lo studio del *sé*, vale a dire, attraverso lo sguardo dell'*altro*.

L'idea su cui una simile tesi si fonda, è che l'essenza dell'esperienza comparativa, ciò che ne costituisce il valore aggiunto, vale a dire, risieda non già nell'indagine

---

<sup>394</sup> La fonction subversive du drit comparé, op. cit.

La Muir-Watt nell'articolo riprendeva, in effetti, l'espressione usata qualche anno prima da G.P. Fletcher, Comparative law as a subversive discipline, Am. our. Comp. Law 1998, 683.

sulla somiglianza – così come postulato dagli approcci a vario titolo universalisti – quanto, piuttosto, nell'effetto decostruttivo della differenza.

La comparazione, in altri termini, godrebbe del pregio di spingere lo sguardo del ricercatore oltre i confini di ciò che gli è noto – *ultra moenia*, nell'espressione di Sartori – restituendogli, nello scontro con l'*altro*, una visione sul proprio e sull'altrui diritto carica di una nuova complessità, tale da consentirgli di cogliere aspetti del fenomeno giuridico – i crittotipi di cui parla Rodolfo Sacco – altrimenti destinati a rimanere insondati: «Nationals – osservavano Mattei e Bussani a proposito del valore dell'*external perspective* – may be less well equipped in detecting the hidden data and the rhetorical attitude, because they may be misled by automatic assumptions».<sup>395</sup>

Ipotizziamo – abbiamo osservato a suo tempo – che s'intenda analizzare sotto un profilo comparativo due termini, X ed Y.

La strategia dell'alterità consisterà nel superare la dimensione individuale di ciascuno dei due termini, l'insieme delle caratteristiche note, vale a dire, o di tutta evidenza – nell'esempio considerato X presentava le caratteristiche a,b,c,d,ed e; Y le caratteristiche a,b,d,h,i. – per ricostruirne, quindi, la struttura identitaria alla luce di ciò che la distingue dall'altro. Accadrà in tal modo che s'innesci un processo di *mutua fertilizzazione epistemica* che varrà a spostare l'analisi di ciascun termine su un livello d'indagine altrimenti non accessibile – X = (-c, -d, -e); Y = (-d,-h,-i).

Il metodo comparativo, pertanto, rileva Cécil Vigour, costituisce una *fonte di rottura epistemologica*, poiché esso induce l'osservatore ad abbandonare le abituali categorie del pensiero, e con esse il bagaglio di certezze ordinariamente veicolato dalla cultura d'appartenenza, per spogliarlo «de ses sentiments, des préjugés parfois bien ancrés et donc rompre avec le registre de l'opinion. La comparaison, notamment entre pays ou dans le temps, rend plus nécessaire et plus visible ce travail de rupture

---

<sup>395</sup> M. Bussani e U. Mattei, *The Common Core Approach to European Private Law*, 3 Columbia J. Eur. L. (1997-8).

épistémologique que le chercheur doit accomplir. En conséquence, la comparaison est un *moyen de rupture avec le ça-va-de-soi* des représentations sociales issues d'un contexte sociologique culturel particulier». <sup>396</sup>

Ciò implica riconoscere all'esperienza comparativa – l'abbiamo detto e lo ricordiamo ancora – una portata cognitiva che va oltre la dimensione descrittivo-letterale di ciascun oggetto; una *valenza metaforica – la metafora ci costringe a guardare alle intersezioni e all'interazione di parti differenti della rete*, rilevavano Michael Arbib e Mary Hesse – attraverso le coordinate del campo d'osservazione vengono, in qualche modo, ampliate, e prende piede la (ri)costruzione delle strutture sommerse del diritto.

Ebbene, muovendo da tali considerazioni, le dottrine della comparazione critica si domandano se, lungi da guidare i passi del giudice nell'improbabile ricerca della *one right answer*, o, ancora, nell'inconquistabile frontiera di un orizzonte comune – *the ambition of a concordantia is a chimera*, rilevava Legrand<sup>397</sup> – l'impiego del diritto straniero nell'interpretazione costituzionale non possa, piuttosto, contribuire, in maniera del tutto simile a quanto accade nell'indagine teorica, ad una conoscenza più profonda del diritto nazionale: «On peut se demander – osserva Marie-Claire Ponthoreau – si les juges constitutionnel ne trouvent pas dans le droit étranger un support pour mieux comprendre leur propre droit». <sup>398</sup>

L'impresa ermeneutico-comparativa, rinunciando a qualunque aspirazione universalista – tanto a quella di programma del cosmopolitismo giudiziario, quanto a quella funzional-pragmatica della dottrina dei trapianti – mira, piuttosto, nella contingenza di ciascun percorso ermeneutico-decisionale, a generare l'incontro-scontro tra il proprio e l'altrui modo di pensare al diritto, con l'effetto di ampliare il

---

<sup>396</sup> C. Vigour, op. cit. p. 100.

<sup>397</sup> P. Legrand, *European systems are not converging*, op. cit. p. 80.

<sup>398</sup> M.C. Ponthoreau, op. cit. p. 543. Analoghe riflessioni in *Le recours à l'argument de droit comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques* in F. Mélin-Soucramanien ( a cura di ), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005, 168 ss

punto di vista dell'interprete fino ad includere nelle pieghe del caso aspetti, implicazioni, questioni altrimenti non considerate, né, tanto meno, considerabili.

«Some solutions are out of range – rileva George Fletcher – They are not thinkable. The advantage of comparative law is that it expands the agenda of available possibilities [...]. The promise of comparative law is that it enables us to get behind ourselves to look back, with slightly alienated eyes, on the assumptions that American lawyers simply accept without reflection».<sup>399</sup>

Si tratta, rileva Mark Tushnet, di un approccio al diritto – e più in generale, si può aggiungere, alla conoscenza – tipicamente post-moderno, del tutto scevro dalle ansie metodologiche e giustificatorie delle altre dottrine dell'interpretazione comparativa, *worry about whether appropriating selected portions of other constitutional traditions is sensible, or whether the appropriation will work in some sense*.<sup>400</sup>

«Describing a people she studied – continua Tushnet – who annoyingly seemed to appropriate elements of its culture from anything at hand, Margaret Mead wrote, *A picture of a local native reading the index to the Golden Bough just to see if they had missed anything*, would be appropriate. Claude Levi-Strauss called this sort of activity bricolage, the assembly of something new from whatever materials the constructor discovered. Contemporary references to comparative constitutional materials may be a form of bricolage».<sup>401</sup>

La comparazione critica, pertanto, a differenza delle due precedenti dottrine dell'interpretazione comparativa, lungi dal collocarsi nel solco di qualcosa che le preesiste – la *best answer*, nel caso dei trapianti; il progetto di universalità, per il cosmopolitismo giudiziario – si propone quale obiettivo, piuttosto, almeno in ipotesi, la rottura con le cornici di senso comunemente accettate, e, per esse, con qualsivoglia

---

<sup>399</sup> G.P.Fletcher, Comparative law as a subversive discipline, 46 Am. J. Comp.683, 1998

<sup>400</sup> M. Tushnet, The possibilities of Comparative Constitutional Law, op. cit., p.1228.

<sup>401</sup> M. Tushnet, The possibilities, op. cit.

principio di autorità che si leghi al testo o, più in generale, ai percorsi di sedimentazione della conoscenza.<sup>402</sup>

In una simile cornice, la funzione del diritto comparato, osserva Horatia Miur-Watt, consiste «précisément en l'attention donnée à cette perception critique de sa propre réalité juridique infomée par un regard sur l'autre».<sup>403</sup>

«La comparaison – continua l'autrice – s'engage ainsi contre le dogmatisme, contre les stéréotypes, contre l'ethnocentrisme, c'est-à-dire, contre la conviction répandue (quel que soit le pays) selon laquelle les catégories et concepts nationaux sont les seuls envisageables. Cette conviction serait celle qui procède d'un discours «officiel» trop exclusivement légaliste et par ailleurs trop peu enclin à regarder au delà des horizons purement nationaux [...] *centré sur le texte, pyramidal, vertical, légi-centré, écrit, logico-déductif, dogmatique, entièrement dominé par les figures de la loi, de l'État, de la puissance publique, elles-mêmes fortement théorisées sur la base de certains dogmes politiques ou idéologiques*».<sup>404</sup>

È in una simile impostazione che si riconosce, con piena evidenza, l'impronta tipica dell'epistemologia post-moderna, nell'*incredulità verso le metanarrazioni*<sup>405</sup>, nel rifiuto della cornice e con essa, della sua forza legittimante e di ogni altro principio di legittimazione.

«La funzione narrativa, osserva Jean-François Lyotard perde i suoi funtori, i grandi eroi, i grandi pericoli, i grandi peripli ed i grandi fini. Essa si disperde in una nebulosa di elementi linguistici narrativi, ma anche denotativi, prescrittivi, descrittivi ecc., ognuno dei quali veicola delle valenze pragmatiche sui generis».<sup>406</sup>

---

<sup>402</sup> Sull'autorità quale *metodo di fissazione delle credenze*: C. Pierce, *Scritti di filosofia*, ed. Fabbri, Bergamo, 1997.

<sup>403</sup> H. Miur-Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, op. cit. p. 518. Il corsivo è una citazione di Etienne Picard, *Etienne Picard, L'état du droit comparé en France*, *Revue internationale de droit comparé*, Année 1999, Volume 51, Numéro 4, pp. 885-915.

<sup>404</sup> *Ivi*, p. 506.

<sup>405</sup> J.F. Lyotard, *La condizione postmoderna* (1979), Feltrinelli, Milano, ult. ed. 2007.

<sup>406</sup> *Ivi*, p. 6.

Il diritto senza autorità è un discorso aperto, incontenibile, mellifluido, paradossale e la comparazione un luogo, tra gli altri, in cui si consuma la commistione dei giochi, del narrativo, con il denotativo, del descrittivo con il prescrittivo, e così via.

«That this should be so – osserva Günter Frankenberg – is probably because it forces the comparatist to leave the safe heaven of legal norms, of rules and principles, of cases and legal methods, in short, the world of justice, and to enter a terrain which stakes out the collective ensemble of artefacts, practices, and spaces enmeshed in the production and dissemination of *meanings* and *knowledges*. In this terrain, the realm of culture, *the real* is imagined, constructed, and made sense of. In the world of signs and symbols the so-called sacred texts are decolonized and placed in the context of the everyday world. Not only do cases and norms and juridical writings appear on the radar screen but also the ideas and actions of ordinary people, programmatic visions of social».<sup>407</sup>

Da qui l'epiteto di *disciplina sovversiva*:

«In their provinciality, in their listening only to those who subscribe to the indigenous legal culture resemble religious communities [...]. As legal arguments are based on authority of constitutions, statutes, cases and scholar writings, the great religions of the West are all based on holy texts [...]. By becoming aware of linguistic and philosophical differences we can generate a sense of our historical contingency [...]. And if we understand the roots of our resistance to change, perhaps reforms become thinkable. This is the subversive potential of comparative law».<sup>408</sup>

\*\*\*

Si conclude, a questo punto, l'analisi delle tre dottrine dell'interpretazione comparativa, tre proposte del tutto distinte, talora inconciliabili, com'è evidente, che rivendicano, per il diritto straniero, un diverso ruolo all'interno della dinamica

---

<sup>407</sup> Günter Frankenberg, *Comparing Constitutions: Ideas, ideals, and ideology toward a layered narrative*, 4 Int'l J. Const. L. 439 2006, p. 449.

<sup>408</sup> G.P.Fletcher, *Comparative law as a subversive discipline*, 46 Am. J. Comp. 683, 1998.

decisionale, e con esso, una distinta immagine della costituzione, della funzione giudiziaria e dell'interpretazione dei diritti.

Non intendo, in questo momento, spendermi in alcun tipo di bilancio o assumere le difese d'una posizione in luogo d'un'altra. Ciò che mi premeva, come anticipato, era segnare i confini teorici e concettuali di posizioni a mio avviso lontane, che pur la letteratura in materia non esita ad inserire nel calderone comune ed indefinito dell'*interpretazione comparativa*.

Abbiamo avuto modo, in vero, di rilevare, quali differenze essenziali si diano tra l'idea di comparazione, e d'interpretazione, propria dell'una o dell'altra dottrina, e come distante sia il *fondamento universalista* della dottrina dei trapianti dalla *proposta fondativa* del cosmopolitismo giudiziario, che proprio dalle ceneri dell'oggettivismo della prima prende le mosse. E ancora come all'una e all'altra cornice giustificatoria siano del tutto indifferenti le proposte della dottrina sovversiva e del disegno decostruttivo e smitizzante dell'apparato giudiziario.

È opportuno, peraltro, prima di entrare nel merito delle conclusioni, introdurre un ultimo tassello al quadro, già complesso, che s'è cercato di tracciare: la dimensione pratica.

Nel prossimo capitolo avremo modo di dedicarci all'analisi delle prassi giudiziarie in materia d'interpretazione comparativa, al fine di verificare come essa, al di là delle ricostruzioni ideologiche o dei fondamenti giustificatori proposti dalla dottrina, concretamente operi nell'economia della decisione; entro che specie di struttura argomentativa s'inserisca, se si tratti, in altri termini, di un argomento di natura formale, la cui rilevanza è indipendente dai contenuti, come nella proposta autoritativa di talune delle proposte esaminate; o se rilevi, piuttosto, il bagaglio d'informazioni di cui il *foreign law* è, in qualche modo, foriero, la carica persuasiva dell'argomento per esso veicolato.

Soltanto una volta che si sia avuto riguardo alla dimensione pratica, infatti, sarà possibile formulare un bilancio onde stabilire se alcuna delle tre tesi prima ripercorse valga, in effetti, a ricostruire in maniera plausibile o quanto meno calzante la rilevanza e le funzioni della comparazione nell'ermeneutica giudiziaria; soltanto allora sarà possibile prestar risposta a taluni degli interrogativi sollevati al principio

di questo lavoro: in che senso si parla di giudice comparatista; che relazione c'è tra il diritto straniero e l'interpretazione giuridica; che natura ha l'interpretazione comparativa; che immagine del diritto riflette; che legami presenta con la natura degli enunciati normativi. La risposta a simili quesiti, ove alcuna mi sia dato formularne, è rinviata, pertanto ad una sede più appropriata: quella delle conclusioni.



## ***Capitolo IV: Le pratiche comparative nell'interpretazione dei principi costituzionali***

### ***4.1 Una proposta classificatoria***

Conclusa la disamina dei maggiori approcci ideologico-prescrittivi all'interpretazione comparativa, è giunto adesso il momento, così come accennato nelle pagine introduttive del capitolo precedente, di entrare nel merito del dato che emerge dalle pratiche giudiziarie.

Nel corso di questo lavoro ci siamo più volte interrogati sulla funzione che il *foreign law* svolge nella dinamica della decisione giudiziale. Una questione che si è posta con particolare insistenza è se vada ad esso riferita una natura segnatamente *autoritativa* – se il diritto straniero offra, in altri termini, al giudice, una ragione che è indipendente dai contenuti di cui esso è foriero – o se a rilevare non sia, piuttosto, la carica di persuasività di quanto in esso riferito, a prescindere da quale ne sia la fonte. E ancora, nell'ipotesi in cui di *uso autoritativo*, in effetti, si tratti, a quale specie di autorità il diritto straniero faccia capo, se a quella deontica, coercitiva, cioè, e tendenzialmente indefettibile del diritto – la *binding authority*, pur negata dalla maggior parte della dottrina – o ad una qualche sorta di *soft authority*, di autorità argomentativa, ad esempio, del genere di quella proposta dal cosmopolitismo giudiziario.

O se non siano altre, infine, le dinamiche d'impiego del *foreign law*, dinamiche slegate da un impianto giustificatorio e vicine ai percorsi randomici di sollecitazione creativa della norma disegnati dalle dottrine critiche da ultimo considerate.

L'analisi delle pratiche giudiziarie, tuttavia, apre le porte ad uno scenario ben più ricco e complesso di quanto non si sia ipotizzato. Tre aspetti, nell'insieme, risultano degni di particolare nota.

Un primo dato che emerge con chiarezza è che, dei tre modelli proposti dalle dottrine dell'interpretazione comparativa analizzate nel capitolo precedente, due soltanto sembrano trovare uno spazio applicativo nelle prassi decisorie delle corti nazionali: il trapianto e la stimolazione cognitiva. Nessuna traccia, invece, del progetto di cooperazione collettiva proposto dalle tesi del cosmopolitismo giudiziario; nessuna traccia del mutuo impegno dialogico per la costruzione dell'orizzonte d'intesa tra particolari. Le ragioni di una simile circostanza sono, com'è indubbio, meritevoli d'approfondimento e sollevano, peraltro una serie d'interrogativi per rispondere ai quali non si dispone ancora, tuttavia, di un bagaglio d'informazioni adeguato. Ci si riserva, pertanto, di tornare sull'argomento nelle pagine conclusive di questo lavoro, quando, il quadro, così ci si auspica, sarà più definito, e se ne potranno trarre le opportune conclusioni.

Un secondo dato si collega al precedente ed è forse quello di maggior interesse. Dietro quelle che la dottrina del cosmopolitismo giudiziario suole rappresentare quali pratiche di dialogo e di mutua fertilizzazione semantica si cela, in effetti, un autentico impiego normativo del *foreign law*, scevro, per un verso, da considerazioni di merito o di contenuto<sup>409</sup> e fondato, in linea di massima, su un principio formale d'impronta maggioritaria – *X perché la maggioranza degli stati dice X* – che ricorda da vicino l'impostazione condorcettiana della proposta di Sunstein e Posner. Un simile argomento, nella dinamica della decisione, fornisce in genere al giudice la ragione – *endogena* – su cui fondare un atto di rottura forte con l'assetto assiologico e normativo previgente.

Ciò che rileva osservare, è che non è in un atto di deferenza ad un diritto gerarchicamente preordinato a quello nazionale che una simile forza dirompente trae il proprio fondamento. Non è un vincolo di ordine internazionale che il giudice invoca a sostegno del proprio atto di riforma del diritto nazionale. C'è da chiarire, dunque, su quale livello di discorso decisorio si collochi l'argomento della

---

<sup>409</sup> *It is one of authority, and law is, at bottom, an authoritative practice, a practice in which there is far more reliance than in, say, mathematics or the natural sciences on the source rather than the content (or even the correctness) of ideas, arguments, and conclusions*, F. Schauer, *Authority and Authorities*, op. cit.

maggioranza; se la natura di una simile premessa abbia carattere giuridico o etico, o politico, o altro ancora; in che relazione esso si ponga con i diritti fondamentali; e ancora, per concludere, quale immagine del diritto costituzionale e dell'ermeneutica giudiziaria si venga, in tal modo, a riflettere.

Non si pretende, in questa sede, com'è chiaro, di fornire una risposta esaustiva a domande di così vasta portata. Ciò che ci si propone, ben più modestamente, di fare, è di prendere conto di una prassi che è ai limiti dell'*anomalia giuridica* e *giusteistica* – almeno secondo un certo modo di concepire il diritto – con l'intenzione di sollevare una serie d'interrogativi che valgano a segnare il principio di più ampio percorso di riflessione.

Il terzo dato cui s'è fatto cenno, infine – meno rilevante, senz'altro, dei primi due eppur del pari degno di nota – registra la presenza di una tecnica d'impiego del *foreign law* distinta rispetto a quelle fin qui considerate e che nulla ha a che vedere con la determinazione del significato dell'enunciato giuridico. Una simile tecnica pare esprimere, piuttosto, un puro e semplice gesto di vanità del giudice, la celebrazione di un bagaglio di competenze cosmopolite al servizio delle esigenze metriche ed estetiche del testo della decisione. Si parlerà, in tal caso, d'impieghi retorici, o *ornamentali*, del *foreign law*.

Nelle pagine seguenti intendo, pertanto, suggerire una classificazione di massima delle funzioni logico-argomentative del *foreign law* nell'interpretazione dei principi costituzionali che tenga conto del binomio autorità/persuasività, nei termini di cui s'è detto, distinguendo due principali modelli d'impiego:

Gli usi autoritativi, per un verso, connotati da una *forza emendativa* interamente fondata sul riconoscimento d'una sorta d'autorità normativa alla fonte, piuttosto che sulla persuasività dei contenuti<sup>410</sup>, propongono una struttura argomentativa a

---

<sup>410</sup> *The force of an authoritative directive comes not from its content, but from its source*, F. Schauer, *Authority and authorities*, op. cit. p. 1935.

fondamento dell'enunciato interpretativo del tipo *X perché A – the majority of the states – dice X*.

Gli usi sostanziali, per altro verso, il cui valore argomentativo, risiede al contrario, nella bontà delle ragioni addotte – che il giudice accoglie e mutua mediante lo strumento della citazione – senza che abbia a rilevare l'autorità di chi per primo ebbe a considerarne il pregio.

È opportuno, a tal riguardo, operare un ulteriore distinguo tra tre diverse tecniche di comparazione sostanziale: il borrowing reasoning, che si sostanzia, in ultima analisi, nella citazione testuale di un frammento di una decisione straniera; l'uso empirico, o consequenzialista, che fornisce al giudice informazioni pratiche attraverso cui valutare le verosimili conseguenze di una determinata opzione semantica; gli impieghi negativi, infine, che negano l'esperibilità di una soluzione adottata altrove, per quanto persuasiva, in ragione delle incolmabili differenze sostanziali tra gli ordinamenti considerati.

Per quanto distinte sotto il profilo strutturale, le tre specie di comparazione sostanziale sono accomunate, come si avrà modo di vedere, da un unico principio informatore: la premessa universalista secondo cui situazioni simili postulano soluzioni simili e situazioni dissimili soluzioni, del pari, dissimili.

A completezza del quadro, è bene aggiungere ai due modelli ora considerati una terza tecnica d'impiego del *foreign law*: gli usi critici, o ricognitivi. Detti impieghi, che pur paiono affini ai sostanziali, se ne discostano, invero, poiché per essi il giudice, lungi dal mutuare il *tenore letterale* d'un argomento persuasivo, mira piuttosto a confrontare il proprio orizzonte cognitivo con quello altrui, al fine di ampliarne la portata e considerare aspetti – come, in parte, nella proposta della dottrina critica – altrimenti difficilmente considerabili.

Detti impieghi, pur legandosi, in qualche modo, ai contenuti della decisione citata, non presentano una natura direttamente argomentativa nella misura in cui, più che dotare il giudice di un frammento di ragionamento da impiegare, *sic et simpliciter*, nell'argomentazione giudiziale, gli offrono, piuttosto, uno spunto da approfondire o

un aspetto su cui riflettere nella prospettiva dell'esperienza nazionale – non a caso ricorrono, in linea di massima, nelle parti introduttive della sentenza, in una fase che, in genere, ha carattere preliminare rispetto al giudizio di merito.

Da ultimo, infine, pochi, brevissimi cenni, a dover di completezza, è bene siano dedicati agli usi ornamentali del *foreign law*, espedienti retorici, come già rilevato, dalla pura valenza estetica che nulla hanno a che vedere con le dinamiche logico-argomentative della determinazione giudiziale.

Le pagine seguenti saranno dedicate all'analisi di taluni casi giudiziari, così da render più evidenti le ragioni di una simile proposta classificatoria.

#### ***4.2 Gli usi autoritativi: Lawrence contro Texas; Roper contro Simmons; Il caso Englaro***

**Lawrence contro Texas**<sup>411</sup> è un caso ormai passato agli annali delle cronache giudiziarie non soltanto per i contenuti estremamente innovativi della decisione ma anche, e soprattutto, perché in tale circostanza, per la prima volta, la Corte Suprema Americana assunse a ragione dell'*overruling* di un proprio consolidato orientamento una decisione della Corte Europea dei diritti dell'uomo – autorità del tutto estranea al sistema normativo americano – in materia di diritti delle minoranze omosessuali.<sup>412</sup>

Fino al 2003, in Texas, era in vigore una legge che vietava le relazioni sessuali tra individui dello stesso sesso.

---

<sup>411</sup> 539 U. S. \_\_\_\_ (2003)

<sup>412</sup> Sul punto *William N. Eskridge Jr.: United States: Lawrence v. Texas and the imperative of comparative constitutionalism: The Court considered sodomy and gay-equality decision by the European Court of Human Rights as one justification for overruling our Court's decision in Bowers v. Hardwick [...]* *The foreign precedents were both normative focal points, helping an American judge to evaluate the consistency of sodomy laws with fundamental and shared constitutional principles, and normative feedback, deepening concerns the majority had about the harmfulness as well as the incorrectness of Bowers*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n. 3, July 2004.

Nel 1998 la polizia locale fece irruzione nell'appartamento di John Geddes Lawrence e lo colse nella fragranza di un rapporto sessuale consenziente con un altro individuo adulto di sesso maschile.

Per tale ragione i due vennero tratti in arresto, trattenuti per una notte in prigione e quindi processati e condannati davanti al locale Giudice di Pace.

Avverso la sentenza fu proposto appello per la violazione del XIV Emendamento – ed in particolare del principio di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge<sup>413</sup> – ma il ricorso fu respinto sulla base di un precedente della Corte Suprema di pochissimi anni prima, *Bowers v. Hardwick*<sup>414</sup>.

La questione fu pertanto sottoposta al vaglio del Tribunale Supremo al fine di decidere se l'intimità sessuale degli adulti consenzienti all'interno delle mura domestiche ricadesse nello spettro di tutela della *Due Process Clause* o meno.

*Bowers v. Hardwick*, rilevò la Corte – la decisione che pochi anni prima aveva sancito la piena legittimità costituzionale della legge del Texas – presentava due difetti di non poco conto:

Anzitutto il modo semplicistico, oltre che fuorviante, in cui il delicato tema della libertà sessuale veniva inquadrato: *esiste un diritto alla sodomia nella storia costituzionale americana?* – si erano domandati i giudici in quella circostanza.

Era chiaro, osservava la Corte, che la questione presentasse ben più profondi profili di rilevanza, investendo a pieno la più privata delle condotte umane – il comportamento sessuale – nel più privato dei luoghi – le mura domestiche<sup>415</sup>.

---

<sup>413</sup> L'*Equal protection clause*. Il testo del XIV Emendamento recita: *All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*

<sup>414</sup> 478 U.S. 186 (1986)

<sup>415</sup> La corte asserì ironicamente che porre la questione in questi termini sarebbe stato come ridurre il matrimonio ad una questione di diritto ad avere rapporti sessuali: *To say that the issue in Bowers was simply the right to engage in certain sexual conduct demeans the claim the individual put forward, just as it would demean a married couple were it to be said marriage is simply about the right to have sexual intercourse. The laws involved in Bowers and here are, to be sure, statutes that purport to do no more than prohibit a particular sexual act. Their penalties and purposes, though, have more far-reaching consequences, touching upon the most private human conduct, sexual behaviour, and in the most private of places, the home. The statutes do seek to control a personal relationship that, whether*

In secondo luogo, Bowers aveva riconosciuto la legittimità costituzionale del divieto di sodomia in quanto espressione di un principio solidamente radicato nella società americana sin dall'antichità.

Ebbene – ribatteva la Corte – in realtà il passato americano non reca traccia di un simile principio: l'oggetto della disapprovazione degli antichi, infatti, erano gli atti violenti e predatori commessi ai danni d'individui incapaci di difendersi, e non già i comportamenti sessuali degli adulti consenzienti.

In Bowers – si rilevava – i giudici, lungi dall'accertare una verità storica sul diritto, avevano piuttosto, fatto proprio un pregiudizio morale sull'omosessualità, investendosi, in tal modo, di una competenza a decidere su ciò che è moralmente accettabile, e su ciò che non lo è, che esula del tutto i limiti della funzione giurisdizionale:

«La condanna (della condotta omosessuale) è espressione di credi religiosi, di concezioni di ciò che è giusto e di ciò che giusto non è, di ciò che è accettabile e di ciò che accettabile non è. Simili questioni, per molta gente, sono tutt'altro che banali; si tratta di convinzioni profondamente radicate che essi assumono a principi etici e morali su cui determinare il corso delle proprie vite. Tali considerazioni, tuttavia, non sono in grado di prestar risposta al problema che ci troviamo ad affrontare: se la maggioranza, vale a dire, possa avvalersi dell'autorità statale per imporre assunti simili sull'intera società, mediante lo strumento del diritto penale. *Il nostro compito è quello di definire la libertà di tutti, non di dar corso al nostro codice morale personale*».<sup>416</sup>

C'è una libertà, pertanto, che spetta al giudice tutelare, di cui la maggioranza non può disporre neanche per mezzo dei legittimi strumenti legislativi.

---

*or not entitled to formal recognition in the law, is within the liberty of persons to choose without being punished as criminals, in Syllabus e in II.*

<sup>416</sup> Ivi: *The condemnation has been shaped by religious beliefs, conceptions of right and acceptable behaviour, and respect for the traditional family. For many persons these are not trivial concerns but profound and deep convictions accepted as ethical and moral principles to which they aspire and which thus determine the course of their lives. These considerations do not answer the question before us, however. The issue is whether the majority may use the power of the State to enforce these views on the whole society through operation of the criminal law. Our obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code.* Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U. S. 833, 850 (1992)

Ma il punto davvero interessante è che, ad avviso della Corte, non è la società americana, da sola, a definire i contenuti di una simile libertà – *la libertà di tutti* – bensì la più ampia cornice della civiltà occidentale, di cui il Consiglio d'Europa è considerato ragguardevole rappresentante.

«Circa cinque anni prima di *Bowers* – continua la Corte – davanti alla Corte Europea dei diritti dell'uomo è stato definito un caso analogo a *Bowers* e a quello di cui oggi si discute. Un uomo adulto residente in Irlanda del Nord, nell'affermare di essere un omosessuale praticante, rivendicava il proprio diritto di intrattenere relazioni omosessuali con individui consenzienti, diritto il cui esercizio la normativa nordirlandese, tuttavia, gl'inibiva.

Riferiva, questi, ancora, di essere stato sottoposto ad un interrogatorio e ad una perquisizione domiciliare e di temere, adesso, una denuncia penale.

La Corte stabilì che la normativa in questione fosse invalida per la violazione della Convenzione Europea sui Diritti Umani [...]. La decisione, vincolante<sup>417</sup> in tutti i paesi membri del Consiglio d'Europa (21 nazioni allora, oggi 45), è in contrasto con il fondamento di *Bowers* e con l'idea che la civiltà occidentale misconosca pretese di tal sorta». <sup>418</sup>

Oltre che dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo – continuano i giudici – il ragionamento ed i contenuti di *Bowers*, che pur pretendevano di fondarsi su valori condivisi con una più ampia civiltà, sono stati, peraltro, apertamente respinti da anche altri paesi – seguiva la citazione di numerose sentenze di giurisdizioni

---

<sup>417</sup> Significativo l'impiego del termine *authoritative*.

<sup>418</sup> *Of even more importance, almost five years before Bowers was decided the European Court of Human Rights considered a case with parallels to Bowers and to today's case. An adult male resident in Northern Ireland alleged he was a practicing homosexual who desired to engage in consensual homosexual conduct. The laws of Northern Ireland forbade him that right. He alleged that he had been questioned, his home had been searched, and he feared criminal prosecution. The court held that the laws proscribing the conduct were invalid under the European Convention on Human Rights. Dudgeon v. United Kingdom, 45 Eur. Ct. H. R. (1981) 52. Authoritative in all countries that are members of the Council of Europe (21 nations then, 45 nations now), the decision is at odds with the premise in Bowers that the claim put forward was insubstantial in our Western civilization.*



europee<sup>419</sup>: *There has been no showing* – conclusero i giudici – *that in this country the governmental interest in circumscribing personal choice is somehow more legitimate or urgent.*<sup>420</sup>

Sebbene Lawrence contro Texas costituisca uno dei casi scuola della dottrina del cosmopolitismo giudiziario<sup>421</sup>, esso non reca traccia alcuna, a ben vedere, del percorso di costruzione dialogica del comune orizzonte d'intesa tra particolari di cui s'è detto nel capitolo precedente.

La Corte riconobbe senza difficoltà, infatti, che la società americana, in linea di massima, mostrava ancora adesso una forte resistenza etica e religiosa alla libertà sessuale delle minoranze omosessuali.

La maggioranza dei cittadini, per mezzo dei propri rappresentanti elettorali, aveva dichiarato di essere eticamente contraria alle relazioni omosessuali, lo aveva fatto, una prima volta, mediante l'approvazione di una legge ordinaria; lo aveva confermato in seguito, nella determinazione raggiunta dagli stessi giudici della Corte Suprema – di nomina presidenziale – nel caso Bowers.

E tuttavia, si disse, non siamo qui per discutere il profilo etico della questione, quanto, piuttosto, per indagarne la rilevanza giuridica, per accertare se la volontà della maggioranza possa legittimamente interferire con le scelte in materia di libertà sessuale delle minoranze dissenzienti.

---

<sup>419</sup> *To the extent Bowers relied on values we share with a wider civilization, it should be noted that the reasoning and holding in Bowers have been rejected elsewhere. The European Court of Human Rights has followed not Bowers but its own decision in Dudgeon v. United Kingdom. See P. G. & J. H. v. United Kingdom, App. No. 00044787/98, 56 (Eur. Ct. H. R., Sept. 25, 2001); Modinos v. Cyprus, 259 Eur. Ct. H. R. (1993); Norris v. Ireland, 142 Eur. Ct. H. R. (1988). Other nations, too, have taken action consistent with an affirmation of the protected right of homosexual adults to engage in intimate, consensual conduct. See Brief for Mary Robinson et al. as Amici Curiae 11–12.*

<sup>420</sup> *Ibidem: The right the petitioners seek in this case has been accepted as an integral part of human freedom in many other countries.*

<sup>421</sup> *Sul progetto di collaborazione transnazionale, seppur con talune peculiarità, si veda Eskridge, op. cit. p. 558, These sentiments suggest that foreign case law might be important for reasons that extend beyond their persuasive power. It is better for the United States, and for the world, if it cooperates with other countries and shows them respect. The cooperation and respect are supposed to be reciprocal: we respect and help you, and we expect you to respect and help us. The Lawrence majority would have invalidated the Texas sodomy law with or without the help of the transnational materials but citing them so prominently was a way for the Court to signal other countries that the Court is attentive to their norms and is a cooperative court.*

Il paradosso fu che ad un simile quesito i giudici risposero non già a partire dalla natura e dai contenuti del diritto in sé considerato, o, ancora, avendo riguardo alla sua collocazione all'interno della cornice normativa e costituzionale nordamericana, bensì richiamandosi ad una più ampia autorità numerica: quella del Consiglio d'Europa e delle nazioni europee.

Alla maggioranza interna si replicò, semplicemente con un nuovo, e più esteso, denominatore numerico – la maggioranza degli stati che forma e rappresenta la più ampia parte della civiltà occidentale: *X* – affermarono i giudici – *perché la maggioranza afferma X*.

«Used in this way – osserva Ernest Young – foreign legal rules become dispositive of domestic law; without them, after all, there would be insufficient *consensus* to void state practice». <sup>422</sup>

Lungi dal ricercare una prospettiva comune attraverso cui guardare al tema della libertà sessuale, lungi dal fondere due orizzonti distinti nel rispetto delle mutue diversità, lungi dall'apprendere e dal restituire considerazioni sostanziali a suffragio di una sintesi tra le ragioni in gioco – così come nel tema del dialogo proposto dal cosmopolitismo – i giudici della Corte Suprema rinunziano, piuttosto, ad una delle due dimensioni particolari in gioco, per abbracciarne, *sic et simpliciter*, l'altra.

In questo, come nei due casi che seguiranno, l'applicazione del *foreign law* è il risultato del riconoscimento di un contropotere giuridico di origine extrasistemica che pressa sull'ordinamento nazionale fino a condizionarne assetti e contenuti normativi.

Più che un dialogo, Lawrence mette in scena un monologo, il monologo tipico dell'autorità che non accetta ragioni fuorché la propria stessa voce.

Ciò che è tutt'altro che chiaro è cosa legittimi una simile specie d'autorità, da quali premesse essa abbia tratto la propria forza riformatrice sull'ordinamento nazionale.

\*\*\*

---

<sup>422</sup> E. Young, *The denominator problem*, op. cit. p. 154.

**Roper contro Simmons** è un altro esempio particolarmente significativo di comparazione autoritativa.

All'età di diciassette anni il giovane Christopher Simmons si era macchiato d'un omicidio efferato e del tutto intenzionale.

S'era introdotto, di notte, nell'abitazione di una donna che quasi sconosceva, l'aveva prelevata dal letto in cui dormiva, le aveva legato mani e piedi e rivestito il viso con del nastro isolante, per gettarla, infine, giù da un ponte e guardarla annegare.

Dell'omicidio, programmato da tempo fin nei dettagli, il giovane si era in seguito vantato con i compagni di scuola. Una simile circostanza gli valse l'arresto il giorno successivo. Confessò dopo solo due ore d'interrogatorio.

Lo stato del Missouri lo condannò, pertanto, alla pena di morte e la condanna fu confermata in tutti i successivi gradi di giudizio.

Nel 2002 la Corte Suprema sancì l'incostituzionalità della pena di morte nei confronti dei soggetti incapaci di intendere e volere al momento del delitto – caso *Atkins contro Virginia*.<sup>423</sup>

Su tali presupposti la difesa di Simmons presentò un nuovo ricorso assumendo che la tutela andasse estesa ai minorenni. La Corte Suprema del Missouri accolse la linea difensiva e la condanna a morte fu commutata nel carcere a vita. Lo Stato del Missouri, tuttavia, impugnò la decisione ed il caso giunse all'attenzione della Corte Suprema degli Stati Uniti affinché si stabilisse se pena di morte minorile rappresentasse un *trattamento crudele e fuori dal comune* e, come tale, in contrasto con l'ottavo emendamento della carta costituzionale americana.<sup>424</sup>

Con una pronuncia storica la Corte Suprema stravolse l'orientamento espresso sedici anni prima in *Stanford contro Kentucky*<sup>425</sup> e dichiarò la pena capitale minorile<sup>426</sup> incompatibile con l'ottavo e il quattordicesimo emendamento.

---

<sup>423</sup> *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002)

<sup>424</sup> *Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.*

<sup>425</sup> 492 U.S. 361 (1989)

«Il divieto di trattamenti crudeli e fuori dal comune sancito dall'ottavo emendamento – affermarono i giudici – va interpretato nel rispetto del testo, esaminandone la storia, la tradizione e i precedenti, avuto il debito riguardo allo scopo e alle funzioni che esso svolge nella cornice del disegno costituzionale. [...] Nell'accertare quali pene siano tanto eccessive da risultare crudeli e fuori dal comune deve farsi riferimento agli standard evolutivi di decenza (*evolving standards*) che segnano il progresso delle società mature».<sup>427</sup>

Il punto rilevante, ancora una volta, fu la fonte da cui la Corte trasse gli *evolving standards of decency*.

Nel ripercorrere le motivazioni di Atkins contro Virginia, i giudici non poterono fare a meno di riconoscere una differenza rilevante tra i due casi: negli undici anni successivi all'ultima pronuncia della Corte Suprema in materia, ben 16 Stati avevano abrogato la pena di morte nei confronti di soggetti incapaci d'intendere e di volere, dando prova dell'esistenza di un dissenso generalizzato a che la condotta del reo incapace fosse trattata secondo i medesimi parametri sanzionatori impiegati per il soggetto che aveva agito nel pieno delle proprie facoltà mentali.

Per contro, dai tempi di Stanford era trascorso un periodo ben più lungo – quindici anni, in luogo di undici – e soltanto cinque stati si erano dichiarati contrari alla condanna capitale verso i minorenni.

Una simile circostanza rivelava, com'è evidente, la volontà diffusa a che le due fattispecie criminose – il reato commesso dal minore e quello commesso dall'incapace – venissero mantenute distinte sotto il profilo sanzionatorio. Tuttavia, a sorpresa, la Corte addivenne ad una diversa determinazione, e lo fece muovendo da

---

<sup>426</sup> Cioè la pena capitale per chi al tempo del delitto avesse meno di diciotto anni, seppur maggiorenne al tempo dell'esecuzione.

<sup>427</sup> *The Eighth Amendment's prohibition against "cruel and unusual punishments" must be interpreted according to its text, by considering history, tradition, and precedent, and with due regard for its purpose and function in the constitutional design. To implement this framework this Court has established the propriety and affirmed the necessity of referring to "the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society" to determine which punishments are so disproportionate as to be "cruel and unusual".*

due considerazioni la cui efficacia argomentativa destò, tanto nell'opinione pubblica, quanto in quella di settore, considerevoli dubbi:

Anzitutto – si rilevò – ai fini della determinazione di un consenso nazionale *non è il tanto numero di tali Stati ad essere significativo, quanto la coerenza dell'inversione di tendenza* poiché in nessuno dei cinque paesi abolizionisti la misura era stata in seguito reintrodotta.<sup>428</sup>

In secondo luogo, bisogna considerare che la psiche di un minore presenta caratteristiche ben distinte rispetto a quella di un adulto – l'immatùrità, l'influenzabilità e la transitorietà dei dati caratteriali – cui devono corrispondere distinti criteri di responsabilità, a pena di applicare, ai primi, una sanzione ingiusta e del tutto priva di utilità.

Alle considerazioni comparative fu dedicato, questa volta, il capitolo conclusivo della decisione<sup>429</sup>. Dopo Lawrence, infatti, era accaduto che un gruppo di deputati del Congresso contrari all'impiego del *foreign law* nell'ermeneutica costituzionale, avesse proposto un disegno di legge – il *Constitution Restoration Act* – al fine di impedirne l'uso.

---

<sup>428</sup> 534 U.S. (2005), III A: *Sixteen States that permitted the execution of the mentally retarded at the time of Penry had prohibited the practice by the time we heard Atkins. By contrast, the rate of change in reducing the incidence of the juvenile death penalty, or in taking specific steps to abolish it, has been slower. Five States that allowed the juvenile death penalty at the time of Stanford have abandoned it in the intervening 15 years —four through legislative enactments and one through judicial decision. Streib, supra, at 5, 7; State v. Furman, 122 Wash. 2d 400, 858 P. 2d 1092 (1993) (en banc). Though less dramatic than the change from Penry to Atkins (“telling,” to borrow the word Atkins used to describe this difference, 536 U. S., at 315, n. 18), we still consider the change from Stanford to this case to be significant. As noted in Atkins, with respect to the States that had abandoned the death penalty for the mentally retarded since Penry, “[i]t is not so much the number of these States that is significant, but the consistency of the direction of the change (...). Since Stanford, no State that previously prohibited capital punishment for juveniles has reinstated it.*

La motivazione apparve estremamente debole e fu criticata sotto il profilo dell'insussistenza del consenso nazionale sull'abolizione della pena di morte nei confronti dei minori tanto dal giudice O' Connor quanto dal giudice Scalia.

<sup>429</sup> Considerazioni di puro ordine sistematico porterebbero ad escludere la rilevanza autoritativa del diritto straniero in *Roper v. Simmons*, poiché la Corte relega la comparazione al paragrafo. Tuttavia la qualità delle considerazioni spese sul consenso extranazionale, unita al contenuto debole della restante parte della sentenza, mi spingono a ritenerla, a pieno titolo, un esempio uso deontico della comparazione giudiziale. Così, d'altronde, è sostenuto anche nelle dissenting opinion dei giudici O' Connor e Scalia.

Sebbene il *progetto di restaurazione della costituzione* non avesse raggiunto la maggioranza dei voti<sup>430</sup>, l'attenzione della stampa<sup>431</sup>, di buona parte dell'opinione pubblica e del mondo accademico, politico e giudiziario sul peso del giudizio del mondo nelle determinazioni costituzionali portò la Corte Suprema ad essere più cauta nel mostrare la propria deferenza alle autorità straniere.

Il tenore delle considerazioni spese, unitamente alla debolezza dell'argomento del consenso nazionale, indussero molti, tuttavia, a rintracciare proprio in questo capitolo finale le reali motivazioni della decisione<sup>432</sup>. Osservò la Corte:

«La nostra decisione che la pena di morte sia una punizione eccessiva per i criminali con meno di diciotto anni *trova conferma* nella nuda realtà che gli Stati Uniti sono l'unico paese al mondo che continui a riconoscere ufficialmente la pena di morte minorile. Tale realtà invero, non determina alcun vincolo, poiché è a noi che spetta, in ultima analisi, l'interpretazione dell'ottavo emendamento. Tuttavia, almeno dai tempi della sentenza *Trop*, la Corte ha fatto riferimento alle leggi di altri paesi e ad autorità internazionali in quanto *instructive for its interpretation of the Eighth Amendment's prohibition of cruel and unusual punishments*».<sup>433</sup>

---

<sup>430</sup> Riproposto nel 2005, fu di nuovo bocciato.

<sup>431</sup> I giornali americani offrono un'ineguagliabile piattaforma per il dibattito giuridico e politico sull'argomento, proponendo interviste ed articoli tanto di giudici quanto di professori universitari. Si veda, ad esempio, l'interessante articolo di Mary Ann Glendon apparso sul *Wall Street Journal* e citato nelle pagine precedenti.

<sup>432</sup> Si veda M.A. Glendon, *Judicial Tourism: What's wrong with the U.S. Supreme Court citing foreign law*, op. cit.

<sup>433</sup> Venivano citati a conferma tutti i maggiori precedenti sull'uso del *foreign law* – tutti, peraltro, facenti ricorso al diritto straniero con la medesima funzione autoritativa:

In materia di apolidia, *Trop v. Dulles*, 356 U. S.: *The civilized nations of the world are in virtual unanimity that statelessness is not to be imposed as punishment for crime*; *Atkins v. Virginia*, 536 U. S.: *recognizing that within the world community, the imposition of the death penalty for crimes committed by mentally retarded offenders is overwhelmingly disapproved*; Sempre in materia di condanna capitale minorile, *Thompson v. Oklahoma*, 487 U. S. *noting the abolition of the juvenile death penalty "by other nations that share our Anglo-American heritage, and by the leading members of the Western European community," and observing that "[w]e have previously recognized the relevance of the views of the international community in determining whether a punishment is cruel and unusual*; Sulla dottrina del *felony murder*, *Enmund v. Florida*, 458 U. S. *observing that "the doctrine of felony murder has been abolished in England and India, severely restricted in Canada and a number of other Commonwealth countries, and is unknown in continental Europe"*; Sulla pena di morte per stupro, *Coker v. Georgia*, 433 U. S.: *It is . . . not irrelevant here that out of 60 major nations in the world surveyed in 1965, only 3 retained the death penalty for rape where death did not ensue.*

Ogni nazione al mondo, infatti, proseguivano i giudici, ad eccezione degli Stati Uniti e della Somalia ha ratificato la Convenzione dei diritti dell'infanzia, che all'art. 37 sancisce il divieto della pena capitale minorile. E persino l'Iran, il Pakistan, l'Arabia Saudita, lo Yemen, la Nigeria, il Congo e la Cina – unici paesi, oltre agli USA, ad aver applicato la pena capitale su minori dal 1990 – l'hanno infine espunta dalle proprie normative o, per lo meno, pubblicamente biasimata.<sup>434</sup>

«Insomma – conclusero i giudici – è ragionevole asserire che gli Stati Uniti siano rimasti da soli in un mondo schierato contro la pena di morte minorile».<sup>435</sup>

Che peso ha avuto – è d'uopo chiedersi a questo punto – l'opinione degli altri paesi nella determinazione di quegli *evolving standards* cui la Corte ha fatto riferimento nella parte iniziale della sentenza? Che ruolo ha giocato nella determinazione del significato dell'ottavo emendamento?

«L'opinione del mondo – osservano i giudici nelle ultime battute della sentenza – sebbene non controlli le nostre determinazioni, fornisce comunque una

---

<sup>434</sup> 534 U.S. (2005) *Article 37 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, which every country in the world has ratified save for the United States and Somalia, contains an express prohibition on capital punishment for crimes committed by juveniles under 18(...)* Parallel prohibitions are contained in other significant international covenants. See *ICCPR*, Art. 6(5), 999 U.N.T.S., at 175 (prohibiting capital punishment for anyone under 18 at the time of offense) (signed and ratified by the United States subject to a reservation regarding Article 6(5), as noted, *supra*, at 13); *American Convention on Human Rights: Pact of San José, Costa Rica*, Art. 4(5), Nov. 22, 1969, 1144 U.N.T.S. 146 (entered into force July 19, 1978) (same); *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, Art. 5(3), OAU Doc. CAB/LEG/ 24.9/49 (1990) (entered into force Nov. 29, 1999). Respondent and his amici have submitted, and petitioner does not contest, that only seven countries other than the United States have executed juvenile offenders since 1990: Iran, Pakistan, Saudi Arabia, Yemen, Nigeria, the Democratic Republic of Congo, and China. Since then each of these countries has either abolished capital punishment for juveniles or made public disavowal of the practice.

<sup>435</sup> *Ivi*: In sum, it is fair to say that the United States now stands alone in a world that has turned its face against the juvenile death penalty.

Per conferire maggior peso al panorama internazionale proposto, ed ancorare la pratica del dissenso alla tradizione americana, veniva da ultimo richiamato il diritto inglese, di particolare rilievo, osservavano i giudici in ragione del legame storico tra i due paesi ed alla luce delle origini stesse dell'ottavo emendamento<sup>435</sup>. L'emendamento, infatti, fu modellato su una disposizione parallela contenuta nella dichiarazione dei diritti inglese del 1689 che stabilisce: "E' vietato pretendere cauzioni eccessive, o imporre sanzioni esagerate; e le pene inflitte non devono essere crudeli ed inusuali". Ad oggi, il Regno Unito ha abolito del tutto la pena di morte; ma decenni prima che ciò accadesse, essa riconobbe la natura sproporzionata della pena di morte minorile; e l'abolì come questione separata(...) nei cinquantasei anni che sono trascorsi da quando il Regno Unito ha abolito la pena di morte giovanile, il peso dell'autorità contro di essa lì, e nella comunità internazionale, è divenuto stabile.

Sulla comparazione genealogica si veda quanto osservato nel capitolo secondo.

*ragguardevole e significativa conferma alle nostre conclusioni [...] l'affermazione esplicita di taluni valori fondamentali da parte di altre nazioni e di altri popoli non fa altro che enfatizzare la centralità di quegli stessi valori entro il nostro personale patrimonio di libertà e riconoscere ciò non farà di noi uomini meno fedeli alla costituzione, o meno orgogliosi delle le sue origini».*<sup>436</sup>

Diversamente da quanto accadde in Lawrence, allorchè la Corte, non senza confusione, aveva cercato di separare le considerazioni morali da quelle giuridiche, Roper affronta il tema della pena di morte minorile sotto un profilo strettamente etico.

Esiste, sostiene la Corte, un panorama di valori – i valori generalmente condivisi – che è parametro della *verità morale* degli enunciati interpretativi e, con essi, dell'esattezza della determinazione giudiziale – cos'è la conferma se non la *riprova di una verità?*

Tanto più partecipata è una soluzione ermeneutica, pertanto, quante maggiori saranno le probabilità che essa sia esatta, valida, giusta.<sup>437</sup>

Se così è, tuttavia, asserire che *l'opinione del mondo non controlli il giudice* equivale, né più, né meno, a riconoscere *siamo liberi di sbagliare*, poiché esiste una risposta corretta e di tale risposta – così come nella proposta condorcettiana di Cass Sunstein ed Erik Posner – è metro ciò che maggioranza degli stati ritiene.

Viene tanto da chiedersi, in conclusione, se ben più del consenso nazionale, non sia il dissenso internazionale, qui come in Lawrence, a contribuire all'interpretazione dell'ottavo emendamento, e non per ragioni di contenuto, né per considerazioni di

---

<sup>436</sup>Ibidem «The opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our own conclusion (...) Not the least of the reasons we honor the Constitution, then, is because we know it to be our own. It does not lessen our fidelity to the Constitution or our pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples simply underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom».

<sup>437</sup> E' palese la tendenza oggettivista che un tale tipo di approccio all'attività giurisdizionale cela. Non si può fare a meno di notare le assonanze con la tesi della risposta corretta di Ronald Dworkin, di cui s'è detto, seppu nella versione condorcettiana di Posner e Sunstein..



merito, ma per un puro e semplice calcolo matematico: *Because of the majority of the States*<sup>438</sup>

\*\*\*

Un ultimo esempio di comparazione autoritativa su cui vale la pena spendere qualche considerazione ci riguarda particolarmente da vicino<sup>439</sup>. Si tratta, infatti, dell'ormai noto **Caso di Eluana Englaro** con cui la Corte di Cassazione Italiana per la prima volta estese il diritto al rifiuto delle cure mediche al soggetto incapace d'intendere e di volere.<sup>440</sup>

---

<sup>438</sup> Si veda quanto osservato nel terzo capitolo a proposito della tesi di Eric A. Posner e Cass R. Sunstein sul teorema di Condorcet in :The law of Other States, 59 Stan. L. Rev. 2006-2007: « A formal argument in defense of such consultation stems from the Condorcet Jury Theorem, which says that under certain conditions, a widespread belief accepted by a number of independent actors, is highly likely to be correct. It follows that if a large majority of states make a certain decision based on a certain shared belief and the states are well motivated, there is good reason to believe that the decision is correct». Sul punto si tornerà nei prossimi capitoli.

Su tali presupposti muove la critica alla decisione contenuta nelle dissenting opinions dei giudici O' Connor e Scalia. La O' Connor, che, a differenza di Scalia, è favorevole all'uso del diritto straniero, ritiene tuttavia che tale diritto non possa in alcun modo prevalere su quello nazionale, come accaduto, invece, nel caso di specie: *Although the Court finds support for its decision in the fact that a majority of the States now disallow capital punishment of 17-year-old offenders, it refrains from asserting that its holding is compelled by a genuine national consensus. Indeed, the evidence before us fails to demonstrate conclusively that any such consensus has emerged in the brief period since we upheld the constitutionality of this practice in Stanford v. Kentucky, 492 U. S. 361 (1989). Instead, the rule decreed by the Court rests, ultimately, on its independent moral judgment that death is a disproportionately severe punishment for any 17-year-old offender*, Ibidem, O' Connor J., dissenting. **Scalia** ancor più drasticamente, osserva: *Foreign sources are cited today, not to underscore our "fidelity" to the Constitution, our "pride in its origins," and "our own [American] heritage." To the contrary, they are cited to set aside the centuries-old American practice—a practice still engaged in by a large majority of the relevant States—of letting a jury of 12 citizens decide whether, in the particular case, youth should be the basis for withholding the death penalty. What these foreign sources "affirm," rather than repudiate, is the Justices' own notion of how the world ought to be, and their diktat that it shall be so henceforth in America. The Court's parting attempt to downplay the significance of its extensive discussion of foreign law is unconvincing. "Acknowledgment" of foreign approval has no place in the legal opinion of this Court unless it is part of the basis for the Court's judgment—which is surely what it parades as today*, Scalia J., dissenting.

<sup>439</sup> E' opinione estremamente diffusa che comparazione utilizzata dalla giurisprudenza italiana non vada oltre il mero rilievo retorico. Così specialmente in Zencovich, Sperti e Somma, op. cit. infra.

Bisogna peraltro osservare come, a differenza delle Corti Americane, la Cassazione Italiana omette del tutto di giustificare le ragioni del ricorso alla comparazione

Per una panoramica estesa della comparazione da parte della Corte Costituzionale italiana fino alla fine degli anni '90 si veda Lucio Pegoraro e Paolo Damiani, Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti Costituzionali, in Diritto Comparato e dell'Unione Europea, 1999-I.

Ricorrenti esempi, con maggior riguardo alla Corte di Cassazione, in Alessandro Somma, L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario, Giuffrè 2002.

<sup>440</sup> Cass. Civ., Sez. I., 16 Ottobre 2007, n. 21748.

La sentenza si occupa della vicenda tragica di una giovane donna che nel 1992, all'età di ventuno anni, a seguito di un gravissimo incidente stradale si ridusse in uno stato neurovegetativo permanente ed irreversibile, perdendo del tutto le facoltà psichiche superiori, le funzioni percettive e cognitive nonché qualsiasi capacità di avere contatti con l'ambiente esterno.

La donna venne sottoposta ad una terapia di mantenimento in vita attraverso un sondino naso-gastrico che provvedeva a nutrirla ed idratarla ed a mantenerne attive le restanti funzioni vitali.

Poiché nei sette anni successivi il quadro clinico non presentò variazioni di sorta, nel 1999 il padre della giovane, in qualità di tutore<sup>441</sup>, chiese che la terapia di sostegno venisse interrotta così che la malattia potesse concludere il proprio corso. Per ben due gradi di giudizio<sup>442</sup> la richiesta fu respinta e nel 2007 il caso giunse all'attenzione della Corte di Cassazione.

Per quanto si trattasse d'un giudizio di cassazione, la questione fu impostata, in ultima analisi, secondo i parametri propri di un giudizio di costituzionalità: che la corte stabilisse se la differenza di trattamento in materia di consenso informato tra individui capaci ed individui incapaci rappresentasse una pratica discriminatoria e lesiva del principio di autodeterminazione terapeutica sancito dall'articolo 32 della carta costituzionale.<sup>443</sup>

---

<sup>441</sup> La richiesta fu presentata congiuntamente al curatore nominato, nelle more, dal Tribunale.

<sup>442</sup> Omettiamo tutta la serie di tappe giudiziarie preliminari in cui le richieste venivano puntualmente rigettate o dichiarate inammissibili, e cioè il ricorso del 19 gennaio 1999, dichiarato inammissibile dal Tribunale di Lecco, decisione poi confermata in sede di reclamo dalla sezione "Persone minori e Famiglia" della Corte d'Appello di Milano, il ricorso del 2002 con cui i medesimi organi assumevano il principio di inderogabilità del bene della vita e di prevalenza dello stesso al di là delle contrarie manifestazioni di volontà del malato; Il ricorso diretto davanti alla Corte di Cassazione ex art. 111 della Costituzione, dichiarato inammissibile per difetto di contraddittorio, data la mancanza di un curatore speciale della incapace ex art. 78 c.p.c.

Il Tribunale di primo grado rigettò l'istanza di Giuseppe Englaro rilevando come gli art. 3 e 32 della Costituzione, sancendo il principio del consenso informato, riconoscessero effettivamente un diritto al rifiuto dei trattamenti terapeutici o nutrizionali fortemente invasivi, ma soltanto nel caso di individui capaci d'intendere e di volere. Laddove così non fosse, *il conflitto tra il diritto di libertà all'autodeterminazione ed il diritto alla vita è solo ipotetico e deve risolversi a favore di quest'ultimo in quanto, non potendo la persona esprimere la propria volontà, non vi è alcun profilo di autodeterminazione o di libertà da tutelare.*

Seppur con qualche variazione di contenuti, la sentenza fu sostanzialmente confermata in appello.

<sup>443</sup> La questione è ben più complessa, ma omettiamo l'analisi per intero della sentenza per ragioni di brevità. La Corte, infatti, accogliendo l'impostazione dei ricorrenti, si propone di risolvere due quesiti logicamente legati:

I soli appigli normativi di diritto interno che i giudici ebbero modo d'impiegare nella determinazione del caso furono gli articoli 357 e 424 del codice civile, la cui lettura congiunta attribuiva al tutore *la cura della persona dell'incapace*, il potere di rappresentarlo in tutti gli atti civili e di amministrare i beni.<sup>444</sup>

Il quadro, nell'insieme, appariva un po' scarno, considerata la natura dell'atto da concludere: la manifestazione del rifiuto alle cure mediche, cui sarebbe seguita la morte certa dell'incapace, in nome e per conto di un soggetto che non nulla aveva disposto per una simile eventualità al tempo in cui ancora possedeva le proprie facoltà mentali.

Ad integrare il vuoto della legislazione nazionale la Corte si avvalse, pertanto, di una serie di riferimenti normativi di origine extrasistemica, e nello specifico:

- Dell'art. 6 della Convenzione di Oviedo del Consiglio d'Europa<sup>445</sup> – *Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso* – che sanciva

---

1) Se la terapia praticata sul corpo di Eluana, consistente nell'alimentazione ed idratazione artificiali mediante il sondino naso-gastrico possa qualificarsi come una forma di accanimento terapeutico, ovvero costituiscono *un trattamento invasivo della persona senza alcun beneficio od utilità per la paziente che vada oltre il prolungamento forzoso della vita, perché oggettivamente finalizzato a preservarne una pura funzionalità meccanica e biologica.*

2) Se, ed in che limiti, tale trattamento possa essere interrotto, ove la richiesta del tutore corrisponda ai convincimenti sul significato di dignità umana a suo tempo espressi dall'incapace.

Nell'affrontare tali questioni, un ruolo fondamentale viene assegnato al principio del consenso informato, cui è dedicata gran parte della sentenza. Si tratta, in particolare, di identificarne i fondamenti normativi (parte I), definirne i contenuti (parte seconda) e valutarne l'estensibilità al soggetto incapace (parte III). quest'ultima parte è quella che più rileva ai nostri fini.

<sup>444</sup> La lettura congiunta degli art. 357 e 424 c.c., che attribuisce al tutore la cura della persona dell'interdetto; La sentenza della Cassazione n. 5652 del 1989 con cui la stessa sezione aveva riconosciuto al tutore dell'interdetto il diritto di sostituirlo nella manifestazione del consenso alle cure, laddove questi rifiuti in ragione del proprio stato di infermità mentale, con pericolo per la propria sopravvivenza; Il recente Decreto Legislativo n. 211 del 2003, che ha attuato la direttiva europea n. 20 del 2001, in materia di sperimentazioni scientifiche, che ammette la sperimentazione su soggetti incapaci che non abbiano dato o rifiutato il proprio consenso prima dell'insorgere dell'incapacità, ottenendo il consenso informato da parte del legale rappresentante; L'art. 13 della legge 194 del 1978 in materia di interruzione della gravidanza, che prevede che la richiesta d'interruzione volontaria possa essere proposta dal tutore della donna incapace.

<sup>445</sup> *Allorquando, secondo la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo simile, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. La persona interessata deve nei limiti del possibile essere associata alla procedura di autorizzazione*

Si legge nel rapporto esplicativo alla Convenzione – aggiunge la Corte – che l'espressione per un motivo simile si riferisce a situazioni quali gli stati comatosi, in cui il paziente è incapace di formulare i suoi desideri o di comunicarli.

l'obbligatorietà dell'autorizzazione del rappresentante per l'intervento sull'incapace.

Seppur tecnicamente non si trattasse di una fonte normativa in senso stretto, non essendosi ancora completata la procedura di ratifica interna, i giudici non esitarono, tuttavia, a riconoscere alla Convenzione una *funzione ausiliaria* nell'interpretazione del diritto interno.<sup>446</sup>

- Delle soluzioni affini adottate all'interno degli *altri ordinamenti europei* ed in particolare l'art. 1111-10 del codice della sanità pubblica francese, inserito dalla L. 22 aprile 2005, n. 370 relative aux droits des malades et a la fin de vie, stando al quale, *lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix.*
- Della dottrina nordamericana del *substituted judgement test*, seguita dalla Corte Suprema del New Jersey nei casi re Quinlan<sup>447</sup> e re Nancy Ellen Jobes: *il rappresentante deve aver riguardo alle precedenti dichiarazioni del paziente, alle sue reazioni dinanzi ai problemi medici, ed ancora a tutti gli aspetti della*

---

<sup>446</sup> Dal fatto che non sia ancora stata ratificata *non consegue che la Convenzione sia priva di alcun effetto nel nostro ordinamento. Difatti, all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi - tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica - una funzione ausiliaria sul piano interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme.* Del resto, la Corte costituzionale, nell'ammettere le richieste di referendum su alcune norme della L. 19 febbraio 2004, n. 40, concernente la procreazione medicalmente assistita, ha precisato che l'eventuale vuoto conseguente al referendum non si sarebbe posto in alcun modo in contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, recepiti nel nostro ordinamento con la L. 28 marzo 2001, n. 145 (Corte cost., sentenze n. 46, 47, 48 e 49 del 2005): con ciò implicitamente confermando che i principi da essa posti fanno già oggi parte del sistema e che da essi non si può prescindere.

<sup>447</sup> Sentenze 31 marzo 1976 e 24 giugno 1987 «sul rilievo che questo approccio è inteso ad assicurare che chi decide in luogo dell'interessato prenda, per quanto possibile, la decisione che il paziente incapace avrebbe preso se capace. Allorché i desideri di un capace non siano chiaramente espressi, colui che decide in sua vece deve adottare come linea di orientamento il personale sistema di vita del paziente: il sostituto deve considerare le dichiarazioni precedenti del paziente in merito e le sue reazioni dinanzi ai problemi medici, ed ancora tutti gli aspetti della personalità del paziente familiari al sostituto, ovviamente con riguardo, in particolare, ai suoi valori di ordine filosofico, teologico ed etico, tutto ciò al fine di individuare il tipo di trattamento medico che il paziente prediligerebbe».

*personalità del paziente che gli siano noti, ed in particolare al suo credo filosofico, teologico ed etico*<sup>448</sup>.

- Della dottrina inglese del *best interest*, infine, promossa dalla House of Lords<sup>449</sup> ed accolta anche dal Bundesgerichtshof<sup>450</sup>: *in assenza di trattamenti autenticamente curativi, e data l'impossibilità di recupero della coscienza, è contrario al miglior interesse del paziente protrarre la nutrizione e l'idratazione artificiali, ritenute trattamenti invasivi ingiustificati della sua sfera corporea.*

Così come nei casi prima analizzati, le citazioni a cascata ed in *forma di massima* della giurisprudenza straniera, unitamente all'osservazione introduttiva all'impiego del *foreign law* – *l'attenzione ai convincimenti personali espressi dal diretto interessato è costante nelle decisioni adottate in altri ordinamenti* – evidenziano una cornice argomentativa in cui, di nuovo, rileva più la superiorità numerica della fonte che il contenuto, o le considerazioni di ordine sistematico-normativo.

Più che l'intenzione di apprendere, dall'altrui esperienza, nuovi profili normativi attraverso cui considerare la questione, più che mutuare un passo argomentativo particolarmente convincente, traspare, una volta di più, la volontà di allinearsi ad un orientamento transnazionale che si assume risponda a criteri di maggior giustizia in quanto espressione della maggioranza degli stati.

---

<sup>448</sup> Si noti, peraltro, come l'esatta espressione sia adottata dalla Corte in svariate parti della sentenza ed in particolare nelle ragioni della cassazione della decisione d'appello.

Viene citata anche la sentenza Cruzan del 25 giugno 1990, in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti stabilì che la Costituzione degli USA non proibisce allo Stato del Missouri di stabilire a *procedural safeguard to assure that the action of the surrogate conforms as best it may to the wishes expressed by the patient while competent.*

<sup>449</sup> Caso Bland, 4 febbraio 1993.

<sup>450</sup> Sentenza 17 marzo 2003: «dopo avere premesso che se un paziente non è capace di prestare il consenso e la sua malattia ha iniziato un decorso mortale irreversibile, devono essere evitate misure atte a prolungargli la vita o a mantenerlo in vita qualora tali cure siano contrarie alla sua volontà espressa in precedenza sotto forma di cosiddetta disposizione del paziente (e ciò in considerazione del fatto che la dignità dell'essere umano impone di rispettare il suo diritto di autodeterminarsi, esercitato in situazione di capacità di esprimere il suo consenso, anche nel momento in cui questi non è più in grado di prendere decisioni consapevoli) - afferma che, allorchè non è possibile accertare tale chiara volontà del paziente, si può valutare l'ammissibilità di tali misure secondo la presunta volontà del paziente, la quale deve, quindi, essere identificata, di volta in volta, anche sulla base delle decisioni del paziente stesso in merito alla sua vita, ai suoi valori e alle sue convinzioni».

Manca, bisogna osservarlo, l'esplicito richiamo alle premesse consensualiste delle sentenze americane, né, d'altronde, il giudice italiano spende alcuno sforzo giustificatorio a sostegno o a chiarimento dell'impiego di fonti extrasistemiche nell'interpretazione della costituzione nazionale.

Del tutto analoga a quella espletata in Roper o in Lawrence, per contro, è la potenza riformatrice del *foreign law*.

Già in passato il silenzio del codice civile era stato inteso come il rifiuto chiaro, da parte del legislatore, di equiparare il soggetto capace a quello incapace in materia di autodeterminazione terapeutica. Ed è lo stesso legislatore, non a caso, il 21 luglio del 2008, a sollevare, proprio a seguito della sentenza Englaro, il conflitto di attribuzioni davanti ai giudici costituzionali per aver la Corte di Cassazione *usurato l'attribuzione (costituzionale) di produzione normativa riservata, in via esclusiva, al potere legislativo*,<sup>451</sup> [...] introduce[ndo] *nell'ordinamento italiano l'autorizzazione alla cessazione della vita del paziente in stato vegetativo permanente, omettendo di conseguire tale effetto tramite la sola via aperta al giudice in tal caso, ovvero sollevando questione di costituzionalità sugli artt. 357 e 424 cod. civ., nella parte in cui essi precluderebbero la piena tutela del diritto alla salute*.<sup>452</sup>

«Dalla premessa ricostruzione ermeneutica – rilevavano i membri del Parlamento – emerge con evidenza un dato inequivocabile: la carenza, nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano, di una organica disciplina normativa destinata espressamente a regolamentare la materia della *interruzione volontaria della vita* (ovvero, *eutanasia*). E ciò si ricava, in effetti, proprio alla stregua delle predette fonti – evocate dalla Corte di Cassazione in motivazione – posto che *in nessuna delle stesse è dato riscontrare la ricorrenza di alcuna norma funzionale a definire una fattispecie identica o analoga a quella in esame*.

Nel caso in esame – conclude la maggioranza – si può ritenere che il potere giudiziario si sia materialmente sostituito al potere legislativo, al quale solo spetta la *funzione nomogenetica* a fronte di quella *nomofilattica* attribuita al primo; e ciò in aperto contrasto con il principio di separazione dei poteri, espresso anche nella *teoria*

<sup>451</sup> Dal testo della relazione di maggioranza approvata dalla Commissione parlamentare il 21 luglio del 2008.

<sup>452</sup> Dal testo dell'Ordinanza della Corte Costituzionale n. 334 dell'8.10.2008.

della Costituzione scritta, alla garanzia della quale il giudizio per conflitto di attribuzioni è preordinato». <sup>453</sup>

Ciò che resta da chiarire è perché, una volta di più, il giudice, piuttosto che impiegare il criterio della maggioranza a sostegno di una premessa normativa fondata sui *principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*, si affidi ad un'argomentazione così ardita, e, per di più, poco chiara. Che dietro essa, in questo come negli altri casi, si celi, piuttosto – per richiamare la felice espressione di Waldron – il più profondo senso di nudità intellettuale che prova giudice davanti al personalissimo dilemma legge-giustizia?

### ***4.3 Gli usi sostanziali del foreign law: Il borrowing reasoning e il caso Greaterex contro Greaterex; gli usi empirici e il caso Washington contro Glucksberg; la comparazione negativa e i casi Jeyaretnam Joshua Benjami contro Lee Kuan Yew e Regina contro Keegstra***

Come anticipato al principio del capitolo, gli impieghi sostanziali del diritto straniero si distinguono da quelli autoritativi poiché per essi il giudice, lungi dal manifestare la pura e semplice intenzione di rimettersi all'altrui autorità secondo uno schema giustificatorio del tipo *X perché A dice X*, si dota, piuttosto, di considerazioni di ordine prudenziale particolarmente persuasive e direttamente legate al *thema decidendum*.

Sul piano del metodo, pertanto, alle citazioni a cascata e ai riferimenti numerici della comparazione autoritativa si sostituisce, in tale specie d'interpretazione comparativa, il richiamo a singole decisioni giudiziarie o a singoli frammenti dell'esperienza giuridica altrui.

---

<sup>453</sup> La Corte Costituzionale dichiarò l'inammissibilità del ricorso omettendo, in partica, di pronunciarsi sul merito della questione. Solo un breve richiamo alla questione dell'usurpazione di poteri, laddove si osserva *che non rileva la sussistenza nella specie di indici atti a dimostrare che i giudici abbiano utilizzato i provvedimenti censurati – aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali loro proprie e, pertanto, spieganti efficacia solo per il caso di specie – come meri schermi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento, che ne è sempre e comunque il titolare.*

Se la cornice generale è questa, è bene tuttavia tener distinte, così come accennato, le tre principali tecniche d'impiego del diritto straniero in funzione argomentativa: il *borrowing reasoning*, la comparazione empirica, o consequenzialista, e gli impieghi negativi del *foreign law*.

Il *borrowing reasoning* – letteralmente, *prestito delle ragioni* – è, tra tutte, la tecnica che più ricorda la proposta della dottrina dei trapianti e consiste nella citazione testuale di singoli passaggi argomentativi estratti, in genere, dalla giurisprudenza straniera in ragione della loro intrinseca persuasività.<sup>454</sup>

Il *foreign law*, in ipotesi simili, funziona, né più né meno, come una sorta di vivaio argomentativo, una riserva di τόποι da cui estrarre l'argomento più opportuno od appropriato tenuto conto delle peculiarità del caso, senza che s'intenda con ciò mostrare alcuna forma di deferenza all'altrui autorità e senza che si presti, per contro, rilevanza di sorta alle differenze sostanziali tra i sistemi giuridici al vaglio.

Gli istituti giuridici, come si avrà modo di osservare a breve negli esempi che seguiranno, sono trattati alla stregua di *fenomeni naturali*, strutture statiche e predeterminate aventi identiche caratteristiche quale che sia il contesto d'uso considerato.

La seconda tecnica d'impiego – la comparazione empirica o consequenzialista – consiste nell'estrarre dall'esperienza giuridica straniera – testi normativi, sentenze, ma anche lavori preparatori, relazioni tecniche e così via – informazioni di tipo pratico, al fine di valutare le verosimili conseguenze di un'interpretazione della costituzione.

La struttura formale entro cui è introdotto il *foreign law*, in casi simili, è quella tipica dell'argomento consequenzialista<sup>455</sup>, sovente inserito nel più ampio quadro di un

---

<sup>454</sup> Eccezione fatta per il ragionamento a contrario in cui la differenza culturale e giuridica tra gli ordinamenti considerati è ragione per l'esclusione di un'interpretazione

<sup>455</sup> N. Larsen, *Importing Constitutional Norms from a "Wider Civilization"*, 65 Ohio St. L. J. 1284 (2004): *The empirical use of comparative and international law norms is more complex than the expository use, but no more problematic in principle. The Justices sometimes use comparative (or, less frequently, international) norms in an empirical sense when the answer to the ultimate constitutional question before the Court is contingent upon the answer to an empirical question. In*



bilanciamento tra principi costituzionali al fine di prevedere le possibili implicazioni pratiche di una determinata *opzione gerarchica*.<sup>456</sup>

Nel caso della terza tecnica d'impiego argomentativo, per concludere – gli usi negativi – l'autorità giudiziaria interna nega l'esperibilità, o l'opportunità, di una soluzione accolta in un diverso sistema giuridico, per quanto persuasiva, in ragione del divario normativo, economico, sociale e culturale tra i contesti considerati.<sup>457</sup>

Tale specie d'argomentazione non implica un rifiuto a priori del diritto straniero – se così fosse, non sarebbe chiaro a che scopo giustificarne la mancata applicazione<sup>458</sup>. E tuttavia le ragioni del particolarismo, muovendo talvolta da semplici considerazioni testuali, talvolta da più profonde rivendicazioni identitarie, come nel caso degli ex territori coloniali, prevalgono su quelle transnazionali.

A seconda della natura dell'elemento differenziale, la comparazione negativa può assumere, a propria volta, tre distinte strutture argomentative:

---

*such situations, the Court may look to a foreign law source for its practical effect. The Court does not rely on the foreign law to supply the rule of decision, per se; instead it derives the general rule of decision from domestic sources. But the Court looks abroad to see what the effect of the proposed rule might be in the context of a particular legal system and to ascertain whether the effect of the specific ruling urged upon the Court will comply with the constitutional principle the Court has derived through domestic sources.*

<sup>456</sup> Taavi Annus, op. cit., p. 13, *Balancing decisions in constitutional jurisprudence not only involve normative issues, but also involve empirical questions. One of the basic tenets of proportionality analysis is to ask whether the challenged measure in fact pursues the aim that has been brought forward to justify the measure. In order to determine this, a prediction has to be made. Use of comparative experience in creating empirical arguments thus seems logical. In fact, how else can one find empirical evidence that an interpretation is valid? Governments and courts are not equipped with laboratories where they could have two "experiments" run at the same time, with different interpretations of the law. Similarly, as the states in a federal system might serve as laboratories, foreign countries could serve as laboratories in the world community.*

<sup>457</sup> Sul punto D. Fontana: *Another important distinction must be drawn between positive comparativism and negative comparativism. Positive comparativism involves an American court looking to comparative constitutional law with approval, looking to see if American constitutional law can borrow from comparative constitutional law. By contrast, negative comparativism looks to comparative constitutional law as a way of devising principles of American constitutional law by testing what it is not. Negative comparativism involves looking to the failures (from the American perspective) of other constitutional regimes*, Refined Comparativism in Constitutional Law, 49 UCLA L. Rev. 539 (2001), p. 551.

Joan J. Lasern, op. cit. in termini analoghi parla di "expository use" quando il diritto straniero è usato in contrapposizione al nazionale al fine di meglio comprendere una disposizione costituzionale. Nello stesso senso Po-jen Yap, Op. cit.

<sup>458</sup> Per questa ragione taluni autori la inseriscono tra le forme di comparazione normativa. Ad esempio: Taavi Annus, op. cit.

Vi sono casi in cui è inserita nel solco di *un'interpretazione letterale* che muove dalla diversa formulazione dei disposti normativi considerati, come nel primo degli esempi che si vedranno a breve;

In altri casi interviene a fondersi con più ampie *considerazioni sostanziali*, che attengono alla natura e alla storia degli istituti coinvolti, e ai diversi obiettivi che attraverso essi s'intende perseguire, come nel secondo degli esempi proposti;

Vi sono delle ipotesi residuali, infine, in cui, senza addentrarsi in considerazioni di merito, il giudice assume *a priori* che esista *un'incolmabile divergenza* tra i due sistemi considerati, tale, *a contrario*, da desumerne l'impraticabilità della soluzione altrui nell'ordinamento nazionale.<sup>459</sup>

Chiarito ciò, è bene tuttavia osservare che, per quanto distinte possano essere, per struttura argomentativa, le tre specie di comparazione sostanziale, esse presentano, pur tuttavia, un elemento basilare che ne accomuna gli esiti decisori: la premessa universalista secondo cui situazioni simili postulano soluzioni simili e situazioni dissimili, per contro, richiedono soluzioni dissimili.

*Così come le similitudini valgono a giustificare il prestito tra giurisprudenze – afferma la Corte Suprema canadese in un caso di cui avremo modo d'occuparci tra breve – del pari le differenze possono richiedere che ci si discosti dall'altrui concezione costituzionale.*

L'analisi di alcuni casi giudiziari, di nuovo, varrà a chiarire il senso della classificazione proposta.

\*\*\*

Un interessante esempio d'interpretazione comparativa nella forma del *borrowing reasoning* ci viene offerto da un caso giudiziario della High Court britannica in

---

<sup>459</sup> In tale caso può dirsi che non solo la comparazione abbia segno negativo, ma addirittura che essa sia una sorta di ragione formale negativa - *anti-ragione* - da cui trarre, per negazione, la soluzione del caso. Questa forma argomentativa è, ad esempio tipicamente utilizzata al fine di negare il riconoscimento di un diritto altrove ampiamente garantito. Il diritto X è riconosciuto in altri ordinamenti., Il nostro ordinamento essenzialmente da tali altri ordinamenti. Neghiamo, pertanto, il diritto X. Come si vede questa forma d'argomento è estremamente prossima alla ragione formale.

materia di risarcimento del danno da shock psicologico: **Greaterex contro Greaterex**<sup>460</sup>.

Nel 1996 un giovane uomo in stato d'ebbrezza, alla guida dell'auto di un amico, finiva sulla corsia opposta al senso di marcia scontrandosi frontalmente contro un veicolo che proveniva dalla direzione opposta. Il padre del ragazzo, ufficiale dei vigili del fuoco, allertato dell'incidente occorso al figlio, interveniva sul posto insieme ai colleghi per approntare i primi soccorsi. Tuttavia, alla vista del giovane in stato d'incoscienza, ne rimaneva tanto turbato da pretendere, in seguito, che il *Motor Insurance Bureau* gli risarcisse il danno psicologico patito per il grave stress professionale.

Si trattava di stabilire, in breve, se al responsabile del danno proprio (*primary victim of self-inflicted injuries*) fossero imputabili le conseguenze psicologiche che dal medesimo danno fossero incidentalmente derivate ai terzi (*secondary victim*).<sup>461</sup>

Nel negare una simile soluzione, il giudice Cazalet a chiusura del proprio ragionamento impiegava un passo particolarmente felice di una sentenza del Bundesgerichtshof che focalizzava la questione sul principio di autodeterminazione individuale: «Un individuo non è giuridicamente tenuto, qualunque opinione morale possa aversi a riguardo, ad aver cura della propria vita e della propria salute semplicemente per risparmiare i propri congiunti dalle verosimili conseguenze fisiche che su di loro avrebbe la di lui morte o mutilazione: Imporre una tale dovere, salvo casi particolari, quali, ad esempio, il suicidio commesso deliberatamente in una

---

<sup>460</sup> [2000] 1 WLR 1970. Sul caso ha scritto estesamente Basil Markesinis, Il metodo della comparazione, Giuffrè 2004

<sup>461</sup> La Corte identifica tre questioni, in particolare: *Does a primary victim (i.e., the First Defendant) owe a duty of care to a third party in circumstances where his self-inflicted injuries cause that third party psychiatric injury? On the agreed facts, did the First Defendant owe the Claimant a duty of care not to harm himself? On the agreed facts, did the first Defendant owe the Claimant a duty of care not to cause him psychiatric injury as a result of exposing him to the sight of the First Defendant's self-inflicted injuries?*

maniera scioccante, significherebbe limitare l'autodeterminazione della persona in maniera incompatibile con il nostro sistema giuridico». <sup>462</sup>

Risulta evidente come la ragione per cui il giudice riporti il passo della sentenza straniera nulla abbia a che vedere con la circostanza che essa sia del Bundesgerichtshof, piuttosto che d'una qualche altra autorità, e come siano del tutto assenti, peraltro, le considerazioni numeriche che abbiamo modo di riscontrare nella casistica analizzata in precedenza.

La citazione ricorre, al contrario, in forma individuale, isolata, selettiva, poiché ciò che rileva è la qualità dei contenuti e non la quantità delle voci. È alla *migliore delle soluzioni auspicabili* che il giudice pare essere interessato, non a quella che abbia ottenuto la maggiore partecipazione.

Il *foreign law*, in un caso simile, ha il pregio di fornirgli un frammento di ragionamento particolarmente persuasivo, su un punto decisivo che i precedenti di diritto nazionale avevano, sinora, omesso di affrontare; di illuminarlo sulle verosimili conseguenze di un'interpretazione eccessivamente ampia del principio di responsabilità civile.

Emerge con chiarezza, in una simile impostazione, il fondamento oggettivista della dottrina dei trapianti, e con esso il principio di equiparazione tra il problema

---

<sup>462</sup>Si tratta della decisione del Bundesgerichtshof dell'11 Maggio 1971, BGHZ 56, 163. *In the second place, the issue which I have to resolve raises, as it seems to me, a question which impinges upon a person's right of self-determination. Mr Eklund has drawn my attention to a decision of the German Bundesgerichtshof in a case reported at (1971) BGHZ 56, 163, where this problem was identified. A translation of an extract from that judgment (translated by Mr Tony Weir) which appears in The German Law of Torts (3rd edn, 1994) p 109 by Professor Basil Markesinis, was produced to the court. That case concerned a wife's claim for damages for psychiatric injury suffered by her as a secondary victim of an accident in which her husband had died and which had been partly caused by his own negligence. I shall describe in a moment how the court dealt with the question of contribution between joint tortfeasors in that case. The immediately relevant passage in the judgment of the German court relates to the court's observation that if the death of the primary victim had been exclusively caused by his own negligence, the claimant could not have recovered anything in respect of her injuries. The court reasoned that: 'A person is under no legal duty, whatever the moral position may be, to look after his own life and limb simply in order to save his dependants from the likely psychical effects on them if he is killed or maimed: to impose such a legal duty, except in very peculiar cases, for instance, wherever a person commits suicide in a deliberately shocking manner, would be to restrict a person's self-determination in a manner inconsistent with our legal system.'* (See German Law of Torts, p 113.) , Ibidem.

scientifico e quello etico-giuridico, di cui pur s'è detto nel capitolo precedente. Ciò che il giudice identifica, in ultima analisi, è una legge di proporzionalità inversa tra la responsabilità civile e il principio di autodeterminazione, una legge valida sempre e ovunque, a prescindere dalle connotazioni degli istituti, dalle peculiarità del caso o dell'ordinamento: tanto maggiore è l'estensione dell'una, si afferma, quanto minore è l'ambito d'operatività dell'altra.

\*\*\*

Della seconda tecnica di comparazione sostanziale – l'empirica, o consequenzialista – ci viene offerto un interessante esempio da un altro caso americano: **Washington contro Glucksberg**.<sup>463</sup>

Una legge dello stato di Washington aveva introdotto il reato d'istigazione al tentato suicidio (*promoting suicide attempt*) per coloro che avessero consapevolmente indotto o aiutato taluno a cercare di privarsi della vita. Un gruppo di medici e di malati terminali impugnò il provvedimento davanti all'autorità giudiziaria sostenendo che esso determinasse un'intollerabile limitazione del diritto al suicidio medico-assistito che la *Due Process Clause* riconosceva e garantiva a tutti gli individui adulti, capaci e consenzienti, in stato terminale.

La Corte Suprema, investita della questione, fu chiamata, a stabilire se, in effetti, un simile diritto rientrasse sotto l'ombrello della *Due Process Clause* o meno.

Dopo essersi spesa in una serie di considerazioni di ordine storico-giuridico, oltre che etico<sup>464</sup>, a sentir le quali l'ordinamento americano non era compatibile, né mai lo era

---

<sup>463</sup> 521 U.S. 702.

Altro esempio di comparazione empirica, in *Zelman v Simmon Harris*, 536 U.S. 639 (2002).

<sup>464</sup> *More specifically, for over 700 years, the Anglo-American common-law tradition has punished or otherwise disapproved of both suicide and assisting suicide. Cruzan, 497 U.S. at 294-295 (SCALIA, J., concurring)[...]Blackstone, whose Commentaries on the Laws of England not only provided a definitive summary of the common law but was also a primary legal authority for 18th and 19th century American lawyers, referred to suicide as "self-murder" and "the pretended heroism, but real cowardice, of the Stoic philosophers, who destroyed themselves to avoid those ills which they had not the fortitude to endure . . . ." 4 W. Blackstone, Commentaries, (p. 711). [...]; The State also has an*

stato, con il riconoscimento di un diritto al suicidio, semplice o assistito che fosse – è *compito dello stato proteggere i più deboli, non ucciderli*, si disse – il tribunale supremo passò all'esame delle conseguenze pratiche che l'opposta decisione avrebbe determinato.

Una volta che si sia riconosciuto agli individui il diritto di privarsi della propria stessa vita, osservarono i giudici, si sarà aperta «la strada all'eutanasia volontaria e, forse, anche a quella involontaria[...] Le pratiche d'eutanasia nei Paesi Bassi danno prova della fondatezza di una simile preoccupazione. Uno studio del governo olandese ha rilevato, infatti, che nel 1990 ci sono stati 2300 casi di eutanasia volontaria (intesa come *il porre fine all'altrui vita a sua richiesta*), 400 casi di suicidio assistito e più di 1000 casi di eutanasia privi di un'esplicita richiesta. In più la ricerca ha gettato luce su altri 4941 casi in cui i medici hanno somministrato sovradosaggi letali di morfina senza l'esplicito consenso del paziente [...] Da questo studio si evidenzia come [...] l'eutanasia nei Paesi Bassi non abbia coinvolto solamente adulti informati, in stato terminale, sottoposti a prolungate sofferenze fisiche, e che la regolamentazione della pratica non è stata in grado di prevenire gli abusi nei confronti degli individui deboli, tra cui numerosi neonati disabili e anziani affetti da demenza».

Com'è evidente, dall'esperienza straniera il giudice trae questa volta, non già considerazioni di ordine giuridico, bensì informazioni pratiche, dati sociologici a sostegno dell'opportunità a che si mantenga un'interpretazione restrittiva della *Due Process Clause*.

La pratica giuridica straniera, di nuovo, è vista come una sorta di laboratorio sperimentale da cui attingere informazioni utili alla formulazione di previsioni, a

---

*interest in protecting the integrity and ethics of the medical profession. (...)Next, the State has an interest in protecting vulnerable groups--including the poor, the elderly, and disabled persons--from abuse, neglect, and mistakes [...] The State's interest here goes beyond protecting the vulnerable from coercion; it extends to protecting disabled and terminally ill people from prejudice, negative and inaccurate stereotypes, and "societal indifference (731-733).*

fondare ipotesi alternative muovendo dalle verosimili ricadute di una determinata lettura dell'enunciato costituzionale.<sup>465</sup>

Ancora una volta del tutto prive di rilevanza appaiono le considerazioni sull'origine territoriale della normativa – che i dati su raccolti si riferiscano ai Paesi Bassi, piuttosto che alla Scozia o alla Cina, poco importa – così come, e ancor di più, del tutto prive di rilevanza sono le considerazioni sulle differenze etiche, giuridiche, economiche o sociali tra i paesi considerati.

In perfetta coerenza con gli assunti delle tesi funzionaliste di cui abbondantemente s'è detto nei capitoli precedenti, al diritto si guarda anzitutto, come ad un fenomeno pragmaticamente universale.

\*\*\*

Per quanto concerne la terza tecnica di comparazione sostanziale, infine – la comparazione negativa – un primo utile esempio ci viene offerto da una sentenza della Corte d'appello di Singapore in materia di libertà d'espressione: il caso **Jeyaretnam Joshua Benjami contro Lee Kuan Yew**.<sup>466</sup>

Il segretario del partito dei lavoratori Jeyaretnam Joshua Benjami, durante un comizio in prossimità delle elezioni, davanti a più di 7000 persone aveva accusato il

---

<sup>465</sup> C. McCrudden, *A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversation on Constitutional Rights*, Oxford J. Legal Studies 499, 516-27 (2000): *One device upon which courts sometimes draw for support in making controversial decisions is explicitly to draw on empirical and social scientific sources of information as a way of establishing their connectedness with the 'real world' [...] In the USA, when foreign experience is discussed, it is largely for the purpose of supporting empirically based conclusions. We can usefully distinguish this 'empirical' fact-finding, as it might be called, from the 'moral' fact-finding of the type in which Justice Brennan engages in the death penalty cases discussed earlier. In the latter, moral significance is attached to the weight of other countries that had abolished capital punishment of juveniles. Foreign law, including foreign judicial decisions, is currently interesting to US courts, if at all, largely as data rather than as statements of legal or moral values in their own right. The best recent example is in the US Supreme Court's cases on physician-assisted suicide.*

<sup>466</sup> CA 65/1990. La giurisprudenza delle Corti della Malaysia e di Singapore offre un repertorio particolarmente ricco di tale forma argomentativa. Per un quadro esaustivo: Jack Tsen-Ta Lee, *Interpreting bills of rights: The value of a comparative approach*, in (2007) 5 International Journal of Constitutional Law 122-152; Li-Ann Thio, *Beyond The Four Walls In An Age Of Transnational Judicial Conversations Civil Liberties, Right Theories And Constitutional Adjudication In Malaysia And Singapore*, 19 Colum. J. Asian. L. 428.

proprio rivale politico, l'ex primo ministro Lee Kuan Yew di essere in qualche modo responsabile del suicidio di un membro del precedente governo.

Querelato per diffamazione, Joshua Benjami si difese facendo appello alla libertà di parola e d'espressione riconosciuta e garantita a tutti i cittadini dall'art. 14 della Costituzione singaporiana.

Si trattava di stabilire se una simile libertà includesse le dichiarazioni rese al fine di criticare l'operato politico di taluno ove in gioco vi fossero ragioni superiori d'interesse pubblico.<sup>467</sup>

A sostegno di cotale interpretazione il difensore di Benjami si richiamò ad una serie di normative extranazionali che avevano adottato soluzioni analoghe – la legislazione Canadese, quella Indiana, quella Americana<sup>468</sup>, l'art 10 della Convenzione Europea per i diritti dell'uomo – prestando, infine, particolare attenzione a due sentenze straniere in cui i giudici s'erano trovati a dover affrontare il medesimo tema: la *New York Times Co v Sullivan*<sup>469</sup>, della Corte Suprema Americana, e la *Lingens v. Austria*<sup>470</sup> della Corte Europea per i diritti dell'uomo.

L'ambito di tutela della libertà di parola – osservò la difesa di Benjami al termine delle considerazioni comparative – è tanto più esteso quanto più ampi siano gli interessi in gioco. *Ciò implica che nell'ipotesi della critica politica, laddove le dichiarazioni diffamanti siano rese da un soggetto portatore di un interesse onesto e*

---

<sup>467</sup> Caso 651990, at 42: *Mr Gray mounted a very elaborate and careful argument for a qualified privilege and developed it in this way. First, he set out the factual matrix. The respondent sued in his capacity as secretary general of a political party and as Prime Minister, and the complaint relates to words spoken by a political opponent who was the secretary-general of a rival party. The subject matter of the speech was political, namely, criticism of the conduct of the respondent (then a candidate in the forthcoming election) in his capacity as Prime Minister in relation to a Cabinet colleague, and bore on an issue of major public interest.*

<sup>468</sup> *Ibidem*, at 43: *By way of comparison, Mr Gray drew our attention to constitutional provisions guaranteeing freedom of speech in other jurisdictions, such as Canada, India and the United States of America, and also art 10 of the European Convention on Human Rights, and sought to show how these jurisdictions reconcile the right of free speech with constraints imposed by the law of defamation. He further submitted that as the Constitution confers a right of free speech, a speech made by a politician in the context of a political debate deserves the greatest degree of protection and "unconstrained political debate is the life-blood of the democratic process", and such protection is not limited to statements made in Parliament (for which there is absolute privilege), but extends to all comments on government, ministers and officers of state because it is in the public benefit that such comment should be freely made. In support, he cited extensively authorities from various jurisdictions.*

<sup>469</sup> 376 US 254.

<sup>470</sup> 8 EHRR 407



*legittimo ad individui che un simile interesse condividano, l'azione giudiziaria per diffamazione vada preclusa.*<sup>471</sup>

Dopo un'attenta disamina delle due sentenze citate<sup>472</sup> – i restanti riferimenti comparativi non furono ritenuti rilevanti per il caso – i giudici di Singapore conclusero per l'inapplicabilità delle soluzioni straniere nell'ordinamento interno<sup>473</sup> in ragione della diversa formulazione letterale dei tre enunciati normativi – l'art. 14 della costituzione di Singapore, il 1° ed il 14° emendamento della costituzione degli

---

<sup>471</sup> *Ibidem*: On the basis of these authorities, Mr Gray submitted that in order to give effect to art 14, the right to sue for defamation has to be curtailed, and such curtailment has been accepted in other jurisdictions. In particular, these authorities suggest that qualified or conditional privilege attaches to publications critical and defamatory of the official acts of politicians and those in public positions because it is the common interest of all citizens to have unconstrained political debate and effective democracy. [...] Relying on the authorities cited, Mr Gray formulated his plea of qualified or conditional privilege as follows: qualified privilege attaches to defamatory publications concerning public officials (or candidates for a public office) relating to their official conduct or the performance of their public duties by those who have an honest and legitimate interest in the matter to those who have a corresponding and legitimate interest (whether as electors or as citizens potentially affected by the conduct of public officials). Reverting to the facts of the case, Mr Gray submitted that the speech made by the appellant was a publication concerning the official conduct of the respondent as Prime Minister or the performance of his duties as such; that the appellant had a legitimate interest in the subject matter of his speech, and that the publication was made to those having a corresponding and legitimate interest, and hence the occasion in which the publication was made was privileged.

<sup>472</sup> Si consideri che alla decisione della Corte suprema sono dedicati i punti da 47 a 51 della sentenza, mentre alla seconda pronuncia straniera da 52 a 55.

<sup>473</sup> *Ibidem*, at 56: The terms of art 14 of our Constitution differ materially from the First and Fourteenth Amendments of the Constitution of the United States and also from art 10 of the European Convention on Human Rights. The First Amendment, by its express terms, prohibits Congress from making any laws "abridging the freedom of speech, or of the press". The Fourteenth Amendment extends the prohibition to state legislatures. No such express prohibition is found in art 14 of our Constitution. On the contrary, the right of free speech and expression under cl 1(a) of art 14 is expressly subject to cl 2(a) of the same article, and the latter provides that Parliament may by law impose on the rights of free speech and expression conferred by cl 1(a) two categories of restrictions: first, such restrictions as it considers necessary and expedient in the interest of the security of Singapore or any part thereof, friendly relations with other countries, public order or morality; and second, restrictions designed to protect the privileges of Parliament or to provide against contempt of court, defamation or incitement to any offence. While the first category of restrictions must satisfy the test of necessity and expediency in the interest of the various matters specified therein, the second category of restrictions is not required to satisfy any such test. Thus, Parliament is empowered to make laws to impose on the right of free speech restriction designed to provide against defamation. As for art 10 of the European Convention on Human Rights, it is true that the wording in para 1 thereof is similar to cl 1(a) of art 14. However, para 2 of art 10 is in no way similar to cl (2) of art 14: para 2 provides that the exercise of the freedom under para 1 is subject to "restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society ... for the protection of the reputation or rights of others ...". Clearly, the terms allowing restrictions to be imposed under art 10(2) are not as wide as those under art 14(2).

Stati Uniti e l'art. 10 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo – in materia di libertà di parola e d'espressione:

«Il tenore letterale dell'articolo 14 della costituzione – si rilevò – differisce materialmente tanto dal 1° e dal 14° emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, quanto dall'art. 10 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

Il primo emendamento, come da sua stessa lettera, proibisce al Congresso leggi che limitino la libertà di parola o di stampa. Il quattordicesimo estende tale divieto alla legislazione degli stati.

Nessuna simile espressa proibizione trova fondamento nell'art. 14 della nostra costituzione. Al contrario, la libertà di parola e d'espressione [...] è soggetta al secondo comma dello stesso articolo [...] che stabilisce che il Parlamento possa limitarne la portata [...] a garanzia delle prerogative parlamentari ed ad impedimento dei reati di oltraggio alla corte, diffamazione o incitamento all'ingiuria. Il Parlamento dispone, pertanto, del potere di imporre per legge dei limiti alla libertà di parola al fine di impedire le condotte diffamatorie.

Per quanto concerne l'art. 10 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, è vero che le parole del primo paragrafo rassomigliano a quelle del comma 1(a) dell'art. 14. Ma in ogni caso il secondo paragrafo è tutt'altra cosa del secondo comma dell'art. 14.

Il paragrafo 2 stabilisce che l'esercizio della libertà di cui al paragrafo 1 sia soggetta alle *restrizioni o sanzioni che siano previste dalla legge, necessarie ad una società democratica* [...] *per l'altrui reputazione o diritti*. Chiaramente i termini che tali limitazioni consentono non sono tanto ampi quanto quelli dell'art. 14 (2) (...).

«Tanto *New York Times* quanto *Lingens* – si osserva in conclusione – si fondano sull'assunto che i limiti alla critica nei confronti dei pubblici ufficiali e degli uomini politici con riferimento alle condotte e ai doveri cui questi siano tenuti in ragione del proprio ufficio, siano più ampi rispetto a quelli delle persone comuni. Ad avviso di questo giudice il nostro diritto non condivide un simile assunto».<sup>474</sup>

---

<sup>474</sup> 62 *Both the decisions in New York Times and in Lingens were premised on the proposition that the limits of acceptable criticism of persons holding public office or politicians in respect of their official*

Jeyaretnam Joshua Benjami contro Lee Kuan Yew, è un tipico esempio di comparazione sostanziale negativa di tipo letterale. Il giudice, in un caso simile, esclude un'interpretazione ampia della libertà di parola e d'espressione, accolta, al contrario, dalle corti straniere, in ragione della divergenza tra i tre testi normativi considerati, senza che si tirino in ballo più ampie e radicate differenze tra gli ordinamenti giuridici considerati. Diversamente accade nel caso **Regina contro Keegstra**.<sup>475</sup>

In tale circostanza la Corte Suprema del Canada, pur affermando, all'opposto, l'irrilevanza delle divergenze di testo<sup>476</sup>, rigettò comunque un recente e consolidato orientamento della Corte Suprema Americana<sup>477</sup> in materia di libertà di parola – la *First Amendment doctrine* – in ragione delle rilevanti differenze sostanziali tra l'ordinamento costituzionale statunitense e quello canadese.

Il caso, in breve, riguardava un insegnante dell'Alberta che aveva impiegato le proprie ore di didattica per fare propaganda antisemita, pretendendo dagli studenti l'assimilazione di espressioni ispirate al disprezzo e all'odio razziale. Imputato e condannato per il delitto d'istigazione all'odio di una minoranza (*incite hatred*

---

*duties or conduct are wider than those of ordinary persons. In our judgment, our law is not premised on such a proposition. Persons holding public office or politicians (we call them "public men") are equally entitled to have their reputations protected as those of any other persons. Such persons, in the discharge of their official duties, are laying themselves open to public scrutiny both in respect of their deeds and words. In that respect, criticisms in relation to their official conduct may be "robust" and "wide-open" and may include "vehement, caustic and sometimes unpleasantly sharp attacks". Nevertheless, such criticisms or attacks must, in our opinion, respect the bounds set by the law of defamation, and we do not accept that the publication of false and defamatory allegations, even in the absence of actual malice on the part of the publisher, should be allowed to pass with impunity. The law of defamation protects the public reputation of public men as well.*

<sup>475</sup> R. v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697.

<sup>476</sup> *Ivi*, Of course, American experience should never be rejected simply because the Charter contains a balancing provision, for it is well known that American courts have fashioned compromises between conflicting interests despite what appears to be the absolute guarantee of constitutional rights .

<sup>477</sup> A myriad of sources -- both judicial and academic -- offer reviews of First Amendment jurisprudence as it pertains to hate propaganda. Central to most discussions is the 1952 case of *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, where the Supreme Court of the United States upheld as constitutional a criminal statute forbidding certain types of group defamation. Though never overruled, *Beauharnais* appears to have been weakened by later pronouncements of the Supreme Court (see, e.g., *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); and *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971)). The trend reflected in many of these pronouncements is to protect offensive, public invective as long as the speaker has not knowingly lied and there exists no clear and present danger of violence or insurrection.

*against an identifiable group*), il professore aveva eccepito l'incostituzionalità della norma incriminatrice per violazione della libertà di parola e d'espressione, richiamandosi, a tal fine, alla dottrina americana del primo emendamento.

«La questione che ci interessa – rilevarono i giudici – non è come sia, o come debba essere il diritto negli Stati Uniti, bensì se l'esperienza americana possa, o meno, essere utile nell'analisi della sezione 319 (2) del codice penale [...] E' puro senso comune riconoscere che, così come le similitudini valgono a giustificare il prestito, del pari le differenze possono richiedere che ci si discosti dalla concezione costituzionale adottata negli Stati Uniti [...] Sebbene detta esperienza si sia rivelata estremamente utile ai fini delle nostre conclusioni e sebbene non si rifiuti del tutto la dottrina del primo emendamento, si dubita, tuttavia, che tale dottrina possa trovare applicazione nella legislazione canadese sulla propaganda all'odio».<sup>478</sup>

Esaminata nel dettaglio la dottrina del primo emendamento, di cui la corte canadese dimostra di essere una profonda conoscitrice, ed elogiandone l'alto valore didattico, l'organo giudicante conclude, quindi, per l'inapplicabilità dell'orientamento straniero poiché, si osserva, al di là del tenore letterale, «l'impegno internazionale a sradicare la propaganda all'odio e, cosa più importante, lo speciale ruolo assegnato all'eguaglianza ed al multiculturalismo nella costituzione canadese, necessitano che ci si discosti dall'idea ragionevolmente prevalente in America secondo cui la soppressione della propaganda all'odio sia incompatibile con la garanzia della libertà d'espressione».<sup>479</sup>

---

<sup>478</sup> *Ivi*: *The question that concerns us in this appeal is not, of course, what the law is or should be in the United States. But it is important to be explicit as to the reasons why or why not American experience may be useful in the s. 319(2) of the Criminal Code. In the United States, a collection of fundamental rights has been constitutionally protected for over two hundred years. The resulting practical and theoretical experience is immense, and should not be overlooked by Canadian courts [...]* Canada and the United States are not alike in every way, nor have the documents entrenching human rights in our two countries arisen in the same context. It is only common sense to recognize that, just as similarities will justify borrowing from the American experience, differences may require that Canada's constitutional vision depart from that endorsed in the United States. [...] Though I have found the American experience tremendously helpful in coming to my own conclusions regarding this appeal, and by no means reject the whole of the First Amendment doctrine, in a number of respects I am thus dubious as to the applicability of this doctrine in the context of a challenge to hate propaganda legislation.

<sup>479</sup> *Ivi*: *Section 1 has no equivalent in the United States, a fact previously alluded to by this Court in selectively utilizing American constitutional jurisprudence (see, e.g., Re B.C. Motor Vehicle Act,*

A differenza del caso singaporiano prima esaminato, pertanto, in *Regina v Keegstra* non è un elemento testuale ad impedire l'estensione dell'orientamento straniero nell'ordinamento nazionale, ma una più profonda divergenza assiologica: il principio d'eguaglianza e le ragioni del multiculturalismo che prevalgono sulla libertà di esprimersi ad ogni costo.

È da una simile differenza che si fa discendere, com'è chiaro, un diverso modo d'intendere la libertà d'espressione e, con essa, un diverso modo d'operare dei suoi limiti.

#### ***4.4 Gli usi critici o ricognitivi del foreign law: Lo Stato contro Solberg. Cenni alle pratiche di comparazione occulta***

Tipici, seppur non esclusivi<sup>480</sup>, delle giurisprudenze costituzionali di nuova generazione<sup>481</sup>, gli impieghi ricognitivi, o critici, del diritto straniero possono essere considerati una sorta di variante debole della proposta della dottrina critica. Così come accennato, infatti, per essi il giudice mira a confrontare il proprio orizzonte

---

*[1985] 2 S.C.R. 486, per Lamer J., at p. 498). Of course, American experience should never be rejected simply because the Charter contains a balancing provision, for it is well known that American courts have fashioned compromises between conflicting interests despite what appears to be the absolute guarantee of constitutional rights (...). Where s. 1 operates to accentuate a uniquely Canadian vision of a free and democratic society, however, we must not hesitate to depart from the path taken in the United States. Far from requiring a less solicitous protection of Charter rights and freedoms, such independence of vision protects these rights and freedoms in a different way. As will be seen below, in my view the international commitment to eradicate hate propaganda and, most importantly, the special role given equality and multiculturalism in the Canadian Constitution necessitate a departure from the view, reasonably prevalent in America at present, that the suppression of hate propaganda is incompatible with the guarantee of free expression.*

<sup>480</sup> Così, ad esempio, in alcune parti di *Foster v. Florida*, c. 537 U.S. 990 (2002), ma anche in *Knight v. Virginia*, 528, U.S. 990 (1999) e *Washington v. Glucksberg* 521 U.S. 990 (2002)

<sup>481</sup> Infatti, seppur con forme diverse, all'uso ricognitivo ha fatto particolare ricorso la Corte Costituzionale Sudafricana e la Corte di Giustizia delle Comunità Europee al principio della propria attività. A. Lollini, a tal riguardo, parla di approccio pedagogico al giudizio di costituzionalità e *di periodo di apprendimento giuridico-culturale: Se già la trasformazione dell'intero sistema giuridico ha rappresentato uno sforzo considerevole per tutti gli attori del sistema giuridico sudafricano, l'introduzione della giustizia costituzionale ha portato con sé la necessità di sviluppare un approccio pedagogico all'uso di questo strumento da parte dei membri della magistratura ordinaria, dei componenti il sistema forense e dei giudici costituzionali stessi*, A. Lollini, *La circolazione degli argomenti*, DPCE, n. 1, 2007,

cognitivo con quello altrui al fine di ampliarne la portata e considerare aspetti altrimenti difficilmente considerabili.

Non si tratta, in casi simili, di mutuare un frammento dell'argomentazione altrui che si ritenga affine al *thema decidendum*, in ragione della sua carica persuasiva – non solo, per lo meno – né d'impostare una relazione di differenza da cui desumere l'inopportunità del prestito. Né, ancora, si tratta di dare applicazione all'enunciato interpretativo accolto dalla maggioranza degli stati nazionali. Si tratta, piuttosto, di stimolare il ragionamento del giudice mediante un diverso canale cognitivo, di accendergli, con il pretesto del diritto straniero, la scintilla dell'intuizione innescando un più profondo processo di auto-comprensione del proprio diritto nazionale.<sup>482</sup>

Come accennato, simili impieghi ricorrono, in genere, nelle parti introduttive della sentenza, a creare una sorta di orizzonte ricognitivo<sup>483</sup> da cui trarre utili spunti di riflessione – non a caso v'è chi parla di funzioni didattiche del *foreign law* – ad identificare aspetti meritevoli di una maggiore considerazione, a definire possibili situazioni di conflitto tra diritti, o, ancora, a qualificare i verosimili obiettivi di una norma.

È importante chiarire che, per quanto affine possa apparire un simile impiego dell'interpretazione comparativa al *borrowing reasoning*, e sebbene non sempre sia facile, nell'analisi dei casi, segnare la soglia di demarcazione tra l'una e l'altra tecnica, si tratta, tuttavia, d'impieghi sostanzialmente distinti. Nell'un caso – la

---

<sup>482</sup> In questo senso S. Choudhry parla di interpretazione dialogica, *Globalization in Search of Justification*, *Indiana Law Journal*, 74,819: *In other words, comparative jurisprudence can be an important stimulus to legal self-reflection. The mode of comparative constitutional interpretation that these scholars point to is dialogical, because courts that take this interpretive approach engage in dialogue with comparative jurisprudence in order to better understand their own constitutional systems and jurisprudence.*

<sup>483</sup> Andrea Lollini, op. cit. «La creazione di un *orizzonte ricognitivo*: le interpretazioni straniere preparano (ed orientano) l'argomentazione. I giudici, prima di decidere, procedono ad una *ricognizione* di cosa dicono altri giudici costituzionali a proposito della questione oggetto del contenzioso. I giudici sudafricani declinano talvolta questa tecnica argomentativa cercando di verificare come un dato principio costituzionale o una data questione giuridica è interpretata in molteplici ordinamenti stranieri. L'interprete si esprime in questo modo: “*prima di decidere, vediamo cosa dicono altri giudici costituzionali pre-selezionati*”. L'approccio decisorio è qui tendenzialmente differente per due ragioni: da un lato la circolazione ermeneutica assolve una funzione cognitiva contribuendo a fornire una pluralità di elementi comparativi da cui distillare, eventualmente, soluzioni ermeneutiche *compatibili ed efficaci*: dall'altro sono presi in considerazione riferimenti stranieri comunque in numero maggiore di due»

comparazione ricognitiva – infatti, il diritto straniero interviene nella determinazione giudiziale in via mediata, quale strumento per la rielaborazione critica delle categorie concettuali proprie del diritto nazionale. Nell'altro, esso trova spazio nella struttura argomentativa della decisione in via diretta ed immediata, senza filtri o considerazioni altre di sorta. Se il *borrowing reasoning*, in altri termini, offre al giudice una *ragione*, la comparazione ricognitiva lo munisce dei mezzi per elaborarne una, contribuendo, in genere, a delineare il *quadro diagnostico*<sup>484</sup> mediante cui verrà definito il successivo impianto decisorio.

Per essa, in conclusione, il giudice si dota di lenti più efficaci attraverso cui guardare al proprio diritto nazionale, cogliendone aspetti altrimenti destinati a rimanere in ombra.

Un interessante esempio di un simile impiego dell'interpretazione comparativa ci viene offerto da un caso della Corte Suprema Sudafricana: **Lo Stato contro Solberg**.<sup>485</sup>

Un dipendente di una catena commerciale era stato condannato in giudizio per aver venduto bevande alcoliche di domenica in violazione delle prescrizioni del *Liquor Act*.

In sede appello l'uomo s'era opposto alla condanna eccependo l'incostituzionalità di un simile divieto in nome del principio di libertà religiosa. Il *Liquor Act*, infatti, fissava gli orari e i giorni per la vendita degli alcolici sulla base del calendario delle festività cattoliche, senza garantire libertà di scelta a chi professasse un diverso credo o non ne professasse alcuno.

---

<sup>484</sup> Po Jen Yep usa infatti l'espressione *uso diagnostico*, in *Transnational Constitutionalism in The United States: Toward a Worldwide Use of Interpretive Modes of Comparative Reasoning*, p.11, 39 U.S.F. *Comparative legal materials are employed to identify and illustrate a constitutional problem that exists commonly amongst many jurisdictions. The national court does not need to engage in the merits of the foreign decisions nor does it need to consider whether the foreign sources are applicable locally. Instead, the domestic court merely uses the comparative resources to highlight a common constitutional ailment that plagues other nations, thereby warranting the court's own attention. In a way, the foreign materials thus act as a backdrop for the local courts to define the relevant issue for domestic consideration.*

<sup>485</sup> CCT 38/96.

Ai nostri fini è interessante l'argomentazione proposta dal giudice Sachs. Questi, rifacendosi alla dottrina nordamericana dell'*Establishment clause* – che stabilisce il principio di aconfessionalità dello Stato ed il divieto di favorire una confessione sulle altre – citò, in particolare, un'opinione del giudice O' Connor nel caso *Lynch v. Donnelly* :

«L'*establishment clause* vieta al governo di aderire ad alcuna confessione religiosa [...]. Il governo incorre nella violazione del divieto[...] ogni qual volta mostri di approvare o disapprovare una determinata confessione. Nell'un caso, infatti, comunicherà ai non adepti la loro estraneità, la loro non piena appartenenza alla comunità politica; nell'altro caso il medesimo messaggio perverrà agli adepti».<sup>486</sup>

Diversamente da quanto accade nel caso di *borrowing reasoning*, Sachs ricorre alla massima del giudice O'Connor non già per fondare il proprio argomento decisivo, bensì per svilupparne uno alla luce del vissuto storico, giuridico e sociale sudafricano.<sup>487</sup>

«In epoca pre-costituzionale – osserva questi – la marginalizzazione delle minoranze Indù e Musulmane era indice di una tendenza a vedere nelle norme della civiltà cristiana il fondamento e ed in quelle indù e musulmane lo spazio deviato del *Diverso*. In nessun caso, oggi, bisogna leggere nei residui della passata legislazione un retaggio della supremazia giuridica del cristianesimo. Tuttavia, la preoccupazione espressa dal giudice O' Connor circa le ricadute che un messaggio di sostegno ad un credo può avere sui non adepti in termini di sentimento d'estraneità alla comunità

---

<sup>486</sup> Ivi, p. 90. *The Establishment Clause prohibits government from making adherence to a religion relevant in any way to a person's standing in the political community. Government can run afoul of that prohibition in two principal ways. One is excessive entanglement with religious institutions, which may interfere with the independence of the institutions, give the institutions access to government or governmental powers not fully shared by non adherents of the religion, and foster the creation of political constituencies defined along religious lines. [...] The second and more direct infringement is government endorsement or disapproval of religion. Endorsement sends a message to non adherents that they are outsiders, not full members of the political community, and an accompanying message to adherents that they are insiders, favored members of the political community. Disapproval sends the opposite message.*

<sup>487</sup> Sul punto si veda S. Choudhry: *However, Justice Sachs did not accept this principle in the manner of universalist interpretation, that is, as a transcendent norm applying across societies. Instead, he used Lynch as an invitation to peer into South African history and determine whether political equality was bound up with freedom of religion in a way that justified its adoption as a constitutional principle for South Africa today*, op. cit. p. 900.



politica ha particolare risonanza nella realtà sudafricana. In passato la marginalizzazione religiosa ha coinciso ampiamente con la discriminazione razziale, con l'esclusione sociale e con la disillusione politica e considerazioni analoghe possono spendersi sull'antisemitismo e sulle restrizioni imposte alla vita economica e privata degli ebrei. Pertanto, qualsiasi gesto di sostegno alla dottrina cristiana in quanto religione privilegiata, non solo viola il principio d'imparzialità in materia di credo e d'opinione, ma riattiva, per di più la memoria dolorosa di un passato di discriminazioni e di vessazioni fondate sulla religione».<sup>488</sup>

Risulta chiaro, pertanto, come il *foreign law*, in una simile fattispecie, fornisca al giudice uno spunto su cui riflettere, uno stimolo cognitivo da sviluppare nel peculiare quadro della realtà nazionale, alla luce di un vissuto storico e normativo ben distinto da quello americano che viene indagato, tuttavia, e meglio messo a fuoco, sotto il barlume chiarificatore della massima del giudice O' Connor.

Nel concludere questo excursus sugli impieghi cognitivi del *foreign law*, può essere opportuno, seppur per cenni, fare menzione di una pratica tanto interessante quanto poco attenzionata: la *comparazione nascosta*, o *clandestina*, come taluni autori sono soliti.<sup>489</sup>

---

<sup>488</sup> The marginalisation of communities of Hindu and Muslim persuasion flowed from and reinforced a tendency for the norms of A Christian civilisation to be regarded as points of departure, and for Hindu and Muslim norms to be relegated to the space of the deviant *Other*. Any echo today of the superior status in public law once enjoyed by Christianity must therefore be understood as a reminder of the subordinate position to which followers of other faiths were formerly subjected. Indeed, the concern expressed by O'Connor J about the message sent by state endorsement of religion to non-adherents to the effect that they are outsiders and not full members of the political community, has special resonance in South Africa. Religious marginalisation in the past coincided strongly in our country with racial discrimination, social exclusion and political disempowerment. Similar although not identical observations may be made about anti-semitism, which targeted members of the Jewish community for disadvantageous treatment in the public as well as the private sphere. Thus, any endorsement by the state today of Christianity as a privileged religion not only disturbs the general principle of impartiality in relation to matters of belief and opinion, but also serves to activate memories of painful past discrimination and disadvantage based on religious affiliation

<sup>489</sup> A. Somma, op. cit. p. 258

In simili casi – che, si dice, siano particolarmente diffusi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana<sup>490</sup>– il diritto straniero lungi dall'entrare nel recinto dell'argomentazione giudiziale, opera, piuttosto, da dietro le quinte della decisione, in una fase di studio e di approfondimento del quesito che la precede ed è a d essa prodromica .

I giudici in tali casi, pur omettendo di dar risonanza esterna alle pratiche altrui, ne fanno comunque un impiego metodico quali strumenti per migliorare la comprensione del diritto nazionale e garantire soluzioni che siano, in qualche modo, adeguate ai tempi.

Così pare<sup>491</sup> che l'intera dottrina dei superprincipi costituzionali<sup>492</sup>, tra cui il nucleo dei diritti inviolabili della persona, sia frutto dello studio delle *preferred freedoms* americane e della dottrina tedesca del *Wesensgehalt* e che la determinazione dei rapporti tra diritto nazionale e diritto comunitario provenga da un'attenta riflessione sul modello federalista americano di cui l'espressione *ordinamenti separati, ma coordinati* sarebbe riuscita eco genealogica.<sup>493</sup>

---

<sup>490</sup> Così riferisce l'ex presidente della Corte Costituzionale Italiana Antonio Baldassarre: « In effetti, soprattutto se si considerano le decisioni che hanno dato origine agli orientamenti giurisprudenziali più significativi nei diversi settori (ad es.: i diritti fondamentali, l'ordinamento delle fonti, i rapporti con la Comunità europea), è agevole scoprire, al di là delle omesse citazioni, echi manifesti di sentenze straniere e di discussioni dottrinali che su quelle sentenze si sono svolte anche in ordinamenti diversi dal nostro», in la Costituzione italiana e il metodo comparativo, DPCE, 2006-2.

Di concorde opinione Basil Markesinis, *Giudici e diritto straniero*, Il Mulino 2009, p. 100, che si sofferma in particolare sull'uso della dottrina straniera ed estende la riflessione anche ai giudici francesi. Tali ordinamenti vengono su tali basi contrapposti a quelli inglese e tedesco, che farebbero, al contrario, un uso esplicito, seppur non particolarmente ricorrente, del diritto straniero; canadese e sudafricano, in cui le pratiche troverebbero, al contrario, i maggiori contesti applicativi.

<sup>491</sup> In Baldassarre, op. cit.

<sup>492</sup> Il noto nucleo duro di principi che non possono essere mutati neanche per mano di una legge costituzionale, tra cui la forma repubblicana e l'insieme dei diritti inviolabili della persona: « L'esempio più cospicuo di “travaso per comparazione”, se così si può chiamare, è dato dalla concezione dei “diritti inviolabili” fatta propria dalla Corte costituzionale, per la quale questi diritti occupano, nella gerarchia dei valori costituzionali, una posizione superiore a ogni altro principio costituzionale, tale da sottrarli persino alla revisione costituzionale del loro “contenuto essenziale”. Chi potrebbe mai pensare che siffatta concezione sia stata adottata dalla Corte costituzionale ignorando la dottrina americana delle *preferred freedoms* e quella tedesca del *Wesensgehalt*?», Baldassarre, op. cit.

<sup>493</sup> Baldassarre, op. cit. Lo stesso vale per la determinazione della natura dell'ordinamento comunitario e del principio di supremazia, mutuati dalla dottrina tedesca del *Bunderverfassungsgericht* ed in particolare dalla nota sentenza Solange I.

Non è questa la sede per entrare oltre nel merito di simili pratiche sebbene se ne intuisca a pieno il profondo rilievo teorico, oltre che pratico, e l'importanza nello sviluppo della proposta delle dottrine critiche dell'interpretazione comparativa.

#### ***4.5 Cenni agli usi retorici o ornamentali del foreign law***

In conclusione di capitolo, a dovere di completezza, brevissimi cenni vanno dedicati a quelli che, tra tutti, appaiono senz'altro i meno interessanti e degni di nota impieghi del *foreign law*: gli usi retorici, o ornamentali.

In casi simili, come accennato, alla citazione del diritto altrui il giudice ricorre a mero impreziosimento estetico del testo della decisione, senza nulla togliere, o aggiungere, a quanto già, ed altrimenti, determinato. Per esso non si forniscono ragioni, non si contribuisce a far chiarezza su un contenuto normativo, non si mira a sottolineare differenze, o affinità, tra casi o ordinamenti, né ad investigare le possibili ricadute pratiche di una opzione semantica o gerarchica.

Il *foreign law*, in altri termini, non è parte dei contenuti dell'argomentazione giudiziale bensì mero orpello occasionale<sup>494</sup>, accessorio di una decisione sviluppata per percorsi autonomi e del tutto indipendenti.

Un simile impiego del diritto altrui ricorre non di rado in incisi brevissimi, talvolta in forma di un singolo vocabolo straniero a ricordo dell'origine di un istituto o di un termine<sup>495</sup>, e talvolta senza che neanche si faccia riferimento ad alcun paese o normativa in particolare.<sup>496</sup>

---

<sup>494</sup> Taluno, ha parlato addirittura, "di mero sfoggio di erudizione". Così Alessandro Somma, op. cit. p. 289: «Posiamo distinguere i riferimenti terminologici - ovvero il mero uso, spesso inesatto, di espressioni aliene dai riferimenti più articolati, relativi a valutazioni circa l'opportunità sia di conservare (uso distruttivo) sia di far evolvere (uso costruttivo) l'ordinamento. Occorre premettere che in molte delle decisioni (...) risulta evidente il ruolo della dottrina come tramite della formazione comparatistica ostentata dal loro autore».

<sup>495</sup> Così, ad esempio, ricorda Somma, a proposito delle decisioni della Cassazione che si richiamano al concetto tedesco *Verwirkung*, la perdita del diritto per inerzia: sentenze 2762/95 e 11095/97.

<sup>496</sup> A titolo di esempio, nella sentenza 117/1979 in materia di diritti delle minoranze religiose, la Corte Costituzionale, nel valutare se la formula del giuramento dei testimoni nel processo civile fosse discriminatoria osservo come « il diritto comparato - specie per ciò che riguarda i paesi più sensibili alla tutela dei diritti umani - dimostra che la legislazione e la giurisprudenza (ed in primo luogo quella

---

costituzionale) hanno fornito varie soluzioni al problema (formule di giuramento diversificate, formule prive di riferimenti alla Divinità, dichiarazioni simili alla promessa solenne prevista per il periodo di prova dei vincitori dei nostri concorsi statali)»

## ***Conclusioni***

Al principio di questo lavoro ci si riproponeva di conseguire tre ordini d'obiettivi: ricostruire, in primo luogo – così, come in effetti, si ritiene d'aver fatto nel corso dei primi due capitoli – il senso e la natura dell'indagine comparata a tutti i suoi livelli applicativi – la conoscenza ordinaria, l'analisi scientifica, l'indagine giuridica, la produzione e, soprattutto, l'interpretazione del diritto – inquadrando, per essa, il diverso modo di concepire il rapporto tra il *sé* e l'*altro*, così come la diversa natura delle attese di cui detta indagine è caricata da parte dell'uomo comune, dello scienziato, del giurista, del legislatore e, per concludere del giudice.

Tessere, in secondo luogo, un quadro sufficientemente chiaro ed esaustivo a dar conto della complessità dei profili teorici, ideologici e pratici che ruotano intorno al tema dell'interpretazione comparativa, ovviando, in tal modo, all'impostazione tendenzialmente riduzionista diffusa nella maggiore letteratura in materia – obiettivo che ci si auspica sia stato conseguito mediante l'analitica trattazione condotta nel terzo e nel quarto capitolo sulle ideologie e sulle prassi della comparazione giudiziale.

Domandarsi, da ultimo, se, e come, il panorama al fine delineato incida su un determinato modo di concepire i diritti fondamentali e, per essi, la funzione dell'apparato giudiziario, l'ermeneutica giuridica ed il paradigma stesso della Costituzione. Con riferimento a tale ultimo profilo, poiché si tratta di un tema incidentalmente sfiorato nel corso di tutto il lavoro, ma mai apertamente affrontato, è necessario che si spenda qualche parola in più.

Si faceva riferimento, nelle pagine introduttive, alla tesi ultimamente avanzata, tra gli altri, da Gustavo Zagrebelsky, secondo cui il rinnovato ruolo della comparazione nell'interpretazione costituzionale sarebbe il segno di un'epoca nuova, segnata – nelle parole dell'autore – *dalla rinascita dell'antica, e mai spenta, tensione tra ius e lex.*<sup>497</sup>

---

<sup>497</sup> G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, op. cit. p. 380 e ss.

Sostiene Zagrebelsky, nelle battute finali de *La legge e la sua giustizia*, che il superamento del *positivismo della Costituzione*, di un'immagine, vale a dire, che vede nel documento costituzionale un atto normativo intimamente legato ad una volontà costituente di ordine nazionale, non implica, per ciò solo, che si sposti l'asse dei processi di determinazione dei significati normativi nell'oscuro territorio dell'arbitrio politico. Si tratta, piuttosto, di abbracciare una concezione dualista, che affianchi alla *dimensione formale* del diritto, inteso quale atto di forza della legittima autorità espresso da un sistema di regole, la *dimensione materiale* che promana dalla *sostanza giuridica pre-positiva* a fondamento dei principi costituzionali.<sup>498</sup>

In una simile cornice, prosegue Zagrebelsky, le altrui giurisprudenze possono essere *elementi ostensivi del costituzionalismo odierno, che si diffondono non a partire da un centro di produzione giuridica formalmente abilitato, ma dall'interno delle costituzioni nazionali, attraverso l'apertura che è implicita nelle loro disposizioni di principio.*<sup>499</sup>

«Compito dei giudici costituzionali – conclude l'autore – è di essere contemporaneamente organi della loro costituzione e organi del federalismo delle costituzioni[ ...]. la loro responsabilità è nel promuovere uno sviluppo che senza tradire la loro natura di giudici, non di legislatori, concili le differenze degli elementi nella convergenza del movimento».<sup>500</sup>

Domandiamoci a questo punto, se una simile rappresentazione trovi corrispondenza nello scenario delle pratiche dell'interpretazione comparativa che abbiamo avuto modo di rappresentare. È veramente ad una sostanza prepositiva, che promana da una più diffusa specie di coscienza sociale, ad una qualche sorta di sovra-costituzione transnazionale<sup>501</sup>, che fa appello il giudice nel richiamarsi alle pronunce altrui in materia di diritti? È ad una ragionevole mediazione tra *ius e lex*, lontana anni luce dal territorio dell'arbitrio politico, che pone mano il giudice comparatista di cui parla Basil Markesinis?

---

<sup>498</sup> Ivi, p. 381

<sup>499</sup> Ivi, p. 401

<sup>500</sup> Ivi, p. 410

<sup>501</sup> Ivi, p. 398

I risultati di questa ricerca conducono, ad avviso di chi scrive, a formulare conclusioni di tutt'altro genere. È indubbio, per un verso, che la rappresentazione d'un diritto costituzionale quale manufatto umano radicalmente ancorato ad un territorio sovrano e ad una coscienza di popolo non trova più rispondenza nel dato che emerge dalle pratiche giudiziarie. Si può obiettare, è chiaro, che si tratti d'un dato parziale, episodico, non paradigmatico dell'ermeneutica costituzionale. Rimane il fatto, in ogni caso, che, occasionale o di regola che sia, esso è ormai parte della storia delle cronache giudiziarie, ed è storia che ha segnato, e continua a segnare, mutamenti rilevanti nell'evoluzione dei sistemi costituzionali contemporanei.

D'altro canto, e per altro verso, è altrettanto indubbio che affermare che il panorama transnazionale segni la svolta materiale e sostanzialista del diritto costituzionale è cosa tutt'altro che semplice da dimostrare. Anzitutto poiché le pratiche dell'argomentazione autoritativa, di cui i casi *Lawrence contro Texas*, o *Roper contro Simmons* forniscono un'esauriente esemplificazione, smentiscono a pieno l'idea che l'interpretazione comparativa segni l'abbandono *dell'argomento formale, poggiato sulla forza dell'autorità*, a vantaggio delle ragioni di contenuto. Il principio maggioritario che ne costituisce il cuore argomentativo, infatti, poco o nulla ha a che vedere con le considerazioni che attengono alla natura, o ai contenuti, dei diritti al vaglio. Né, d'altro canto, segnali più rassicuranti ci vengono forniti dagli usi sostanziali. Per quanto ci si sia sforzati, e non una sola volta, d'indagarne le trame di senso, la relazione tra Giustizia e *foreign law*, in questi, come negli altri casi, è rimasta criptica, arcana, tutt'altro che logica. Può ben ammettersi – è solo questione di crederci e di accettarne le implicazioni – che esista un'idea superiore di Giustizia, e che su una simile idea vadano informate le pratiche applicative del diritto. Ma cosa renda una decisione sui diritti conseguita nel confronto con le esperienze giuridiche altrui più giusta, o corretta, di un'analogia decisione cui si sia addivenuti per vie distinte, continua ad essere questione tutt'altro che chiara.

L'immagine del giudice comparatista, può concludersi, è in bilico tra due estremi: tra chi cerca, nelle conclusioni altrui, una maschera legittimante che valga a coprire – richiamando, ancora, la felice espressione di Waldron – il senso di nudità intellettuale che è tipico del dilemma etico e chi, all'opposto, abbandonando

qualsivoglia specie di cornice giustificatoria, rivendica, nel *foreign law*, e più in generale, nell'interpretazione giuridica, lo spirito d'un diritto fatto – nelle parole di Duncan Kennedy – di *contraddizione, straniamento, pulsione, ironia, ambiguità, sconforto, estasi e struggimento*.<sup>502</sup>

All'osservatore esterno non rimane che da stupirsi. Come il sig. Palomar<sup>503</sup> intento a scrutare un'onda – ci dice William Twining<sup>504</sup> – allo stesso modo lo studioso del diritto si ritrova davanti agli occhi un oggetto duttile, cedevole, instabile, imprevedibile, contraddittorio, refrattario alle definizioni: *a ogni momento che crede d'esser riuscito a vedere tutto quel che poteva vedere dal suo punto d'osservazione, salta fuori sempre qualcosa di cui non aveva tenuto conto*.<sup>505</sup>

---

<sup>502</sup> Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication: fin de siècle*, Harvard University Press, Cambridge, 1997, 345.

<sup>503</sup> I. Calvino, *Palomar*, Oscar Mondadori, Milano, 1994.

<sup>504</sup> William Twining, *Globalization and Legal Theory*, Londra, 2000, p.174.

<sup>505</sup> I. Calvino, *Palomar*, op. cit. p. 8.



## ***Bibliografia***

- N. Abbagnano, Dizionario di Filosofia, Utet, Torino, 1998.
- T. Adorno, Dialettica negativa, *Iride*, XVII, 2004.
- R.P. Alford, *Ucla Law review*, 52, Feb. 2003, N.3.
- R. P. Alford, In search of a Theory for Constitutional Comparativism, *52 Ucla Law Review* 639 (2005).
- R.P.Alford, Four mistakes in the debate on Outsourcing Authority, *Albany Law Review*, 69, 2006.
- Guido Alpa, *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, Milano, Giuffrè, 2006.
- T. Annus, Comparative Constitutional Reasoning: the law and the strategies of selecting the right arguments, *Duke J. of Comp. & Int'l L301*, Vol. 14.
- M. A. Arbib e Mary B. Hesse, *La costruzione della realtà* (1986), Il Mulino, Bologna, 1992.
- P. S. Atiyah e R.S. Summers, *Form and substance in Anglo-American law*, Oxford University Press, 1987.
- G. Bateson, *Mente e Natura* (1979), Adelphi, Milano, 1984.
- C. Baudenbacher, Judicial globalization: New Development or Old wine in new bottles? *Tex. Int. l L. J.*, 505, 2003.
- C. Baudenbacher, Globalization of the judiciary, *Tex. Int'l L. J.*, 397, 2003.
- Z. Baumann, *Globalizzazione e glocalizzazione*, Armando Editore, Roma, 2005.
- J. Beatson, T. Tridimas (eds) *New Directions in European Public Law*, Hart, London, 1998.
- R. Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, 1992.
- N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.
- N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993.
- M. Burger et C. Calame, *Comparer les comparatismes*, Edidt-Archè, Paris-Milano, 2006.

- M. Bussani e U. Mattei, *The Common Core Approach to European Private Law*, 3 *Columbia J. Eur. L.* (1997-8).
- G. Canivet, M. Andenas & D. Fairgrieve (eds), *Comparative Law Before the Courts*, British Institute of International and Comparative law, 2004.
- P. G. Carrozza, *My Friend Is a Stranger: The Death Penalty and the Global *lus Commune* of Human Rights*, 81 *Tex. L. Rev.* 2002-2003.
- M. Cartabia, *I Diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- A. Cassese, *Diritto Internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- A. Cassese, *International Law*, Oxford University Press, 2005.
- S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma - Bari, 2007.
- P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- S. Choudhry, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, (1999) 74(3) *Indiana Law Journal* 819-892.
- J. Combacau e S. Sur, *Droit International Public*, Montchrestien, Paris, 1981.
- Condillac, *Logique*, parte I, cap. VII.
- B. Conforti, *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1999.
- L. Cozzolino, *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003.
- J. C. Dammann, *The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation*, *St. Thomas law Review*, vol. 14.
- R. David, *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Vol. II, voce “Comparazione Giuridica”.
- A. Del Vecchio, *Giurisdizione Internazionale e globalizzazione*, Giuffrè, Milano, 2003.
- J. Derrida, *Des Tours de Babel*, *Semeia* 54 (1991).
- J. Dewey, *Logica, teoria dell'indagine* (1938), Einaudi, Torino, 1949.
- N. Dorsen, *A Conversation between U.S. Supreme Court Justices*, 3 *Int'l J. Const. L.* 2005.

- U. Drobnig e S. Van Erp Kluwer ,The Use of Comparative Law by Courts, Law International, The Hague, London , Boston, 1999.
- R. Dworkin, Freedom's Law, The Moral Reading of the American Constitution, Oxford University Press, New York, 1996.
- U. Eco, Lector in fabula, Bompiani, Milano, 2006.
- S. Eng, Ragion Pratica, Il Mulino, Bologna, 1996.
- E.E. Evans-Pritchard, The comparative method in social anthropology, London, Atlon Press, 1963.
- M.R. Ferrarese, Diritto sconfinato, Laterza, Roma – Bari, 2006.
- R. Fideli, La comparazione, Franco Angeli, Milano, 1998.
- C. Flanders, Toward a theory of persuasive authority, Saint Louis U. Legal Studies Research. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1348075>.
- G.P. Fletcher, Comparative law as a subversive discipline, Am. our. Comp. 683, 1998.
- C. Focarelli, Lezioni di Diritto Internazionale, I e II, Cedam, Padova, 2008.
- D. Fontana, Refined Comparativism in Constitutional Law, 49 UCLA Law Review 539 (2001).
- D. Fontana, The next generation of transnational/domestic constitutional law scholarship: a reply to professor Tushnet, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. XX, 2005.
- C. A. Ford, Judicial Discretion in International Jurisprudence: art. 38 (1) © and General Principle of Law, 5 Duke J. Comp. & Int'l L. 35 1994-1995.
- G. Frankenberg, Comparing Constitutions: Ideas, ideals, and ideology toward a layered narrative, 4 Int'l J. Const. L. 439 2006.
- C. Fried, Scholars and Judges, 23 Harv. J. L. 6 Pub. Pol.y 821 1999 – 2000.
- W. Friedmann, 57 Am. J. Int'l L. 279 1963.
- H.G. Gadamer, Verità e Metodo (1960), Bompiani, Milano, 2004.
- G. Gaja, Principi generali del diritto (dir. internaz.), in Enciclopedia del Diritto, XXXV, 1986.

- A. Garapon e C. Guarnieri, *La Globalizzazione giudiziaria*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- P. Glenn, *Persuasive Authority*, 32 *McGill L. J.* 297 1986-1987.
- M. A. Glendon, *Judicial Tourism, What's wrong with the U.S. Supreme Court citing foreign law*, *The Wall Street Journal*, Sept. 16, 2005.
- G. Gorla, *Diritto Comparato*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII, Giuffrè, Milano, 1984.
- G. Gorla, *Diritto comparato e straniero*, *Enciclopedia giuridica*, Vol. XI, Treccani, Roma, 1988.
- R. Guastini, *Fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990.
- R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004.
- Peter Häberle, *La giurisdizione costituzionale nell'attuale fase di sviluppo dello stato costituzionale*, disponibile in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).
- Hegel, *Scienza della Logica*, terzo libro.
- L. Henkin, *A new birth of Constitutionalism: genetic influences and genetic defects*, 14 *Cardozo L. Rev.* 1992 – 1993.
- The Honourable Claire L'Heureux-Dubé, *The importance of dialogue: Globalization and the international impact of the Rehnquist court*, 34 *Tulsa L. J.* 15 1998-1999
- M. Ignatieff, *American Exceptionalism and human rights*, M. Ignatieff (ed) Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2005.
- L. Jaucourt, *Voce Comparaison*, in *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, ed. Denis Diderot and Jean le Rond D'Alembert, vol. III, disponibile in University of Chicago : ARTFL Encyclopédie Projet (Spring 2010 Edition), Robert Morrissey (ed), <http://encyclopedia.uchicago.edu/>.
- O. Kahn-Freund, *Uses and Misuses of Comparative Law*, 37 *Mod. L. Rev.* 15, 1974.
- Duncan Kennedy, *A critique of Adjudication: fin de siècle*, Harvard University Press, Cambridge, 1997.
- T. Khun, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche (1962)*, Einaudi, Torino, 2009.

- K. Knorr, *The manufacture of knowledge*, Pergamon Press, Oxford, 1981.
- Harold Koh, *International Law as Part of Our Law*, *American Journal of International Law* 98 (2004).
- N. Larsen, *Importing Constitutional Norms from a “Wider Civilization”*, 65 *Ohio St. L. J.* 1284 2004.
- P. Legrand, *Questions à Rodolfo Sacco*, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 47 N°4, Octobre-décembre 1995, pp. 943-971.
- P. Legrand, *European Systems are not converging*, *International and Comparative Law Quarterly* (1996, 45, Cambridge University Press).
- P. Legrand, *How to compare now?* (1996) 16 *Legal Studies*.
- P. Legrand, *The impossibility of legal transplants*, *Maastricht journal of European and comparative law*, 4, 1997.
- P. Legrand & R. Munday, *Comparative legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 2003.
- P. Legrand, *Paradoxically, Derrida: for a comparative legal studies*, 27 *Cardozo L. Rev.* 631 2005-2006.
- P. Legrand, *Comparer les droits, résolument*, PUF, Paris, 2009.
- Lijphart, *Il metodo della comparazione*, *Rivista italiana di scienza politica*, 1971, Il Mulino, Bologna.
- J. Locke, *Saggio sull’Intelletto Umano* (1690), Officine grafiche La scuola, Brescia, 1985.
- Lollini, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, *DPCE*, n° 1, 2007.
- M. Luciani, *costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, testo disponibile sul sito [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).
- J.F. Lyotard, *La condizione postmoderna* (1979), Feltrinelli, Milano, 2007.
- B. Marquesinis, *Il metodo della comparazione*, Giuffrè, Milano, 2004.
- B. Marquesinis e J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero, La pratica del diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 2009.

- U. Mattei, *Comparative law and economics*, Ann Arbor 1998.
- C. McCrudden, *A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversation on Constitutional Rights*, *Oxford J. Legal Studies* 499, 516-27 (2000).
- F. Mélin-Soucramanien ( a cura di), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005.
- G. M. Merlo, *Grande Dizionario Enciclopedico UTET*, voce.
- R. Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, in M. Reimann & R. Zimmermann (eds), *The Functional Method of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006.
- J. S. Mill, *A System of Logic, A System of Logic - Ratiocinative and Induttive*, Parker, London, 1843
- J. J. Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución* Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- H. Mosler, *General Principles of Law*, R. Bernhardt (ed), *Encyclopaedia of Public International Law*, vol. II, (1992).
- Horatia Muir-Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52 n.3, Juillet-septembre, 2000.
- F. Ost F. Ost and M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis*, 2002.
- E. Örüçü, *Methodology of Comparative Law*, in Jan M. Smits(ed), *Elgar Encyclopaedia of Comparative Law*, Edward Elgar, 2006.
- A. Pace (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006.
- B. Pastore, *Per Un'Ermeneutica dei Diritti Umani*, Giappichelli, Torino, 2003.
- E. Picard, *L'état du droit comparé en France*, *Revue internationale de droit comparé*, Année 1999, Volume 51, Numéro 4, pp. 885-915.
- K. A. Perales, *It Works fine in Europe, so why not here? Comparative law and constitutional federalism*, 23 *Vt.L. Rev.* 885 1998-1999.
- C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), Torino, Einaudi, 2001.

- V. Perju, The puzzling parameters of the foreign law debate, 2007 Utah L. Rev. 167.
- C. Pierce, Sull'autorità quale *metodo di fissazione delle credenze*: Scritti di filosofia, ed. Fabbri, Bergamo, 1997.
- G. Pino, Diritti e interpretazione, Il Mulino, Bologna, 2010.
- A. Pizzorusso, Sistemi giuridici comparati, Milano, Giuffrè, 1998.
- E. A. Posner e C. R. Sunstein, The Law of Other States, 59 Stan. L. Rev. 2006-2007.
- R. A. Posner, The Supreme Court. Foreword a political court, 119, Harv. L. Rev. 32, 2005- 2006.
- R. A. Posner, How judges think, Harvard University Press, Cambridge, 2010.
- M. D. Ramsey, International materials and domestic rights: reflection on Atkins and Lawrence, in 98 Am. J. Int'l L. 69, 2004.
- J. Rawls, Liberalismo politico (1993), a cura di S. Veca, Edizioni di Comunità, Milano, 1994.
- J. Raz, The Authority of Law, Clarendon Press, Oxford, 1979.
- H. Reichenbach, La nascita della filosofia scientifica (1951), Il Mulino, Bologna, 1961.
- P. Ricoeur, Interpretazione e/o argomentazione, Ars Interpretandi, 1996.
- P. Ricoeur, Il paradigma della traduzione, Ars Interpretandi 2000.
- A.J.Rodríguez Carrión, Lecciones de Derecho Internacional Público Tecnos, Madrid, 2000.
- N.Q. Rosenkranz, Condorcet and the Constitution: a response to the law of other states, Stanford Law Rev. Vol 59, Issue 5.
- R. Sacco, Introduzione al Diritto Comparato, Utet, Torino, 1992.
- R. Sacco, Lingua e diritto, Ars Interpretandi Cedam, Padova, 2000.
- G. Samuel, Epistemology and comparative law, in Epistemology and Methodology of Comparative Law, M. Van Hoecke (ed), Hart, 2004.
- G. Sartori, La politica comparata: premesse e problemi, in Rivista italiana di scienza politica, Il Mulino, Bologna, 1971.

- G. Sartori, *La comparazione nelle scienze sociali*, a cura di G. Sartori e L. Morlino, Il Mulino, Bologna, 1991.
- Scalia & S. Breyer, *A conversation between supreme judges*, 3 *Int'l J. Const. L.* 2005.
- F. Schauer, *Free speech and the cultural contingency of constitutional categories*, 14 *Cardozo L. Rev.* 865 1992-1993.
- F. Schauer, *Authority and Authorities*, 94 *Va. L. Rev.* 2008.
- A. Schiavello, V. Velluzzi, *Il positivismo giuridico contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2000.
- R. B. Schlesinger, *Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, 51 *Am. J. Int'l L.* 734 1957.
- J.R. Searle, *La costruzione della realtà sociale (1955)*, Einaudi, Milano, 2006.
- M. Shapiro, *The Globalization of Law*, *G.L.S.J.*, 1993.
- A. M. Slaughter, *Judicial Globalization*, 40 *Va Int'l L.* 1103 1999-2000.
- A.M. Slaughter, *A Global Community of Courts*, *Harv. Int'l L.J.* 193, 2003.
- A.M. Slaughter, *A typology of transjudicial communication*, 29 *U. Rich. L. Rev.* 99; *Judges as cosmopolitan actors*, P. Shiff Bermsn, 12 *Tul. J. Comp. & Int. L.* 109, 2004-2005.
- N.L.Smelser, *La comparazione nelle scienze sociali (1976)*, Il Mulino, Bologna, 1982.
- A. Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2002.
- A. Somma, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, num. 116, mayo-agosto de 2006.
- G. Tarello, *L'interpretazione della Legge*, Giuffrè, Milano, 1980.
- R. Teitel, *Comparative Constitutional law in a global age*, 117 *Harv. L. Rev.* 2570 2003-2004.
- G. Teubner, *Legal Irritants: good faith in British Law or How unifying law ends up in new divergences*, in *The Modern Law Review*, vol. 61, January, 1998.



- L.A. Thio, *Beyond The Four Walls In An Age of Transnational Judicial Conversations Civil Liberties, Right Theories And Constitutional Adjudication In Malaysia And Singapore*, 19 *Columb. J. Asian. L.* 428.
- I. Trujillo, *Giustizia globale*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- J. Tsen-Ta Lee, *Interpreting bills of rights: The value of a comparative approach*, in (2007) 5 *International Journal of Constitutional Law* 122-152.
- M. Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 *Yale L.J.* 1998-1999.
- M. Tushnet, *When is Knowing Less Better Than Knowing More? Unpacking the Controversy over Supreme Court Reference to Non-U.S. Law*, 90 *Minn. L. Rev.* 1275 2005-2006, 2
- W. Twining *Globalization and legal theory*, Butterworths, London-Edimbourg-Dublin, 2000.
- M. Van Hoecke, *Epistemology and Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2004.
- C. Vigour, *La comparaison dans les sciences sociales*, Ed. La Découverte, Paris, 2005.
- V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 1993.
- V. Villa, *Costruttivismo e Teorie del Diritto*, Giappichelli, Torino, 1999.
- V. Villa, *Il positivismo giuridico, metodi, teorie e giudizi di valore*, Giappichelli, Torino, 2004.
- V. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, *Ragion Pratica*, giugno 2010.
- F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000.
- F. Viola e G. Zaccaria, *Diritto e Interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 2001.
- A. Watson, *Il trapianto di norme giuridiche* (1974), Edizioni scientifiche italiane, Camerino, 1984.
- J. Waldron, *Foreign law and the modern Ius Gentium*, 119 *Harv. L. Rev.* 129.

- Watson, Legal transplants and European private law, *Ius Commune Lectures on European Private Law*, Vol 4.4, *Electronic Journal of Comparative Law* (December 2000), [http://www.ejcl.org/ejcl/44/44\\_2.html](http://www.ejcl.org/ejcl/44/44_2.html).
- B. L. Whorf, *Language Thought and Reality*, Cambridge Mass., 1956.
- William Wundt, *Compendio di psicologia (1896)*, C. Clausen, Torino, 1900.
- P. J. Yep, The United States: Toward a Worldwide Use of Interpretive Modes of Comparative Reasoning, 39 *U.S.F.*
- E. A. Young, Foreign Law and the denominator problem, 119 *Harv. L. Rev.* 148 2005-2006.
- G. Zaccaria, *Tradurre e interpretare, Ars Interpretandi*, Cedam, Padova, 2006.
- G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- K. Zweigert e H.J. Puttfargen *Critical Evaluation in comparative law*, *Adelaide Law Review* 5 (4) 1976.
- K. Zweigert e H. Kötz, *Introduzione al Diritto Comparato (1984)*, Giuffrè, Milano, 1992.