

Relazione finale

Iper-costituzione, decostruzione della *Stufenbau* e nuovi criteri legittimativi del diritto

di Lucio Pegoraro

Abstract: Hyper-Constitution, Constitution, and the Sources of Law – The first part of the essay addresses the methodological issues of the study on the sources of law. Starting from the analysis of the reports presented at the conference and the global literature on this topic, the argumentative pattern underlines the confusion often existing between two conceptions of the legal sources, and points out the trend in using the “internal” or “dogmatic” ones, even in comparative legal studies. This approach merges the form and the substance, as well as domestic and comparative law. The second part of the essay is devoted to the construction of a “hyper-constitution” that claims to be global even if it is based only on Western values and on its “colonial” and “imperialist” features. Subsequently, the essay analyzes the apparatuses and the distortion of the legal sources’ systems, critically addressing the collusion of the constitutional doctrine and of the constitutional and transnational judges, basically negligent towards values of other legal traditions

Keywords: Sources of Law, Constitutional Law, Globalization, Hyper-Constitution.

*La Seconda Fondazione era una società egualitaria
in tutte le sue manifestazioni formali,
cioè in quelle poco importanti.*

Isaac Asimov, Foundation’s Edge, 1982

PARTE I

QUESTIONI METODOLOGICHE

1. Premessa

Il titolo del mio contributo – “Relazione finale”, e non “di sintesi” – mi esime dal ripercorrere i tanti contributi sviluppati nei tre giorni del

* Articolo scritto nell’ambito del PRIN 2017 “From Legal Pluralism to the Intercultural State. Personal Law, Exceptions to General Rules and Imperative Limits in the European Legal Space” (PI – prof. Lucio Pegoraro – CUP J34I19004200001).

convegno, non certo dal proporre alcune considerazioni sullo sviluppo del dibattito.

Osservo preliminarmente che – pur in un incontro dedicato a “sistemi normativi” e “fonti di produzione” – in queste giornate si è parlato di tutto o quasi tutto ciò che riguarda il diritto, dandosi per scontata l’equazione fonti = diritto; trova in ciò spiegazione la varietà dei temi trattati, si giustificano commistioni a volte difficili da intuire nell’ambito delle singole sessioni, e i lessici anfibologici utilizzati. Si aggiunga che è presente pure il diritto europeo (declinato a volte in senso monista e non comparatistico)¹.

2. Una valutazione complessiva: metodo quantitativo

Una prima considerazione è che, presi uno a uno, tutti i contributi, quale più e quale meno, contribuiscono ad arricchire la scienza. Ma – diceva il grande Totò – «è la somma che fa il totale»², e ad essa si rivolge la mia attenzione. Il problema si presenta anche in altre sedi. Nella valutazione della ricerca, ciascuno scritto deve essere vagliato per quello che è, e non in relazione ad altri; è anche vero però che, qualora un valutatore assegni tutti i “prodotti” a lui attribuiti alla fascia di eccellenza, o un altro valutatore tutti alla fascia di più basso valore, vuol dire che qualcosa non funziona, e l’universo analizzato viene rappresentato in modo distorto. In una tornata di lauree, può capitare che un relatore presenti quattro candidati meritevoli del massimo punteggio; sarebbe però inquietante se alla fine dell’anno accademico *tutti* i candidati presentati da quel relatore ottenessero *sempre* il massimo punteggio. Se, com’è accaduto, un giudice annulla *tutte* le “multe” per violazione del codice della strada comminate dai vigili di una piccola città, nessuna esclusa, il caso finisce sui giornali. In altre parole, quando c’è possibilità di discriminare fuori di scelte dicotomiche, i risultati complessivi si dovrebbero distribuire secondo una curva simmetrica, “a campana” (o “gaussiana”): la maggior parte concentrati nella zona media, e via via meno numerosi a mano a mano che ci si allontana dalla media nei due sensi³.

¹ Anche in tempi recenti, non ho lesinato critiche alla produzione scientifica raggruppata sotto l’etichetta “diritto pubblico comparato”. In particolare, scrivevo in *Il diritto pubblico comparato in cerca di una identità (per i vent’anni di DPCE)*, in *DPCE online*, n. 1, 2020, 811 ss.: «I 33 contributi contenuti nel numero “gold” di DPCE danno buona mostra della eterogeneità della disciplina. Compiono scritti di diritto puramente italiano, di puro diritto straniero, di comparazione “verticale”, di comparazione diacronica, di micro comparazione, di comparazione dentro sistemi complessi (Islam, e soprattutto Europa), di comparazione *tout-court* (non dunque solo pubblicistica), di comparazione costituzionalistica, di metodo ... ». E ho denunciato la difficoltà di essere allo stesso tempo giurista “autoctono” e comparatista: come scrive B. Fauvarque-Cosson, *Development of Comparative Law in France*, in M. Reimann, R. Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York, 2006, 61, «it is impossible to be both a comparatist and a good French lawyer».

² Totò, *Fabrizi e i giovani d’oggi*, 1960.

³ Rinvio all’*Introduzione* del mio *Diritto pubblico e sistemi costituzionali comparati. Itinerari di apprendimento e di verifica*, 2^a ed., Torino, 2.

Faccio aggio delle teorie matematiche sulla fallacia dello scommettitore (e quindi sulla valutazione probabilistica del singolo lancio di una moneta, e di una sequenza ampia di lanci), né mi soffermo sui vari teoremi elaborati in proposito, anche con l'apporto di statistici e psicologi⁴; il numero elevato di contributi proposti consente di dare una valutazione di insieme⁵.

Desidero intanto chiarire – in sintonia con quanto appena affermato – che non c'è nulla di male, anzi!, nello scrivere anche lavori di diritto interno, o di diritto meramente straniero. Tutti o quasi tutti, me compreso, ci siamo cimentati all'inizio col diritto della Ciociaria, per poi passare a comparare il Tirolo del sud con quello del nord, e poi abbiamo studiato la Svizzera, per infine addentrarci, qualcuno, in cose più varie e diverse. Le mie pagine polemiche sono state e sono rivolte solo a chi – come il padre di Boris Grushenko (Woody Allen) nelle scene iniziali di *Amore e guerra* – resta abbarbicato alla zolla fino alla morte, tanto da portarsela sempre dietro.

Cerchiamo allora di capire cosa viene fuori dal *complesso* delle relazioni presentate, cominciando dalle aree e materie indagate, per poi ragionare sui problemi lessicali, epistemologici, teorico-generalisti e politici che ne derivano. Nella seconda parte mi fermerò invece sul grande assente, il convitato di pietra di questo incontro: quella che chiamo “iper-costituzione”.

3. Le aree territoriali/culturali e i temi indagati

Le relazioni presentate nelle tre giornate sembrano marcare un segnale, se non di cambiamento, di parziale correzione di rotta, almeno da un punto di vista: quasi tutti i contributi – tranne pochi casi in cui la *mentalità* dogmatica, tipica dello studioso di diritto interno non educato alla comparazione, continua a manifestarsi in modo forte – si sviluppano secondo le coordinate del diritto comparato, in senso largo. Molti giovani

⁴ Ovvero, la falsa convinzione che eventi del passato possano influire su quelli futuri nella sfera di attività governate dal caso: v. ad es. I. Todhunter, *A History of the Mathematical Theory of Probability, from the Time of Pascal to that of Laplace*, Cambridge-London, 1865; G.A. Barnard, *Studies in the History of Probability and Statistics: IX. Thomas Bayes' Essay Towards Solving a Problem in the Doctrine of Chances*, in *Biometrika*, n. 45 (3-4), 1958, 293 ss.

⁵ La critica mossa da qualche autore a studi basati su metodi quantitativi non mi pare serva a mascherare la tirannia dei numeri: se il numero di oggetti analizzati è statisticamente significativo, è possibile capire quali sono gli interessi e i metodi della dottrina, come già è stato con i 33 articoli raccolti nel fascicolo per i 20 anni di *DPCE* (su cui cfr. nt 1), o gli oltre 2000 scritti catalogati in *Il diritto all'aperitivo, ovvero: una (micro) meta-ricerca sulle curiosità della dottrina giuspubblicistica (e non solo) in tempi di pandemia*, destinato agli *Studi in onore di G.F. Ferrari*. Se così non fosse, il nostro lavoro principale, che è quello di trovare connessioni tra fatti e atti isolati, e individuare le tendenze che esprimono, sarebbe inutile. Non si capirebbe ad es. perché mai pubblicare le rassegne giurisprudenziali, invece di limitarsi a stampare le singole sentenze. Su queste tematiche v. la parte monografica dell'*Ann. dir. comp. st. leg. 2012*, “Misurare il diritto”, e già C.C. Ragin, *The Comparative Method: Moving beyond Qualitative and Quantitative Strategies*, Berkeley, 1987.

hanno cominciato col piede giusto, e cioè da fuori casa, e dunque corrono meno il rischio di studiare le fonti (e altri temi) restando avviluppati nella melassa crittotipica del proprio diritto e di schemi mentali metabolizzati, tetragoni all'apertura e alla comprensione del pluralismo che le caratterizza.

È ancora eterogeneo l'apporto degli studiosi di diritto europeo nell'alveo della comparazione. Diritto monista e dogmatico, al pari dei diritti nazionali, si distacca dalla matrice tradizionale quando – come nella terza sessione e in alcuni altri interventi – studia la dinamica dei fenomeni di integrazione; ne resta invischiato se, come in qualche altro caso, continua a osservare i fenomeni da una prospettiva “internistica”, non diversa da quella dei costituzionalisti.

Resta però comunque, in molti, un marcato eurocentrismo, d'altronde giustificabile, se non altro, per il doveroso rispetto per le “istanze del ricevente”, come dicono i traduttologi⁶.

Dalla prospettiva territoriale, non c'è nulla sulla Cina, c'è di più sull'Asia (le relazioni della sessione 4, e qualche altro contributo); ci si occupa finalmente dell'Africa (sessione 4 e altre altrove); l'area latinoamericana si caratterizza talora per letture occidentaliste; molto presente è l'Islam, che però è extra-territoriale.

Dall'angolatura contenutistica, prevalgono i temi classici del diritto comparato pubblico: il decentramento, le Corti, l'interpretazione, i diritti, la sovranità, la democrazia, il governo, i processi decisionali, cui si aggiungono la tecnologia e l'informatica, ecc. Temi, tutti questi, che scontano un'accezione monista e non plurale, dove la comparazione è circoscritta a un'area territoriale/culturale ben delimitata. Un'accezione, dunque, che è una sineddoche: la parte come tutto; un'accezione micro-comparativa, sviluppata *dentro* una categoria, che serve, è utile, indispensabile per capire, ma che non sempre trova sbocco in conclusioni più ampie⁷.

In compenso, vengono proposte interpretazioni “trasversali” delle

⁶ Vedi M. Manfredi, *Traduzione giuridica*, in L. Pegoraro (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Roma, 2009, 267 s., trad. sp. *Traducción jurídica*, in Id. (ed.), e E. Ferrer MacGregor, M. Nuñez, C. Astudillo, G. Enríquez Fuentes, P. Torres Estrada (coords), *Glosario de Derecho Público comparado*, México, 2012, 385 s.

⁷ Quando, nel secolo scorso (e anche ora) si ragionava di diritto straniero, si faceva (e si fa anche oggi) riferimento alla dimensione statale: “micro” comparatista è chi compara qualcosa della Francia, o della Slovenia, a qualcosa dell'Italia. (Di solito, si comincia col comparare il proprio ordinamento, quello metabolizzato.) “Macro” comparatista è chi fa il balzo nell'iperspazio, e raggruppa o divide in base a somiglianze e differenze profonde. Oggi, la dimensione statale si fa più evanescente: proiezioni internazionali del diritto (unioni territoriali, Corti, ecc.), globalizzazione e tecnologia tendono a relegare in un cono d'ombra le differenze tra istituti degli ordinamenti statuali dentro il diritto occidentale. V. da ultimo il bel libro di S. Mancuso, *Liquidità e comparazione: un breve viaggio tra diritto, antropologia e sociologia*, Pisa, 2018, e specialmente l'imprescindibile saggio di M. Carducci “*Ragione politica*” della comparazione e “costituzionalizzazione” delle tassonomie, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4, 2017, 1097 ss.

tradizioni giuridiche, soprattutto nella sessione 3 e nella sessione parallela 4, intitolata “Oltre la tradizione giuridica occidentale”, ma qui e là anche altrove. Più d’una è segnata da scelte epistemologiche precise, volte a superare le *mentalità* – direbbe Sacco⁸ – che caratterizzano molti autori abituati a studiare le tradizioni diverse come se fossero entomologi, dall’alto, oppure ne dimenticano l’esistenza, o le relegano nella sfera del residuale o persino dell’irrelevante, dedicando loro miseri cenni anche se permeano e guidano il comportamento di gran parte dell’umanità.

Numerosi contributi presentati nel convegno mi sembrano indirizzati verso l’apertura: evidentemente in molti si sono accorti che il mondo cambia; che cambiano anche le fonti coloniali e post-coloniali, che l’anelito globalizzatore assistito dalla dottrina prevalente incontra resistenze non necessariamente nefaste; che proporre “l’orgia dei diritti umani”⁹ come unico antidoto è insufficiente. Il mio auspicio è che i mattoni qui accatastati servano per costruire, un domani, la casa di un diritto delle fonti, delle famiglie, delle tradizioni e delle forme di Stato liberato dalla schiavitù delle appartenenze.

4. Il problema lessicale

I problemi lessicali nello studio delle fonti sono sempre stati al centro delle discussioni tra teorici, giuristi e filosofi del diritto¹⁰, e molti di essi vengono fuori dall’ascolto e la lettura degli interventi, anche se quasi nessuno chiarisce in che senso usa la parola “fonti”, né un solo contributo, a parte alcune pagine della relazione introduttiva di Martinico, e taluni cenni nelle relazioni di sintesi, è dedicato alla definizione, e ai cambi di definizione, della parola in questione. Eppure, il tema continua a restare centrale per i comparatisti, perché si collega proprio a quello che diciamo e scriviamo, e a come lo diciamo e scriviamo. Semantica e teoria generale si incrociano, per cui tratterò brevemente qui, in modo congiunto, alcune questioni comuni, senza dovermi ripetere oltre nel § dedicato alla teoria¹¹.

⁸ «Normalmente – scrive R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Torino, 1992, in Id. (ed.), *Trattato di Diritto comparato*, 128 –, un giurista appartenente ad un sistema dato prova maggiore difficoltà a liberarsi dall’insieme dei crittotipi presenti nel suo sistema, che non ad abbandonare le regole di cui sia pienamente consapevole. Questa soggezione ai crittotipi costituisce la mentalità del giurista di un determinato paese. E la differenza di “mentalità” rappresenta il principale ostacolo alla comprensione fra giuristi di provenienza territoriale diversa; ad esso si può ovviare soltanto con l’esercizio della comparazione, a livello sistemologico e istituzionale».

⁹ G.U. Rescigno, *La teoria costituzionale di Luigi Ferrajoli*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2008: v. *infra*, § 4.1.

¹⁰ V. per tutti U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, nuova ed. (a cura di A. Pintore), Milano, 1985, e ora le osservazioni di E. Mostacci, *Il diritto pigro. Appunti per una metodologia di analisi del testo giuridico quale macchina presupposizionale corale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2021, 401 ss.

¹¹ Spiega R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010, trad. sp. *Las fuentes*

«Le difficoltà insite nella traduzione giuridica – scrive Marina Manfredi – sono molteplici e riconducibili a vari fattori: accanto a problematiche di natura più strettamente linguistica e comunicativa, ne emergono altre con implicazioni di ordine culturale, comparativo e giuridico. La traduzione giuridica può essere infatti definita come un trasferimento interlinguistico e legale.

In un’ottica traduttiva, il passaggio da una lingua-cultura a un’altra di un linguaggio specialistico generalmente considerato impervio, come quello del diritto, appare complesso, non solo per la sua indeterminatezza, legata al contesto storico-culturale che lo ha prodotto, ma anche per il suo carattere intricato a livello lessico-grammaticale e per la ricorrenza di particolari modalità testuali e discorsive, differenti in ciascuna lingua. Tradizionalmente, le difficoltà tipiche della traduzione giuridica sono state per lo più circoscritte a questioni terminologiche, senza dubbio di rilievo, ma non esclusive, vista la peculiarità di aspetti anche semiotici, pragmatici ed ermeneutici»¹².

Tutti conoscono, o dovrebbero conoscere, la differenza tra punti di vista interno ed esterno alle norme (e alle fonti che le generano). Punto di vista “interno” rispetto alle norme è quello di chi le assume, rispetto a un ordinamento giuridico, «a guida della condotta e criterio di valore»; per chi le guarda dal punto di vista “esterno”, «l’esperienza è concepita quale insieme di fatti, collegati da relazioni causali, dialettiche ecc.»¹³. Il punto di vista interno può essere ed è di solito adottato, oltre che dai «buoni cittadini, o sudditi fedeli», dai giuristi che «accertano quelle norme e le espongono dalla cattedra e negli scritti dottrinari»¹⁴, che operano *dentro* un dato ordinamento. Giuristi dunque delle scienze interne, “ordinamentali”, non comparatisti. Ma anche – ed è il nostro caso – giuristi, teorici e filosofi convinti che la norma fondamentale sia davvero una sola per tutti¹⁵.

Per queste due ultime categorie, non c’è differenza tra studiare il proprio ordinamento, un ordinamento più ampio ancorato a uno stesso sistema di valori, principi, tradizioni, economia, società (la “tradizione giuridica

del derecho. Fundamentos teóricos, Lima, 2016, parte II, cap. VI, § 1, che «Il concetto di fonte non è univoco in letteratura. Talvolta si dice “fonte” ogni atto che, di fatto, *produca* norme, sia esso autorizzato o no a produrle. Talaltra si dice “fonte” ogni classe di atti che siano *autorizzati* a produrre norme, anche se per avventura un determinato atto di quella classe è privo di contenuto normativo. In entrambi i casi, tra fonti e norme vi è uno stretto nesso concettuale. Ma tale nesso è costruito in due modi alquanto diversi nei due casi, dando luogo a due distinti concetti di fonte. Il primo è un concetto “materiale” (o sostanziale) di fonte. Il secondo è un concetto “formale” di fonte».

¹² M. Manfredi, *Traduzione giuridica*, cit.

¹³ U. Scarpelli, *Metodo giuridico*, in *Enc. Feltrinelli Fisher. Diritto 2* (a cura di G. Crifò), Milano, 1972, 419 ss. e spec. 420, e in Id., *L’etica senza verità*, Bologna, 1982.

¹⁴ *Ivi*, 418 s.

¹⁵ Sulle antitetiche visioni dei comparatisti v. le chiare pagine di A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2019, 3 ss. e spec. 6 s.

occidentale”¹⁶), e considerare il mondo intero nelle sue poliedriche manifestazioni. Anzi, il diritto comparato viene usato in modo strumentale proprio per dimostrare queste verità considerate ideologicamente come “universali”¹⁷.

La distinzione corrisponde *grosso modo* a quella, utilizzata da Crisafulli e poi da altri, tra visione dogmatica e visione teoretica delle fonti¹⁸, e sollecita l’interrogativo se studiare il diritto comparato accettandolo come scienza prescrittiva, oppure descrittiva. Se, dunque, privilegiare la validità (forma) o l’efficacia (sostanza). Mica poco, e con grandi implicazioni etiche, filosofiche, politiche.

Si tira dietro anche la domanda di cosa siano le c.d. “fonti culturali”, alle quali si intitola la prima sessione parallela (non casualmente, un *pot-pourri* di cose a volte lontane l’una dall’altra). Propenderei per chiamare così i criteri sociali (culturali, o comunque “non giuridici” in senso occidentale stretto) di legittimazione delle regole effettivamente vigenti: quelli che possono saldare o fratturare i formanti, quelli che vincolano spesso più delle fonti formali, valide e (solo presuntivamente) efficaci, quelli che possono rendere la differenza tra validità ed efficacia un abisso, quelli che spiegano l’imposizione come canone di circolazione dei modelli. Quelli che impongono al martire cristiano o islamico di morire per la fede, per non obbedire alle fonti positive. Regole che vincolano molto di più dell’obbligo di attraversare sulle strisce, valido ma solo a volte effettivamente capace di imporsi¹⁹.

¹⁶ Sull’esistenza e le caratteristiche di una tradizione giuridica occidentale, H.J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, 1983, trad. it. *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, 1998; J.M. Kelly, *A Short History of the Western Legal Theory*, Oxford, 1992. Sulle radici occidentali (anglo-americane) del diritto globale v. già C. Schmitt, *Acceleratori involontari. Ovvero: la problematica dell’emisfero occidentale* (1942), ora in Id., *Stato, Grande Spazio, Nomos* (ed. it. a cura di G. Gurisatti), Milano, 2015, 201 ss. Infatti, il «centro propulsore [...] è l’Europa – in particolare l’Europa atlantica [...] sebbene nel XV secolo la Cina potesse essere il candidato naturale per dominare e colonizzare il resto del mondo» (S. Ortino, *La struttura delle rivoluzioni economiche*, Bari, 2010, 384 s.).

¹⁷ Rinvio al mio *Blows against the empire. Contro la iper-costituzione coloniale dei diritti fondamentali, per la ricerca di un nucleo interculturale condiviso*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2020, 447 ss., trad. sp. *Blows against the empire. Contra la hiper-constitución colonial de los derechos fundamentales, en búsqueda de un núcleo intercultural compartido*, in *Teoría y realidad const.*, n. 47, 2021, 97 ss., e in *Rev. Cubana de Der.*, Nueva Epoca, n. 1, 2021, 53 ss.

¹⁸ V. Crisafulli, voce *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 925 ss.

¹⁹ Come ricorda R. Tarchi, *Democrazia e istituzioni di garanzia*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2018, 894 ss., A. Pizzorusso, *Fonti “politiche” e fonti “culturali” del diritto*, in Aa.Vv., *Studi in onore di E.T. Liebman*, Milano, 1979, 327 ss.; Id., *Delle fonti del diritto, Articoli 1-9*, 2ª ed., Bologna-Roma, 2011, 165 ss., differenza «due categorie di fonti, quelle politiche e quelle culturali [...]». Le prime sono considerate come lo strumento per l’attuazione delle forze politiche dominanti in un certo momento storico, seppure con taluni condizionamenti, quali l’esigenza di rispettare regole procedurali; mentre quelle culturali producono regole che risultano dall’esperienza del passato e dall’analisi teorica dei fenomeni, valorizzando un precetto che già risulta come norma applicabile a casi concreti in virtù di fatti o atti che ci si limita ad

Altra parola molto evocata, grazie a Sacco, pure nei titoli delle relazioni presentate, è “formanti”. Quali tra essi sono fonti, e se lo sono in che senso lo sono? Le fonti denominate “culturali” sono solo crittotipi? Oppure, per chi si àncora all’effettività, sono le vere fonti? L’obbligo interiore, forte, che fa preferire la morte all’obbedienza, è una fonte culturale, e un formante prevalente nella costruzione del diritto? Ciò che vincola le comunità al rispetto di regole condivise, anche in conflitto col diritto positivo, è fonte o devianza dalle fonti?

Le ricadute sono poderose, e permeano l’intero diritto comparato, sia privato sia soprattutto pubblico. Di solito, i costituzionalisti interni sono sfiorati dal problema solo quando devono chiarire che, nel *common law*, la giurisprudenza si considera fonte, ma sovente non vanno più in là. Ben pochi scavano nel conflitto validità/efficacia, che nello studio del diritto interno è facilmente risolto nel senso della prevalenza della validità, assicurata dallo Stato (o altre istituzioni). In difetto di solide basi lessicali, oltre che teoriche, capita che chi scrive di diritto comparato studi il decentramento in Costa d’Avorio come se fosse la Germania, l’interesse nazionale in America come se fosse l’Italia, la giustizia costituzionale in Senegal come se fosse la Francia. Oppure – ma qui entrano in ballo anche altri tipi di scelte, di tipo politico – i diritti c.d. fondamentali o umani in Asia o in Africa come se fossero l’occidente.

Un cenno infine ai principi, espressione non evocata in alcun titolo dei tanti contributi; ciò sembra sorprendente, dato che – come vedremo – proprio l’uso (distorto) di essi ha determinato i cambiamenti più radicali nei sistemi di fonti, tanto che si discute da sempre se siano norme o mere matrici di norme²⁰, ma che comunque con le fonti hanno molto, e oggi moltissimo, a che vedere. Se ne accenna all’interno di molti testi che anzi ne sono permeati, ma il loro senso resta avviluppato in una nebulosa, anche se sembra per lo più esplicita la scelta per uno dei significati segnalati in dottrina²¹. La stipulazione di un senso di “principi” nelle relazioni in cui vi si allude sembra quasi sottointesa; ma soprattutto mi pare che nessuno prenda atto che la sostituzione dei principi alle costituzioni ha stravolto la piramide gerarchica, sia dove validità ed efficacia si integrano reciprocamente, sia dove i principi che si vuole esportare patiscono il rigetto di culture che mai li hanno metabolizzati. Dedicherò loro qualche riga più avanti.

accertare».

²⁰ V. *infra*, § 6.2.

²¹ V. nel § 6.2 le varie accezioni individuate da R. Guastini.

5. Il problema epistemologico

«Per il comparatista – scrive S. Bagni²² –, il diritto in senso oggettivo, qualunque cosa si intenda con tale espressione²³, non sarà mai unico, uniforme ed eguale per tutta l'umanità, perché è sempre influenzato dalle percezioni dei soggetti che lo producono e lo applicano (o disapplicano) e dai contesti all'interno dei quali la norma prende vita. In altre parole, il diritto non è una componente naturale del sistema-mondo, bensì un prodotto culturale, e siccome la cultura, come afferma F. Boero²⁴ – “è il modo in cui percepiamo la realtà esteriore (il mondo fuori da noi), il modo in cui la interiorizziamo, confrontandola con il mondo dentro di noi che man mano ci costruiamo, e il modo con cui comunichiamo l'elaborazione delle nostre percezioni ad altri individui della nostra specie”, il diritto sarà molteplice come lo sono le culture che lo producono»²⁵.

Torna fuori di nuovo, prepotentemente, il problema del punto di vista: quello della partecipazione o della descrizione della norma.

Come già ho scritto, «Secondo molti costituzionalisti – quasi tutti gli statunitensi, e gran parte degli europei e dei latinoamericani – il mondo è solo un terreno fecondo dove fare attecchire le idee dell'occidente (il giurista quale “politico del diritto” e osservatore interno della norma) o, dalla prospettiva gnoseologica, dove viaggiare per raccontare le cose domestiche, senza alcuna conoscenza di esso, né propensione all'apprendimento e al confronto²⁶.

Per *conoscere* – prima ancora che per scrivere o insegnare – occorre rinunciare a decidere di essere dalla parte della *Verità*. Le dottrine costituzionalistiche spesso non spingono in questa direzione.

²² S. Bagni, *Comparative Law and... Love: contro la globalizzazione del diritto, per la globalizzazione del giurista*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2017, 2017, 48. V. pure Id. *All you need (to compare) is love*, in Id. (ed.) *El constitucionalismo por encima de la crisis. Propuestas para el cambio en un mundo (des)integrado*, Bologna, 2016, 10 ss.

²³ Sulla definizione di cosa sia il diritto, oggetto di infinite proposte, il rinvio di Bagni è a B. Tamanaha, *Law*, in *Legal Studies Research Paper Series, paper 08-0095, january 2008, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection*, <http://ssrn.com/abstract=1082436>, in quanto il suo approccio alla questione ha come presupposto il riconoscimento del pluralismo giuridico.

²⁴ F. Boero, *Ecologia ed evoluzione della religione*, Nardò, 2008.

²⁵ La più forte affermazione di questa idea – ricorda S. Bagni in nota – si trova in H.P. Glenn, *Sustainable Diversity in Law*, in B.Z. Tamanaha, C. Sage, M. Woolcock (eds), *Legal pluralism and development. Scholars and practitioners in dialogue*, Cambridge-New York, 2012, 95 ss., in particolare 103: «Diversity of laws is thus inevitable and should be seen as sustainable», e anche in H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5ª ed., Oxford, 2014, trad. it. della 2ª ed. *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, trad. it., 4ª ed., Bologna, 2011, 104: «È quindi improbabile che ci stiamo dirigendo verso una singola cultura mondiale e cosmopolita, perché una cultura cosmopolita implica che la cultura di qualcuno sia cosmopolita, mentre quelle degli altri non lo siano».

²⁶ Una “filosofia” che il *Frankenstein* di M. Shelley così riassume: «How dangerous is the acquirement of knowledge and how much happier that man is who believes his native town to be the world, than he who aspires to be greater than his nature will allow».

Presuppongono una verità, che usano come *tertium comparationis* e parametro di valutazione, sovente invocando la purezza del metodo giuridico e l'incontaminazione della propria scienza, senza piantare il problema di cosa sia giuridico presso culture che propongono sensi diversi di "diritto". Creano steccati: tra il bene e il male, tra la civiltà e i barbari, tra il sostrato culturale delle tradizioni e delle credenze e "il diritto", tra il diritto e le altre scienze (occidentali), tra il diritto dei privati e il diritto delle costituzioni»²⁷.

Il problema della neutralità (approccio descrittivo alle fonti) incrocia di nuovo quello del linguaggio, la cui neutralità è ben difficile da perseguire, perché espressione di culture (al plurale).

Nel momento in cui si usa un linguaggio anziché un altro, si fa una scelta. Linguaggio e metodo si intrecciano.

«Recientemente, – scrive in altro articolo S. Bagni²⁸ – varios comparatistas han denunciado la necesidad de renovar el lenguaje y los métodos de la comparación jurídica²⁹.

De hecho, si compartimos la teoría de los formantes de Rodolfo Sacco, debemos reconocer que el obstáculo más grande para el comparatista es penetrar el criptotipo cultural, tanto en el sentido de superar su propio hábito de estudiar, entender y aplicar el derecho, como de buscar e individuar el del ordenamiento analizado. Pierre Legrand utiliza en este contexto la expresión "empatía", que considera "a necessary ingredient of a meaningful, critical comparison"³⁰. Él afirma que no es posible entender el derecho como lo hace un jurista de otro País, pero que sí se puede "imaginar" de hacerlo: esto proceso supone en el comparatista una "empathic imagination"³¹. En el sentido en que lo entiendo yo, la compasión actúa sobre un plan distinto: del "como si" al "con, junto a", con un rol activo, y no solo de observador. Mientras que la empatía de la que habla Legrand induce al comparatista a tomar en cuenta el contexto, la

²⁷ V. Blows against the empire, cit., § 5.

²⁸ S. Bagni, "All you need [to compare] is love" revisited, in *Comp. L.R.*, n. 9 (2), 2018, 58.

²⁹ Bagni rinvia alla ricostruzione teorica e alle proposte metodologiche di T. Amico di Meane, *Metodologia e diritto comparato alla ricerca della "creatività". Verso un approccio flessibile*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2019, 165 ss. Inoltre a R. Hirschl, *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*, New York, 2016, 5: «This book, then, takes as its premise a simple fact: the unprecedented revival of comparative constitutional studies rides on a fuzzy and rather incoherent epistemological and methodological matrix»; M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge, 2014, 13: «It is one of the aims of this book to challenge traditional comparative law and promote alternative approaches»; G. Frankenberg, *Comparative law as critique*, Cheltenham, 2019. Sulla questione del metodo, J. Husa, *Methodology of Comparative Law Today: from Paradoxes to Flexibility?*, in *Rev. int. dr. comparé*, n. 4, 2006, 1095 ss.; M.-C. Ponthoreau, *Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique*, in *Rev. int. dr. comp.*, n. 1, 2005, 7 ss.; l'introduzione del *Symposium "New Directions in Comparative Law"*: U. Mattei, M. Reimann, *Introduction*, in *Am. journ. comp. law*, n. 46, 1998, 597 ss.

³⁰ P. Legrand, *European legal systems are not converging*, in *Int. and comp. L.Q.*, n. 45, 1996, 77.

³¹ *Ibid.*, 76.

compasión le sugiere dirigersi al hombre, no tanto en cuanto *homme situé*, es decir absorbido en un preciso contexto histórico, social, económico, sino hombre de carne y hueso, experiencia de vida singular e irrepetible, con sus necesidades, intereses, deseos, ambiciones, sueños, miedos. De hecho, solo el amor une sin destruir lo que ha unido³²; supone el “tu” – o sea el individuo – para crear el “nosotros”, es decir la comunidad. En una perspectiva de “ontología del derecho”³³, o sea el estudio del significado del derecho para el modo de ser del hombre – perspectiva que entendemos particularmente cercana al derecho comparado – para comprender el derecho del otro debemos rechazar la idea de asumir el punto de vista del objeto, sino meternos por adentro: solo así se percibe por entero, y no es más necesario preguntarse sobre qué es. El comparatista, entonces, se acerca a una efectiva “comprensión” por el camino de la “compasión”».

I corollari che proiettano conseguenze pratiche nella ricerca sulle fonti (e in genere sul diritto) sono molti.

Il primo riguarda ciò che si osserva. Ignorare, o relegare al margine di una ricerca con pretese di globalità sistemi, culture, tradizioni, criteri legittimativi, istituzioni, fonti diverse dalle nostre, implica una scelta ideologica, di “partecipare” alla costruzione di un parametro proprio che si vuole imporre come globale. Non implica neutralità, ma scegliere un campo epistemologico e semantico che trasforma il giocatore in arbitro³⁴. Il principio antropico, sviluppato in ambito fisico e cosmologico, con innumerevoli varianti e interpretazioni rispetto alla sua prima formulazione, esprime (anche) la consapevolezza che la mera osservazione del mondo contribuisce a cambiarlo. L’osservatore influenza gli eventi che osserva per il semplice fatto di osservarli o per il semplice fatto di essere presente. Queste stesse righe ne sono una prova: uso parole e concetti (sistemi, culture, tradizioni, criteri legittimativi, istituzioni, fonti ...), i quali hanno un senso per noi, che però dicono poco o nulla in altri contesti, e che ci inducono a sollecitarne il cambiamento secondo la nostra osservazione.

Un secondo corollario attiene all’uso di criteri ineccepibili quando parlante e ricevente partecipano dello stesso linguaggio, ma che si dimostrano flebili quando l’uditorio è variegato. Lo stesso concetto deve essere declinato con toni differenti, se diverso è l’uditorio, e il metodo può ben essere a sua volta diverso.

Nell’illustrare le fonti tedesche allo studente italiano, si possono

³² G. Madinier, *Coscienza e giustizia*, Giuffrè, Milano, 1973, 81; e ancora: «L’amore non distrugge l’alterità, anzi, la intensifica, ma trasformandola».

³³ Cfr. L. Lombardi Vallauri, *Introduzione. Il pensiero giuridico di Madinier come ontologia del diritto*, in G. Madinier, *Coscienza e giustizia*, cit.

³⁴ Ovviamente non parlo qui di ricerche circoscritte a temi puntuali, ma di scritti che ambiscono – almeno nel titolo – all’esaustività. In alcuni casi, però, l’emarginare culture, tradizioni giuridiche, famiglie considerate “diverse” è imputabile a mera ignoranza del loro diritto e/o carenze metodologiche, e la scelta ideologica neppure sembra essere consapevole nell’autore. V. anche § 6.1.

utilizzare le categorie comuni, derivate dalla razionalità che permea l'epistemologia occidentale, cui sono partecipi i tedeschi, il professore, e lo studente italiano. Per spiegare, ma prima ancora per capire, i sistemi giuridici e le fonti orientali (o quelle islamiche), occorre essere capaci di abbandonare l'idea di assolutezza della razionalità³⁵. Se mi soffermo sul diritto francese, posso scegliere se usare classificazioni tradizionali, o quelle *fuzzy*, ma alla base ci sarà sempre il nostro modo di classificare, e l'idea stessa di "classificazione". Se devo comprendere, e far comprendere, le fonti indiane o cinesi, devo arrendermi alla constatazione che in oriente la descrizione del mondo è quella dell'*Emporio celeste di conoscenze benevoli* segnalato da Franz Kuhn, ed evocato da Borges³⁶, e non quella mia di mettere le cose nelle loro caselle secondo criteri di congiunta esaustività, di disgiunta esclusività e di pertinenza³⁷. Peraltro, quando mi rivolgo a un uditorio occidentale, per spiegare sistemi giuridici di aree dove non si usa classificare come noi, quasi nessuno mi capirebbe, se non usassi i criteri classificatori (e categorie e lessici) occidentali.

Un'ulteriore questione epistemologica (ma ce ne sono infinite altre) implica le scelte valoriali, che non sono aliene dall'approccio descrittivo. Ne farò cenno *sub* § 7.

³⁵ Magari, appunto, basarsi sulla "compassione", nel senso sopra detto da Bagni, di «cuarta *c* del método comparativo»: S. Bagni, *All you need [to compare] is love revisited*, cit., si sofferma nel § 2 sulla "quarta 'c'" – «la *compasión y el cuidado*» –, aggiungendola alle categorie di L.-J. Constantinesco, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Rechtsvergleichung*, Köln, 1971, trad. it. *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1996, e Id, *Die rechtsvergleichende Methode*, II, *Rechtsvergleichung*, Heymanns, Köln, 1972, trad. it. *Il metodo comparativo*, Giappichelli, Torino, 2000, 103 e *passim*, che enuclea tre "c": conoscenza, comprensione e comparazione.

³⁶ J.L. Borges la ricorda nel saggio *El idioma analítico de John Wilkins*, e rammenta che nella citata enciclopedia cinese gli animali si suddividono in: (a) appartenenti all'Imperatore, (b) imbalsamati, (c) ammaestrati, (d) maialini da latte, (e) sirene, (f) favolosi, (g) cani randagi, (h) inclusi in questa classificazione, (i) che s'agitano come pazzi, (j) innumerevoli, (k) disegnati con un pennello finissimo di pelo di cammello, (l) eccetera, (m) che hanno rotto il vaso, (n) che da lontano sembrano mosche.

³⁷ «Una buona classificazione – scrive G. Tusseau, *Classificazioni*, in L. Pegoraro (ed.), *Glossario di diritto pubblico comparato*, cit., 41 s. – presenta due proprietà sul piano logico. Le categorie individuate devono anzitutto essere reciprocamente esclusive, deve essere cioè possibile procedere alla classificazione dell'insieme degli oggetti, in modo che nessun elemento rientri simultaneamente in più categorie [...]. Le categorie devono essere inoltre congiuntamente esaustive, nel senso di non lasciare alcun oggetto da classificare al di fuori di esse [...]. La terza proprietà – la pertinenza – è soggettiva e dipende dalle finalità della ricerca comparativa». Rinvio, anche per la bibliografia, al mio *Reflexiones sobre la clasificación en el Derecho constitucional comparado (enfoque dúctil y búsqueda de elementos determinantes)*, in Aa.Vv., *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, 3 voll., Madrid, 2012, I, 259 ss., in *Ágora const.*, n. 1, 2012, 25 ss., trad. it. con modificazioni *Approccio classificatorio "fuzzy" ed elementi determinanti nel diritto costituzionale comparato*, in P. Borsellino, S. Salardi, M. Saporiti (eds), *L'eredità di Uberto Scarpelli*, Giappichelli, Torino, 2015, 85 ss.

6. Il problema teorico generale

Poiché semantica, epistemologia, metodologia nello studio delle fonti sono strettamente intrecciate tra loro e con la teoria del diritto, a molte questioni di teoria già ho accennato – nei limiti di tempo e di spazio concessi – nei §§ precedenti. Toccherò qui, dunque, solo due punti (o meglio, tornerò su due punti).

6.1. Fonti, famiglie, forme di Stato

Il primo è il posto delle fonti nello studio, la comprensione, la catalogazione e la spiegazione delle famiglie giuridiche (con qualche incursione sulle forme di Stato).

In molte ricostruzioni, la definizione del concetto di “famiglia giuridica” utilizza categorie che non sono “giuridiche” nel senso occidentale. Anzi, come tutti sanno, autorevoli studiosi hanno svalutato come non essenziali proprio le strutture formali. Persino nel concetto più ristretto di “forma di Stato” elementi “non giuridici” hanno rilievo³⁸.

Queste teorie e queste classificazioni si sono sovente tirate addosso gli strali dei custodi della purezza metodologica. Ma famiglie e forme di Stato, appartenenti alla macrocomparazione, hanno bisogno di alimento “non giuridico”, per descrivere tradizioni e culture che non sono solo occidentali, e che dunque non hanno subito il processo di epurazione dalla filosofia, dall’etica, e dalla morale, caratteristico dell’occidente. Lo studio delle fonti sta dunque al centro, ma ci sta come categoria teoretica che comprende tutto, perché assorbe ogni elemento suscettibile di creare vincoli alle relazioni tra soggetti (cioè norme efficaci). Il ricorso ad altre scienze si rivela dunque indispensabile, come pure servirsi di categorie non inquadrabili nelle scienze secondo i nostri canoni. (L’esempio più ovvio è la religione.)³⁹.

Fatto sta che gli stessi autori che svalutano il formalismo, o le fonti in senso dommatico, quale “elemento determinante” per il raggruppamento

³⁸ V., anche per la bibliografia, e una classificazione delle varie proposte, L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino-Buenos Aires, 2017, cap. II, trad. sp. *Derecho constitucional comparado*, II, *Sistemas constitucionales*, 2 voll., Torino-Buenos Aires, 2018, vol. A, cap. II, trad. port. *Sistemas constitucionais comparados*, 2 voll., Torino-Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre-São Paulo, 2021, vol. A, cap. II.

³⁹ Cfr. per la bibliografia i miei *Diritto, diritto comparato, altre scienze nello studio del nuevo constitucionalismo andino e del buen vivir*, in S. Baldin, M. Zago (eds), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Bologna, 2014, 389 ss.; *Comparación jurídica y uso “externo” de las otras ciencias*, in *Rev. jur. Avances*, n. 7, 2012, 295 ss., e in L. Moccia et al. (eds), *Estudios de Derecho Civil. Derecho comparado, Derecho Híbrido, Derechos Humanos, Ciencia Política*, Lima-Bogotá-Panamá, 2014, 437 ss. V. poi A. Vedaschi, *Diritto comparato e interdisciplinarietà: tra innata vocazione e incompiuta realizzazione?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2021, 301 ss. *Ivi*, 473 ss., anche M. Balestrieri, *Homo narrans. Diritto, letteratura, antropologia*, e, per i rapporti con la storia, G.F. FERRARI, *Comparazione e storia*, 281 ss.

in famiglie, non sempre riescono a sfuggire dall'eurocentrismo.

Penso, tra quanti lasciano un segno nella storia del diritto comparato generale, non solo a studiosi come Sauser-Hall, che utilizzando un approccio antropologico distingue «gli ordinamenti giuridici sulla base della razza umana, ancorandosi all'assunto che l'evoluzione giuridica di un ordinamento presenta peculiarità proprie in relazione alle caratteristiche culturali di ciascuna razza⁴⁰. Ma anche a David, che individua «in un primo tempo cinque famiglie giuridiche (diritti occidentali, diritti sovietici, diritto musulmano, diritto induista e diritto cinese); successivamente restringe le classi a quattro: la famiglia romano-germanica, la famiglia di *common law*, la famiglia dei paesi socialisti, e raggruppa sotto l'etichetta "altri sistemi" gli ordinamenti di diritto musulmano, di diritto induista, di diritto dell'estremo Oriente, nonché quelli in via di sviluppo del continente africano». David, se ha il merito di aver svalutato gli elementi formali, non si sottrae dunque all'occidentalismo centrato sulla visione dicotomica noi/altri, in diversi contesti declinata in termini di amico/nemico⁴¹. Penso anche a quanti – tanti – si sono dedicati specialmente alla contrapposizione tra *common law* e *civil law*, non in lavori a ciò specificamente dedicati, ma nell'alveo di opere con pretenziosi titoli di esaustività⁴².

Per fortuna, nello studio delle fonti, che è componente essenziale, anche se non unica, della macrocomparazione, i professori forgiati nel

⁴⁰ Individuava quindi una famiglia giuridica indo-europea, una semitica, una mongola e una dei popoli ancora primitivi. All'interno della prima famiglia, proponeva ulteriori sottogruppi: induista, iraniano, celtico, greco-latino, germanico, anglosassone e lettone-slavo. Cfr. le pagine di A. Rinella nel nostro *Sistemi costituzionali comparati*, cit., cap. II, sez. I, § 2.

⁴¹ R. David, C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^a ed., Paris, 2002, trad. it. *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 5^a ed. coordinata da R. Sacco, Padova, 2004, 1 (ed. aggiornata, R. David, C. Jauffret-Spinozi, M. Goré, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^a ed., Paris, 2016, che mantiene l'impianto). Per una originale configurazione della dicotomia schmittiana v. ora M. Carducci, "Estrattivismo" e "nemico" nell'era "fossile" del costituzionalismo, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. spec. 2019, 61 ss.

⁴² Sulla dicotomia in opere a essa dedicate v. ad es. V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law e common law*, 5^a ed., Torino, 2014, e E.A. Imparato, *Common law v civil law. Tra formanti, canoni ermeneutici e giurisprudenza quali contaminazioni?*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2016, e in S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 voll., México, 2017, I, 571 ss.; tra quelle che censuro, faccio io stesso una severa autocritica, in relazione ad alcuni capitoli di manuale e volumi scritti anni fa con A. Reposo e poi con A. Rinella, solo ultimamente superati, nei quali si proponeva sostanzialmente la classica contrapposizione, sino a quando proprio Reposo stabilì che non si poteva più studiare il diritto come nel passato, quasi che il mondo non fosse cambiato: L. Pegoraro, A. Reposo, *Le fonti del diritto negli ordinamenti contemporanei*, Monduzzi, Bologna, 1993; L. Pegoraro, A. Rinella, *Le fonti nel diritto comparato*, Torino, 2000, trad. sp. *Las Fuentes en el Derecho Comparado (con especial referencia al ordenamiento constitucional)*, Lima, 2003. L'impianto è poi cambiato in L. Pegoraro, A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, Torino-Buenos Aires, 2018, trad. sp. L. Pegoraro, A. Rinella (eds), *Derecho constitucional comparado*, cit., tomo III, L. Pegoraro, A. Rinella, *Constituciones y fuentes del Derecho*, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2019.

diritto civile hanno preso rotte diverse, fino ad arrivare alla ben nota proposta decostruzionista e duttile di Mattei, che ben può fungere da larga cornice per l'inquadramento dei fenomeni di produzione del diritto⁴³. Ciò anche per il supporto dato dall'elaborazione di nuove teorie sulle tradizioni giuridiche⁴⁴ e sul diritto controegemonico⁴⁵.

Tra i pubblicisti il discorso è diverso⁴⁶. Pure in campo costituzionalistico si va rafforzando la compagine di chi aderisce a visioni alternative, prendendo atto di quanto producono le società più che i professori, e soprattutto lo fa abbandonando la *mentalità partecipativa* alla costruzione delle fonti (*"the west is the best"*)⁴⁷; ma, mentre sono numerosi gli studi di sistemi complessi non riconducibili alla tradizione occidentale, difettano ancora ampi contributi sistematici (per usare altre parole, manuali, o volumi organici su fonti, famiglie, forme di Stato e tradizioni) che possano

⁴³ U. Mattei, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, in Aa.Vv., *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, 3 voll., Milano, 1994, I, 775 ss.; Id., *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, in *Am. Journ. Comp. Law*, n. 45, 1997, 5 ss.

⁴⁴ Sull'estensione della comparazione anche oltre i confini del costituzionalismo e con al centro le tradizioni giuridiche, H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, cit.; M.A. Glendon, M.W. Gordon, P.G. Carozza, *Comparative Legal Traditions*, 3^a ed., St. Paul, 2008. Cfr. anche M. Ganino, *Appunti e spunti per una ricerca di diritto costituzionale su Paesi "altri"*, in M. D'Amico, B. Randazzo (eds), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di V. Onida*, Milano, 2011, 817 ss.; Id., *Ancora in tema di studi di diritto costituzionale su paesi "altri"*, in S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., I, 263 ss.

⁴⁵ N. Garay Montañez, *Las concepciones no occidentales en el constitucionalismo latinoamericano: acerca de la categoría poder*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 27, 2020, e soprattutto Id., *Lo decolonial y su influencia en el derecho constitucional*, in S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., I, 991 ss., la quale ricorda che il pensiero "decoloniale" ha generato un dibattito critico volto a (ri)fondare un costituzionalismo proprio dell'America latina che, senza rinnegare i contributi occidentali dimostratisi capaci di umanizzare la società moderna, incorpori soprattutto i valori originari. V. poi, nella ormai copiosa letteratura, B. DE Sousa Santos, *Una epistemología del Sur. La reinvencción del conocimiento y la emancipación social*, México, 2009; M. Carducci, *Coinvolgimento e distacco nella comparazione mondo*, in *Bol. mex. der. comp.*, n. 128, 2010, 595 ss.; Id., *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell'alterità*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2012, 319 ss.; S. BALDIN, *The Concept of Harmony in the Andean Transformative Constitutionalism: A Subversive Narrative and its Interpretations*, in Id. (ed.), "Narraciones contrahegemónicas y derecho", sez. monografica di *Rev. gen. der. públ. comp.* n. 17, 2015, 1 ss.; R. Toniatti, *Il paradigma costituzionale dell'inclusione della diversità culturale in Europa e in America Latina: premesse per una ricerca comparata sui rispettivi modelli*, in S. Bagni, G. Figueroa Mejía, G. Pavani (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., III, 1445 ss.; Id., *La razionalizzazione del 'pluralismo giuridico debole': le prospettive di un nuovo modello giuridico e costituzionale nell'esperienza africana*, in Aa.Vv., *Le trasformazioni costituzionali del secondo millennio*, Rimini, 2016, 449 ss.; A. Colomer Viadel, *Una teoría constitucional de la supervivencia para América Latina*, in *Rev. per. der. públ.*, n. 31, 2015, 175 ss.

⁴⁶ Rinvio al mio *Le categorie civilistiche e il parassitismo metodologico dei costituzionalisti nello studio del diritto comparato*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013, 305 ss., trad. sp. *Comparación y globalización (las categorías del Derecho civil y el parasitismo metodológico de los constitucionalistas en el estudio del Derecho comparado)*, in L.R. González Pérez, D. Valadés (eds), *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje A Jorge Carpizo*, México, 2013, 265 ss., e in L. Pegoraro, *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho constitucional comparado*, Santiago de Chile, 2016, 21 ss.

⁴⁷ Il riferimento è a *The End*, famosa canzone di J. Morrison (1967).

dirsi esaustivi e al contempo descrittivi (in senso tecnico): ovvero, che non assumano a *tertium comparationis* le categorie occidentali delle fonti e del diritto, che non releghino nell'accessorio altre famiglie o tradizioni, mettendole nelle stanze della servitù, che non se ne dimentichino del tutto.

Fa eccezione, in Italia, il solo volume di Pizzorusso⁴⁸, il quale nella sua parte più stimolante propone una classificazione delle forme di produzione giuridica basata sulla legittimazione del potere – la quale echeggia quella proposta da J. Vanderlinden, che non a caso non è un costituzionalista⁴⁹ – epurandola da elementi emotivi e da lessici connotativi, e trattando equanimente i vari criteri legittimativi⁵⁰.

Tutto il contrario, dunque, di chi sradica lo studio della legittimazione, delle forme, e del controllo del potere da una sistemazione ancorata ai valori di appartenenza, usa categorie dicotomiche (come democratico/autocratico, anche se a volte accompagnate da classi intermedie) e fa leva, per duttilizzare le classi delle forme di Stato, sul concetto di transizione (verso il modello occidentale, che si auspica globalizzato). L'elemento dinamico (il passaggio da un segmento temporale a un altro) non è estraneo anche ad alcune classificazioni delle famiglie giuridiche, come in Mattei per il *rule of political law*⁵¹. Ma mentre qui è spogliato da affermazioni assiologiche, nelle classificazioni sulle forme di Stato quello della transizione già indica l'ineluttabile fine (e la parametrizzazione), in ossequio all'ideologia neoliberale: l'occidente, come in Fukuyama⁵², con un connesso giudizio di valore a favore della democrazia, la divisione dei poteri, la dignità, i diritti individuali e proprietari, la sicurezza, la difesa dal terrorismo, la democrazia protetta, il mercato, ecc., che procedono par pari. Lo stesso linguaggio nega il pluralismo⁵³.

⁴⁸ A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., Milano, 1998, 257 ss.

⁴⁹ J. Vanderlinden *Comparer les droits*, Diegem, 1995, 334 ss. Quest'ultima – come ricorda A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 94 – «muovendo (...) da una nozione di sistema giuridico liberata dal requisito della statualità, propone di raggruppare diritti a partire dalla “fonte dominante”, ovvero dal prevalente “modo di formulazione del diritto”, e di concentrarsi solo in un secondo tempo su vicende come “l'ideologia o la tecnica”. In questo modo si potranno distinguere: un “sistema consuetudinario” generato dal comportamento dei membri della società, un “sistema dottrinale” incentrato sulle regole prodotte dai sapienti, un “sistema giurisprudenziale” fondato sui precetti dei giudici, un “sistema legislativo” basato sui comandi formulati da un vertice, e un “sistema rivelativo” riconducibile a una divinità».

⁵⁰ Segnalo peraltro il capitolo di F. Palermo *La produzione giuridica e i sistemi delle fonti*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (eds), *Diritto costituzionale comparato*, 2ª ed., 2 voll., Roma-Bari, 2014, II, 952 ss.

⁵¹ Cfr. gli articoli citati alla nt 43, nei quali il *political law* è considerato un diritto che si evolve verso il riconoscimento della distinzione della professionalità.

⁵² F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, London, 1992, trad. it. *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, 1996; in chiave critica cfr. M. Reimann, *The End of Comparative Law as an Autonomous Subject*, in *Tulane eur. and civil law forum*, n. 11, 1996, 49 ss.; M. Siems, *The End of Comparative Law*, in *Journ. comp. law*, n. 2, 2007, 133 ss.

⁵³ In via teorica può essere forse superato l'argomento forte della *long durée* (che, se assente,

6.2. Principi

Il secondo punto verte sui principi. Ho accennato nelle righe introduttive che, stranamente, nei titoli degli interventi non se ne accenna, quasi in controtendenza rispetto alla voga. Infatti sono sempre evocati dalla dottrina. Se ne parla all'infinito, anzi, si parla quasi solo di essi, ma fluisce via la percezione d'insieme, nello studio delle fonti. Il re è nudo, però, nonostante una sorta di pudore ad ammettere che i sistemi di fonti sono stati stravolti dall'uso dei principi, anziché delle norme in senso stretto.

Come è noto, l'espressione "principi del diritto" allude a distinte figure giuridiche⁵⁴. Guastini ne elenca varie accezioni, utilizzate per indicare di volta in volta norme provviste di un alto grado di generalità, o di carattere programmatico, o che occupano un grado elevato nella gerarchia delle fonti, o che rivestono un ruolo reputato fondamentale nel complessivo ordinamento giuridico o, infine, massime rivolte a organi esecutivi per dirigere la selezione delle disposizioni applicabili a una determinata fattispecie⁵⁵.

Nel diritto costituzionale, i principi vengono impiegati in maniera assai ampia dalle Corti e dai Tribunali costituzionali, che li assumono a parametro di costituzionalità o, addirittura, di supercostituzionalità (i "principi supremi dell'ordinamento" individuati dalla Corte costituzionale

ostacola la messa in ordine delle cose), dato che questi processi presentano tempi ampi; sono più difficili da accettare le implicazioni semantiche, epistemologiche e teoretiche del concetto di "transizioni". (Per quelle politiche, c'è libertà di scelta.) Sul concetto di "lungo periodo" ("longue durée") per organizzare metodologicamente gli studi nelle scienze sociali – coniato da Fernand Braudel – v. F. Braudel, *Histoire et sciences sociales. La "longue durée"*, in *Annales E.S.C.*, XIII, n. 4, 1958, e il commento di D. Tomich, *The Order of Historical Time: The Longue Durée and Micro-History*, in Aa.Vv., *The Longue Durée and World-Systems Analysis. Colloquium to Commemorate the 50th Anniversary of Fernand Braudel "Histoire et sciences sociales: La longue durée"*, in *Annales E.S.C.*, XIII, n. 4, 1958, October 24–25, 2008, New York, 2008, <http://www2.binghamton.edu/fbc/archive/tomich102508.pdf>. Un riferimento in *Sistemi costituzionali comparati*, cit., cap. II, sez. II, § 9, e già nel mio *Forme di governo, definizioni, classificazioni*, in L. Pegoraro, A. Rinella (eds), *Semipresidenzialismi*, Padova, 1997, 3 ss., e in *Studi in onore di L. Elia*, Milano, 1999, 1217 ss.

⁵⁴ Nei vari ordinamenti esse assumono talvolta denominazioni più articolate, come "principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" (Italia) o "principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica" (Francia). Sui principi, nell'immensa letteratura, v. con diverse posizioni: V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, n. 41, 1941, 41 ss.; N. Bobbio, voce *Principi generali del diritto*, in *Nss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 887 ss.; G.R. Carrió, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, 1970, trad. it. *Principi di diritto e positivismo giuridico*, in R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980, 75 ss.; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977, cap. V; R. Guastini, *Sui principi di diritto*, in *Dir. soc.*, n. 4, 1986; L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas*, Madrid, 1992; G. Alpa, *Principi generali*, Milano, 1993; M. Atienza, G. Ruiz Manero, *Tre approcci ai principi di diritto*, in *Analisi e dir.*, 1993, 9 ss.; C. Luzzati, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino, 2012. Per la Francia, B. Jannau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, 1954; F. Moderne, *Actualité des principes généraux du droit*, in *Rev. fr. dr. adm.*, n. 1, 1998, 495 ss.

⁵⁵ R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 271 ss.

italiana), o comunque li utilizzano, dopo averli “scoperti”, per decidere controversie loro sottoposte, ma soprattutto per stabilire assiologie e ponderazioni, nell’alveo della stessa costituzione.

Si dovrebbe escludere che i principi in parola siano principi metafisici o pre-giuridici, ma sovente vengono affermati, nel discorso della dottrina, connotandoli di un’universalità tutta da dimostrare, e quindi per lo più in senso “religioso”, ideologico o metafisico, anche con riferimento a società avulse dalla loro elaborazione.

Non c’è poi concordanza su un punto: se i principi generali del diritto siano norme vere e proprie, come afferma parte della dottrina o, invece, mere “matrici di norme”, in quanto inadatti a guidare in modo preciso il comportamento umano⁵⁶.

Quanto alla loro natura di fonti del diritto, le tesi che la riconoscono, o meno, sono soggette alle variabili di ciascun ordinamento. Dove difetti una precisa qualificazione in tal senso, i principi producono diritto, ma non sono “atti” e tantomeno “fatti”, in quanto sono costruzioni create o dedotte dalla dottrina e dalla giurisprudenza. In Italia, anche se il legislatore stesso afferma che una disposizione è un “principio” o un’intera legge è “legge di principio”, il carattere di fonte andrebbe assegnato all’atto normativo in questione e non al principio. Però, in altri casi, sono le stesse fonti legali ad assegnare ai principi la caratteristica di fonti, come in Spagna, dove ai sensi dell’art. 1 del codice civile «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». E che dire del «senso di giustizia rivoluzionario», evocato nella Russia dell’Ottobre dal decreto sulla giustizia n. 1, che come ricorda A. Di Gregorio lo introdusse formalmente come fonte del diritto?⁵⁷.

Assumendo una definizione larga (teoretica) di “fonte”, indispensabile nell’analisi comparatistica, pare preferibile ascrivere all’elenco delle fonti anche i principi generali, per l’uso (autoritativo) che se ne fa ovunque: non solo nei sistemi occidentali, dove li usano, per imporre le proprie regole, sia la legislazione sia la giurisprudenza (di *common law* come di *civil law*), ma anche altrove (nel diritto sovietico, in quello religioso, in quello tradizionale), fungendo essi ovunque da cerniera tra le regole sociali e quelle giuridiche in senso stretto.

⁵⁶ Rispettivamente, da una parte V. Crisafulli, in vari scritti, e L. Gianformaggio, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, 1986; dall’altra, U. Scarpelli, *Diritti positivi, diritti umani: un’analisi semiotica*, in S. Caprioli, F. Treggiari (eds), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia, 1992, 39 ss.

⁵⁷ Cfr. A. Di Gregorio, *Uno Stato “nuovo” e un diritto “nuovo”: la Rivoluzione bolscevica e la sua eredità giuridica a cent’anni dall’“Ottobre”*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4, 2017, 1005, la quale scrive che «La prevalenza della “coscienza giuridica rivoluzionaria” come fonte del diritto si sarebbe basata sull’applicazione, nei primi anni dopo la Rivoluzione, della teoria psicologica del diritto, in base alla quale l’aspetto principale della realtà giuridica risiederebbe appunto nella coscienza giuridica e non nella norma o nei rapporti giuridici. V. Šc’. Mal’kevič, *O dekretach i sude (Sui decreti e sul tribunale)*, in 8-9 *Sovetskoe gosudarstvo i pravo (1940)*».

Le conseguenze, sopra tutto riguardo al profilo della loro fonte legittimativa, costituiranno l'oggetto della seconda parte.

7. Il problema politico

«Le pluralisme et le relativisme: tels sont les premiers enseignements qu'un cours de droit comparé doit dispenser» – ci ricorda Bénédicte Fauvarque-Cosson⁵⁸. Scientificità – almeno nell'ambito della cultura giuridica occidentale – significa verificabilità (anche interna, ovvero della correttezza dei presupposti e delle operazioni logiche), e quindi rifiuto di immettere nella ricerca e nell'analisi dei dati elementi preconcepi non neutrali, assumendo a parametro di valutazione fattori religiosi, politici, o estrinsecamente etici.

Ogni atteggiamento aprioristico da una prospettiva assiologica induce infatti a mescolare giudizi di fatto e giudizi di valore, sollecita a pretermettere lo studio delle connotazioni di valore nell'uso dei termini utilizzati (“democrazia”, “costituzione”, “diritti”, “libertà”, “eguaglianza”, “federalismo”, “guerra santa”, ecc.), e a non svelarle; ostacola la sistematizzazione dei termini di ogni discorso giuridico. Insomma, tutto il contrario di ciò che esige l'analisi giuridica. *L'a priori* giusnaturalistico, la scelta di campo ideologica, l'opzione investigativa non suffragata da categorie scientificamente elaborate e falsificabili concorre allo “scontro di civiltà”, di cui ragiona Huntington, non mediante l'analisi scientifica, ma attraverso la rinuncia consapevole o inconsapevole a percorrere le indagini con metodo. Con il risultato di produrre ricerche costruite sulla sabbia, dando fiato alle trombe di chi tali ricerche usa per avallare operazioni di esportazione di valori, quali sovrastrutture culturali per imporre nuovi ordini globali insensibili a ciascuna storia, a ciascuna cultura, a ciascuna società, a ciascuna civiltà.

L'espansione geopolitica del costituzionalismo – spesso a livello meramente epidermico – si tira dietro una parallela crescita delle indagini che lo riguardano. Ma alla rozzezza della conquista sovente si accomuna altrettanta superficialità nell'inquadramento dottrinale dei fenomeni; l'“imperialismo culturale”, che appiattisce sugli stilemi occidentali le categorie di culture diverse, paga scotti elevati (anche nelle traduzioni e nelle classificazioni), per la scarsa attenzione verso le culture aliene⁵⁹.

Significa ciò che nello studio delle fonti non si deve prendere posizione? O, peggio, che ci si deve rassegnare a una cieca avalutatività, quella per cui si accusava la dottrina positivista di appoggiare le più bieche dittature?

Non intendo in questo modo il relativismo: esso impone infatti di esprimere giudizi di coerenza; esclude però che siano formulati e manifestati solo utilizzando la razionalità (propria dell'occidente) e non altri metri di

⁵⁸ B. Fauvarque-Cosson, *L'enseignement du droit comparé*, in *Rev. int. dr. comp.*, n. 2, 2002, 308.

⁵⁹ Sull'esistenza di una tradizione giuridica occidentale cfr. nt 16.

misurazione (ad es., l'utilità, l'armonia, la compassione, ecc.). Ma, soprattutto, al comparatista – che non vive e accetta una sola *Grundnorm*, la sua, diversamente dallo studioso di diritto interno – non è concesso condizionare lo studio delle fonti a opzioni non dimostrate né dimostrabili, determinate dalla sua istruzione e dal suo vissuto, storicamente condizionato. Il relativismo trova dunque la sua dimensione etica nel rispetto delle scelte altrui, la cui ispirazione richiede spesso l'ausilio di scienze diverse da quella giuridica, così come concepita solo nel diritto occidentale, caratterizzato dal ruolo egemonico del *common law* e del *civil law*⁶⁰.

Le fonti, comunque si intendano, supportano la politica, ne sono una variabile, e non solo il suo prodotto, ma anche il suo criterio giustificativo. La cultura – non solamente giuridica – alimenta la strutturazione delle fonti, generandone le assiologie legittimative, le relazioni, i contenuti sostanziali. A loro volta esse influiscono nei lenti cambi culturali, attraverso la modificazione, l'integrazione, a volte gli stravolgimenti radicali, nella tensione perenne che alimenta il circuito tra culture, politica, diritto.

Anche il solo parlare di fonti significa “fare politica”, operare scelte di campo a seconda di *come* se ne parla. Non mi nascondo affatto che, all'inizio di un percorso di studi, si comincia sempre o quasi sempre con quello che Lombardi chiamava “il primo noto” (cioè il proprio sistema)⁶¹. Ma, acquisito un certo grado di maturazione, per chi pretende di fare diritto comparato disprezzare (o, peggio, ignorare) fonti diverse da quelle proprie ha, alla spalle, a volte la pigrizia, la convenienza o la preferenza per una vita più comoda, altre volte però opzioni politiche ben precise, scelte di campo per una determinata appartenenza; così pure, un'appartenenza può implicarla anche lo studio esclusivo di certi tipi di fonti (penso ad es. a una parte della letteratura marxista, oltre a quella liberale). La neutralità, insomma, non è affatto apolitica, come ci ricorda Piero Gobetti⁶².

⁶⁰ Ci ricorda A. Somma, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, in S. Bagni, G. Figueroa Mejía, G. Pavani (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit. I, 412, rovesciando le accuse di cinismo etico rivolte a chi si dichiara neutrale, che «il potere la cui tutela richiede il sacrificio della visione di parte, è quello legato a professionalità che non di rado finiscono per esprimersi nelle forme che Alexis de Tocqueville ebbe modo di denunciare con parole dure ma attuali: “se si studiasse attentamente ciò che è successo nel mondo da quando gli uomini serbano il ricordo degli avvenimenti, si scoprirebbe senza fatica che, in tutti i Paesi civili, a fianco a un despota che comanda, si trova quasi sempre un giurista che legalizza e dà sistema alle volontà arbitrarie e incoerenti del primo”».

⁶¹ G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, 1986, 29.

⁶² «Gli apolitici hanno sempre torto: la loro apoliticità è partigiana; essi sono difensori dell'ordine costituito, sono una forza inerte che pesa a vantaggio del regime» – scriveva in *Rivoluzione liberale*, 13 maggio 1924. (V. ora A. Monfredini, *Piero Gobetti: “giurista”, “costituzionalista”, “comparatista”*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2021, 221 ss.)

Sempre, si trova non latente la scelta di campo. Scarpelli ad es., come ricorda L. Forni, *L'eredità culturale di Scarpelli: costruzione del sapere, controllo del potere*, in P. Borsellino, S. Salardi, M. Saporiti, *L'eredità di Uberto Scarpelli*, cit., 192, è consapevole «che, alla base di

Studiare le fonti limitando il campo all'occidente, oppure ampliando l'universo osservato; studiarle utilizzando lessici propri, senza piantare il problema della traducibilità, oppure almeno cercare di sfumarne le connotazioni ideologiche; utilizzare canoni di interpretazione razionali, o accogliere anche altri criteri; non dare rilievo all'osservazione della diversità, oppure relativizzare lo studio, comparando; usare parametri di valutazione domestici (dignità, diritti, divisione dei poteri), e solo quelli, per analizzare fonti distinte (consuetudinarie, religiose, convenzionali), oppure accogliere storicismo ed empirismo ... tutto ciò, e altro ancora, significa scelta di campo, culturale e dunque politica.

È fuori discussione – ci mancherebbe – la liceità di posizioni distinte. Rivendico però l'esigenza di onestà nell'accettare che anche la più pura tra le dottrine delle fonti (penso a Kelsen), dietro ha sempre, per fortuna, una scelta politica; e che chi descrive e concorre a costruire le fonti, convinto che così non sia, non è uno studioso neutrale, ma un cattivo studioso⁶³.

PARTE II

UN CONVITATO DI PIETRA:

L'IPER-COSTITUZIONE E I NUOVI CRITERI DI LEGITTIMAZIONE

1. Premessa

Lo studio delle fonti, una volta data risposta agli interrogativi metodologici enunciati nella prima parte, è capire cosa conta davvero, nell'alveo di ricerche che ambiscono dare una sistemazione alla materia. Si tratta insomma di mettere in ordine i risultati delle analisi "micro", tenendo conto dei fattori storici, geografici, geopolitici, culturali⁶⁴. Le osservazioni che

ogni contributo dei giuristi, vi sono sempre precise scelte di valore». E lo dice puntualmente anche G. Bognetti nell'*Introduzione al diritto costituzionale comparato (Il metodo)*, Torino, 1994, 105 s., il quale ammette che «la realtà oggetto di conoscenza non è in sé portatrice di valori» e che «la comparazione giuridica può, in sé e per sé, legittimamente limitarsi alla pura "descrizione-narrazione" dei fenomeni giuridici che indaga». Ma rileva che ogni indagine è soggetta a condizionamenti che derivano, nella scelta dell'oggetto di indagine, «dalla situazione esistenziale complessiva del comparatista-ricercatore»; e nei risultati «dall'angolo visuale da cui ha indagato il ricercatore». Inoltre, secondo Bognetti è facile che nonostante la pretesa oggettività «qualche riflessione valutativa si insinui o affiori».

⁶³ Denuncia che «è scandaloso [...] quando i simboli giuridici sono usati per occultare o per edulcorare la realtà, cioè quando li si presenta come simbolizzazione dell'esistente, invece che dell'inesistente», anche G. Zabrebelsky, *Alfonso*, in A. Algostino, F. Longo, A. Mastromarino, D. Pamelin (eds), *Per un costituzionalismo esigente. Scritti in onore di A. Di Giovanni*, Milano, 2020, 49, che pure mette al centro del suo pensiero i valori della dignità e dei diritti.

⁶⁴ Appaiono di scarsa utilità lavori meramente descrittivi, che non colgano i cambiamenti né

seguono sono centrate appunto nel tentativo di ricercare cosa venga fuori, di comune, non solo nei lavori presentati in questa sede, ma in genere nella produzione scientifica dedicata alle fonti.

Comincio con un paio di similitudini: nello studio delle ere geologiche, a un certo punto qualcuno avverte che i lenti ma incessanti e ineluttabili cambiamenti hanno reso il mondo *molto* diverso da quello che era in passato, e propone di delimitare il campo con nuove classificazioni, magari cercando di fissare uno o più eventi e un periodo dal quale far partire una nuova era. È il caso dell'antropocene, che, sulla scorta di un vivace dibattito iniziato già nell'800, a un certo punto, grazie alla proposta di studiosi come Stoermer e Crutzen, entra a far parte per consenso abbastanza condiviso di una nuova classificazione nella quale l'epoca è così chiamata perché gli uomini, grazie alle loro attività, sono riusciti a incidere sui processi geologici, modificando territorio, strutture e persino il clima. Già lo stesso è accaduto per la storia: il mondo, prima della stampa e della c.d. scoperta dell'America, era ben diverso di quello che è stato dopo (anche se altri eventi hanno concorso al cambiamento, come la Riforma protestante). Si parla dunque di era moderna, cui in seguito si aggiunge l'era contemporanea.

Si tratta di convenzioni classificatorie, in quanto tali sempre opinabili, che però incidono non poco sulla percezione del mondo, e influiscono profondamente sulle ricerche settoriali. Forse che si può studiare l'attuale periodo geologico come se fossimo ancora nel pleistocene, e non accorgersi dei passaggi, graduali sì, ma che alla fine hanno modificato tutto? O l'era contemporanea come se non fosse passata la rivoluzione industriale, non ci fosse stato l'avvento della tecnologia, e nuove concezioni del mondo provocate dai mutamenti?

Non è diverso per gli oggetti dell'osservazione giuridica: quando si afferma la Quinta Repubblica, si aggiorna la tipologia delle forme di governo; quando prendono piede, in diverse regioni del globo, organizzazioni statuali che incorporano nella "forma" del costituzionalismo anche la "sostanza" del diritto tradizionale, l'interculturalismo, e parametrizzano la Natura, c'è chi propone di aggiornare le tipologie delle

suggeriscano proposte innovative; non sono affatto inutili – anzi sono indispensabili – le ricerche su aree specifiche, o su oggetti circoscritti, purché chi ambisce a fare lavori "macro" non si limiti poi a proporre l'aritmetica, cioè la somma di singoli capitoli tra loro avulsi. È – questa – una critica analoga a quella che ho rivolto ai congressi (e libri) basati sulle "relazioni nazionali", quando difetti un'opera di sintesi. Si vede ciascun albero, ma nessuno ci illumina sulla foresta, tanto per ricordare Einstein. Nei convegni, di solito, sta appunto alla "relazione finale" cimentarsi nel compito di cogliere "il senso della vita", come direbbero i Monty Python dell'omonimo film. V. il mio *Ruolo della dottrina, comparazione e "legal tourism"*, in *Diálogos de Saberes*, n 43, 2015, 219 ss., in Aa.Vv., *Studi in onore di Antonio Gambaro*, 2 voll., Milano, 2017, I, 317 ss., e in *Cuadernos del Instituto de Derecho Comparado*, n. 1, 2018, 75 ss.

forme di Stato, e le battezza con il nome di “*Caring State*”⁶⁵; ecc.

Neppure, diverso dovrebbe essere per lo studio delle fonti. Le fonti stanno al crocevia delle forme di Stato e delle forme di governo, attraversano i diritti e le relazioni di potere, e riesce singolare che si continuino a studiare, anche a livello micro, come se le coordinate macro fossero le stesse di prima. Meglio: tutti si accorgono della loro “delocalizzazione” fuori dell’ambito statale; si infittiscono gli studi sulle fonti della globalizzazione; si scrive sul *soft law*; si denuncia che le fonti concorrono spesso all’attacco ai diritti. In molti segnalano l’avanzare di una costituzione transazionale con caratteri di effettività e con pretese di vincolatività universale; altrettanti si soffermano sulle resistenze a questo disegno. Qualcuno torna sul tema delle clausole di eternità, o sulla individuazione del nucleo, come pure sui relativi poteri delle Corti, nazionali o transnazionali.

Dai cumuli di pagine sui diritti non si deducono però conseguenze relative ai nuovi sistemi di fonti, né nella didattica, né nei trattati, né nei manuali. Dalle pretese delle Corti di controllare lo stesso processo di revisione non conseguono riflessioni sistematiche, parlando di fonti, sulla transustanziazione della giustizia, il nuovo ruolo dei giudici e le assiologie legittimative (*pouvoir neutre*²). Neppure dalla pervasività del modello “democrazia protetta” vengono tratte conseguenze teorico-generalì sulle fonti. Mancano – spesso, ma per fortuna con eccezioni – i collegamenti, come se fosse solo un problema di *quantità*, e non che la *qualità* è cambiata; non tutta di colpo, non in virtù di un solo fattore di mutazione, ma – come per il fascismo rispetto allo Stato liberale⁶⁶ – a causa di interventi continui, che lievitano, fino a che qualcuno, a un certo punto, non possa più dire: «è la stessa cosa».

E infatti quanti professori, in tutto il mondo, rinunciano all’impianto tradizionale nei propri corsi e nei propri libri, e dicono chiaramente che la costituzione non è più affatto la fonte che sta sopra tutte le altre, e che viene sostituita da una “cosa” – quella che io chiamo iper-costituzione – che la sovrasta e ha criteri legittimativi ben diversi da quelli propugnati dal costituzionalismo? Insomma: si avverte da parte di tutti che le cose sono cambiate, ma i cambiamenti sono atomizzati, segmentati, evidenziati a uno a uno, mentre si ha pudore di dire che l’era geologica è cambiata. (Sto parlando, ovviamente, della dottrina costituzionalistica.) Anche in queste

⁶⁵ S. Bagni, *Dal Welfare State al Caring State?*, in Id. (ed.), *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013.

⁶⁶ Più o meno, è come dire che dall’epoca statutaria al fascismo, e da questo alla Repubblica, c’è stata continuità formale, senza accettare che invece erano tre cose sostanzialmente ben diverse. Vedi L. Paladin, voce *Fascismo*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 887 ss.; E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo, il partito e lo Stato nel regime fascista*, Roma, 1995; A. Aquarone, *L’organizzazione dello Stato totalitario* (1965), rist. Torino, 1995; M. Palla (ed.), *Lo Stato fascista*, Milano, 2001; S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna, 2010, con riflessioni sui suoi elementi costitutivi e il suo carattere autoritario.

giornate, che non si discostano dal *trend*, l'iper-costituzione resta il convitato di pietra.

Per sostenere che la costituzione è morta, o meglio ridotta in schiavitù dalla iper-costituzione (o, se siete amanti di Woody Allen, almeno “che non si sente tanto bene”), come pure che il costituzionalismo è ferito a morte dal neocostituzionalismo, occorre prendere in esame tutto ciò che attiene alle fonti, e attraversa le indagini corrispettive. In prospettiva diacronica, c'è l'evoluzione dei sistemi di fonti che accompagna i cambiamenti economici, nelle fasi dei codici e poi della pretesa egemonica della colonizzazione, e in quelle dello Stato sociale, dello Stato socialista, della globalizzazione; nell'ottica comparatistica orizzontale, le classi duttili sono rappresentate dal diritto della globalizzazione, dalla resistenza di altri sistemi, da un certo grado di familiarizzazione in altri casi; dal punto di vista oggettivo, concorrono all'affermazione della iper-costituzione la formulazione dei diritti, la giustizia costituzionale e transazionale, i fenomeni di decentramento e di accentramento, la delocalizzazione dei poteri decisionali, l'assetto delle istituzioni, ecc. Insomma tutto.

2. La dimensione diacronica

Cominciando con le teorie dell'illuminismo, è evidente che costituzionalismo e codificazione percorrono un cammino parallelo.

Le fonti sono quelle nuove, i codici; il Parlamento è il soggetto che genera le fonti; la nuova classe sociale rappresentata nel Parlamento si prende, in quella sede, i propri diritti di autonomia (di dare regole a sé stessi), di libertà (la liceità di essere, vivere, svilupparsi, trasformarsi e morire alla propria maniera, essendo protetti dagli abusi regi), di dominio (al godimento protetto di beni, a disporre circa l'accesso di altri a quei beni, a decidere sul loro trasferimento). Essi si completavano ed erano funzionali alla società borghese⁶⁷.

Ci sono connessioni reciproche, non solo tra le varie categorie di diritti, ma pure tra diritti, luogo di produzione (il Parlamento), forma della produzione (la legge, il codice), l'ideologia (liberalismo). L'uomo proprietario, titolare di interessi di dominio, rivendicava autonomia di decisione sui propri beni e sulla propria libertà. Il Parlamento era il luogo di sintesi di tale armonia; le fonti ne venivano scolpite, rendendo superflua la rigidità costituzionale e riserve aggravate; nessuna esigenza emergeva, quanto al controllo della costituzione. È significativa la risposta che, sin

⁶⁷ Sulla classificazione proposta da Burlamaqui v. U. Scarpelli, *Diritti positivi, diritti umani: un'analisi semiotica*, cit., 43 s. Una formulazione della preponderanza degli interessi di dominio si trova nello statuto albertino del 1848: «Art. 29. – Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. Tuttavia quando l'interesse pubblico legalmente accertato, lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto o in parte, mediante una giusta indennità conformemente alle leggi».

dalla prima riga, Sièyes dà all'interrogativo del suo famosissimo pamphlet *Qu'est-ce que le Tiers État?*: «Tout»⁶⁸.

La collocazione “costituzionale” degli interessi di dominio, che caratterizza le relazioni tra privati e dunque il diritto civile, è quella che segna la forma di Stato. Quando, per la pressione delle classi sociali emarginate, si introducono i diritti di credito, lo schema perfetto salta. La dissonanza tra le prime tre tipologie, provocata dall'ingresso della quarta, provoca la crisi delle fonti, conduce all'irrigidimento delle costituzioni, e genera l'esigenza di dare effettività ai diritti: non solo a quelli di credito, ma anche alle altre tipologie, il cui esercizio non era più appannaggio solo dell'uomo borghese, rappresentato nel Parlamento in base a “*la richesse et les lumières*”⁶⁹.

Dalla fine del 700, e soprattutto dall'approvazione del *Code civil* francese, le vere “costituzioni” in senso sostanziale sono i codici, anche se accompagnati da costituzioni in senso formale⁷⁰. Già nel periodo rivoluzionario il riconoscimento stesso dell'esistenza di diritti naturali non poteva che sfociare nella loro affermazione “positiva” e nella enunciazione di regole che ne garantissero l'esercizio: la medesima fonte, la legge, veniva chiamata a ridisegnare dalle fondamenta il diritto civile e al contempo – sia pure con un nome diverso: quello di costituzione – a delimitare il potere del monarca, a ristrutturare lo Stato, a stabilire i limiti dell'amministrazione pubblica. Il diritto costituzionale, insomma, nasce come diritto formalmente legislativo.

Successivamente, la costituzione presenta forma e contenuti distinti. Forma, perché si trasforma in rigida; contenuto, perché incorpora i diritti e le libertà, ovvero la forma di Stato.

La rigidità del testo tramite clausole che lo irrigidiscono appalesa l'esigenza di comporre interessi confliggenti, sottratti alla regola usuale della maggioranza semplice del Parlamento. La flessibilità, per contro, manifesta l'indifferenza di un potere, rappresentato monoliticamente in Parlamento, a utilizzare procedimenti distinti dalla legge ordinaria per deliberare le istanze politiche. Ciò spiega per quali ragioni le costituzioni rigide si affermino in due casi: per garantire, negli ordinamenti federali, gli

⁶⁸ E.S. Sièyes, *Qu'est-ce que le Tiers État?* (1789), trad. it. *Che cosa è il terzo stato?*, Roma, 1972, e in *Opere e testimonianze politiche*, I, *Scritti editi* (a cura di G. Troisi Spagnoli), Milano, 1993.

⁶⁹ B. Constant, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes* (1849), in Id., *Écrits politiques*, Paris, 1997, 593 ss.

⁷⁰ La legge per antonomasia è dunque il codice: «un libro di regole giuridiche organizzate secondo un sistema [...] e caratterizzate dall'unità di materia, vigente per [...] tutto lo Stato [...], rivolto a tutti i sudditi o soggetti all'autorità politica statale, da questa autorità voluto e pubblicato, abrogante tutto il diritto precedente sulla materia da esso disciplinata e perciò non integrabile con materiali giuridici previgenti, e destinato a durare a lungo»: G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976; Id., voce *Codice (Teoria generale)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, 1 ss.; Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 41.

Stati membri contro plausibili interferenze del centro, come già nel 1787 con la costituzione degli Stati Uniti⁷¹; e per sancire l'avvento al potere di nuove classi sociali, che togliendo il monopolio della rappresentanza alla borghesia intendevano così assicurarsi contro eventuali colpi di mano di maggioranze semplici in un Parlamento non più monoclasse⁷². La costituzione pattizia deve per forza essere rigida, giacché stabilisce le regole del gioco, e queste non possono essere cambiate dalle maggioranze elettorali⁷³.

Quasi tutti gli Stati si sono muniti di una costituzione in senso formale⁷⁴. Così pure, quasi tutti gli Stati hanno costituzioni rigide. Nondimeno, l'idea di costituzione in senso francese o statunitense può funzionare solo dove la base culturale che ha prodotto le dichiarazioni dei diritti sia la stessa. In caso contrario, si crea una frattura. La grande divisione si incentra tra l'accettazione o il rifiuto delle dottrine del costituzionalismo, che smentisce l'equazione fatta dall'art. 16 della

⁷¹ Ecco dunque perché il procedimento prevede il concorso degli Stati.

⁷² L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., cap. IV, § 3.

⁷³ Vero è, peraltro, che, pur in difetto delle condizioni sopra indicate (esigenza di un patto tra centro e periferia o tra classi sociali), in qualche caso l'anelito di consacrare l'immutabilità dei principi ha indotto i costituenti a irrigidire testi che si presumevano dettati dalla ragione e pertanto sottratti a ogni possibilità di cambiamenti estemporanei (costituzioni rivoluzionarie francesi del 1791, 1793, 1795). Così pure, va ricordato che anche una costituzione reputata dai più flessibile, quale lo statuto albertino, si definiva irrevocabile, come emerge nella formula promulgativa: «Perciò di Nostra certa scienza, Regia autorità, avuto il parere del Nostro Consiglio, abbiamo ordinato ed ordiniamo in forza di Statuto e Legge Fondamentale, perpetua ed irrevocabile della Monarchia, quanto segue [...]».

⁷⁴ Si danno pure casi di ordinamenti che si richiamano al costituzionalismo, privi di una costituzione in senso formale (l'Unione europea, l'ordinamento internazionale): il trattato sull'Unione europea, all'art. 6, fa riferimento alle "tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri" che "fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali": cfr. A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002. Con riferimento all'Europa, cfr. per es. S. Dellavalle, *Una costituzione senza popolo? La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*, Milano, 2002; L. Patrino, *Il modello istituzionale europeo e l'idea di costituzione*, Torino, 2006; Á. Figueruelo Burrieza, *Luces y sombras del Tratado Constitucional Europeo*, Madrid, 2006; alcuni libri collettanei: R. Toniatti, F. Palermo (eds), *Il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Saggi su valori e prescrittività dell'integrazione costituzionale sovranazionale*, Trento, 2004; G. Zagrebelsky (ed.), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, 2ª ed., Roma-Bari, 2004; G. Repetto (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law*, Cambridge-Antwer-Portland, 2013; per individuare analogie e differenze, origini, modelli, influenze reciproche e peculiarità delle soluzioni adottate, v. E. Palici di Suni (ed.), *Diritto costituzionale dei paesi dell'Unione europea*, 4ª ed., Padova, 2020. Così pure, ai valori del costituzionalismo classico (come i diritti dell'uomo) si richiama anche lo statuto delle Nazioni Unite: la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata del 10 dicembre 1948. I riferimenti del suo preambolo ai "diritti umani fondamentali" (nel cui alveo sono ricompresi peraltro non solo i diritti sanciti dalla dichiarazione del 1789, ma anche quelli sociali e di partecipazione) non trovano peraltro alimento nella cultura giuridica di molti Stati firmatari, e ciò spiega la diffusa inattuazione e le frequenti violazioni che della Dichiarazione si registrano in molte parti del mondo.

Dichiarazione del 1789⁷⁵: la maggioranza degli Stati del mondo si basa su costituzioni senza costituzionalismo. Nel mondo occidentale si accettano sia la forma sia il contenuto; in altre regioni culturali a volte si accetta, in virtù di una imposizione, anche il contenuto, e tuttavia non lo si implementa nelle *policies* economiche, politiche, legislative o amministrative; spesso si accetta la forma ma si rifiuta il contenuto⁷⁶.

Nel corso della sua espansione, il costituzionalismo riesce ad adattare la sua indole monoclasse e “monoterritoriale” all’avvento di nuove classi sociali nell’arena politica, dando vita alla liberal-democrazia, e tuttavia non riesce ad accettare il pluralismo culturale e a proporre soluzioni diverse da quelle radicate nella divisione dei poteri e nel rispetto dei diritti umani. Non sa come conciliare rispetto dell’uomo e rispetto delle culture, e impone la prevalenza del primo. Il costituzionalismo è stato *formalmente* adottato dappertutto o quasi, però limitatamente all’idea che al vertice della gerarchia delle fonti si installa un testo chiamato “costituzione”, quasi sempre rigida.

Il colonialismo è la storia dell’espansione e dello sfruttamento economico e politico, ma in ambito giuridico si traduce nella pretesa universalità dei valori del costituzionalismo, nel senso or ora detto. Ne farò cenno al § successivo, perché riguarda, più che la dimensione storica, quella territoriale.

Nei paesi socialisti, la reazione alle rivendicazioni delle classi operaie e contadina si traduce conservando le strutture formali della tradizione giuridica (diritto codificato, una costituzione formale, sino a una *Stufenbau*, ancorché alquanto duttile e derogabile); cambiano tuttavia le relazioni proprietarie e con esse il diritto e la costituzione sostanziale.

Un caso a parte di continuità nella tradizione di diritto civile, e di frattura con il costituzionalismo, è rappresentato dalle esperienze totalitarie del primo dopoguerra: mantengono proprietà e codici, marcano fratture con le costituzioni (cancellate o sospese o derogate). Sempre, la crisi si determina per riequilibrare relazioni economiche compromesse, e bloccare (o cambiare) la redistribuzione della ricchezza, a favore della classe

⁷⁵ Sulle ragioni che inducono anche i regimi autocratici a dotarsi di una costituzione v. A. Rinella, *Le costituzioni dei regimi autoritari*, in S. Bagni, G. Figueroa Mejía, G. Pavani (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., I, 1265 ss., e L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., 98 ss.

⁷⁶ Non va peraltro scordato l’effetto di ritorno che l’accettazione anche solo formale dell’idea di costituzione determina nell’ordinamento, in relazione non solamente ai diritti e alla forma di governo, ma anche alla stessa cultura giuridica. A livello dottrinario, i criteri comunemente accolti fanno leva sui modelli egemonici, e su di essi i professori costruiscono le classificazioni sia storiche, sia sincroniche, basate sui distinti elementi analizzati (legittimazione, flessibilità o rigidità, incorporazione o meno dei diritti, ecc.). In particolare, le classificazioni tradizionali delle costituzioni tendono a dare per scontata la forza espansiva del costituzionalismo, a riassumere in una classe principale le costituzioni che lo accettano, relegando al margine quante lo rifiutano, a sfumare le differenze dentro la prima classe, a poggiare su una concezione statalistica del diritto.

proprietaria, come sino al secondo dopoguerra dimostra chiaramente l'esperienza latinoamericana. La dottrina storicistica, politologica e giuridica liberale e marxista non manifesta dubbi sulle finalità dei totalitarismi e delle successive dittature: bloccare le rivendicazioni delle classi sociali che ambivano a un accesso più ampio alla ricchezza e al potere politico che la accompagna nello Stato liberale. Per tale ragione, i totalitarismi (e le dittature) non abbandonano il modello di diritto civile codificato, ancorché a volte accompagnandolo a cambiamenti nel sistema delle fonti (per es., le “norme corporative” fasciste), una redistribuzione populista delle terre (soprattutto a pregiudizio di altri paesi, come nel caso dell'Impero italiano o l'espansione nazista all'Est – la ricerca del *Lebensraum*), però senza cambiare la struttura dei codici civili.

Lo Stato democratico pluralistico e sociale, che ha conosciuto una diffusione geografica senza precedenti, mostra oggi forti segnali di crisi⁷⁷. La globalizzazione ha conferito una nuova dimensione ai mercati di beni e servizi, ai mercati finanziari, ai sistemi di comunicazione multimediale e via rete, che non può essere contenuta nello spazio di governo dello Stato nazionale⁷⁸. Essa non è un fenomeno solo economico, e comprende o implica molteplici sfaccettature giuridiche⁷⁹. Vi si associa anche la globalizzazione culturale. Di solito, però, i formanti non viaggiano alla stessa velocità, perché l'economia è rapida, il diritto lento, la cultura lentissima, e quando, per seguire l'economia, il diritto fa strame delle culture aliene, le recezioni sono assai difficili⁸⁰.

⁷⁷ Una sintesi profonda ed efficace in A.J. Porras Nadales, *La acción de gobierno. Gobernabilidad, gobernanza, gobermedia*, Madrid, 2014.

⁷⁸ M. Crozier, S.P. Huntington, J. Watanuki (& Trilateral Commission), *The Crisis of Democracy*, New York, 1975; Y. Meny, Y. Surel, *Democracies and the Populist Challenge*, Houndmills–Basingstoke, 2001; V.C. Crouch, *Post-Democracy*, Cambridge, 2004.

⁷⁹ Secondo J. García Roca, *La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos*, in *Rev. iberoam. der. proc. const.*, n. 5, 2006, 168 ss., si tratta di: «el crecimiento constante del listado universal de los derechos mediante interacciones recíprocas de las sucesivas declaraciones de derechos (...); la revisión de la idea de *soberanía nacional* (...); una suerte de nuevo *Derecho de gentes* (*law of nations, jus gentium*) (...); una estrategia de *prevención de las violaciones* de derechos mediante diversas organizaciones supranacionales (...); se reclama incluso por algunos autores una “*dimensión transnacional del Derecho Procesal Constitucional*” (...).»

⁸⁰ Sulla globalizzazione: P. de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, London, 1995; I. Edge (ed.), *Comparative Law in Global Perspective*, Ardsley, 2000; W. Twining, *Globalisation & Legal Theory*, Cambridge, 2000; S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003; Id., *Il diritto globale*, Torino, 2009; F. de Souza de Brito, *Motivações e tendências pós-modernas do Direito Comparado e as filosofias da globalização*, Lisboa, 2004; B. de Sousa Santos, C.A. Rodríguez-Garavito (eds), *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge, 2005; P. Hayden, *Cosmopolitan Global Law*, Aldershot, 2005; il n. 6, 2016 di *Albolafia*, “La globalización: un análisis global”, coordinato da A. de Prada García. Sulla politica “globalizzatrice” dell'Unione europea e la creazione del mercato come finalità e valore v. ora A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Bari-Roma, 2021.

Come ricorda A. Rinella⁸¹, lo Stato non ha più la capacità di previsione e di controllo di fenomeni che si muovono su scala mondiale; i fattori economici internazionali sono sempre più pervasivi rispetto alla vita politica ed economica degli Stati, al punto che il rapporto politica-economia tende a capovolgersi: l'economia si sottrae alle scelte politiche nazionali, anzi essa stessa le influenza. Il mercato globale assume il ruolo di valore dominante: esso tende a eludere le regole degli Stati; si confida nella sua capacità naturale di autoregolarsi. La competizione economica sul mercato globale spinge gli attori a ricercare formule di abbattimento dei costi di produzione, sia attraverso l'attenuazione dei diritti economico-sociali, sia ricorrendo alla delocalizzazione dell'attività produttiva a favore di luoghi fiscalmente e socialmente meno esigenti.

La ricerca di formule che assicurino un governo democratico mondiale o una pluralità di governi democratici sovranazionali in grado di esercitare una funzione regolatrice e di controllo sul mercato globale non ha dato finora esiti rilevanti. Per lo più, le istituzioni globali esistenti hanno natura economico-finanziaria e agiscono sotto il controllo degli Stati più ricchi (Banca mondiale, Fondo monetario internazionale, Organizzazione mondiale del commercio). In definitiva, il fenomeno della globalizzazione ha inciso e incide profondamente, da un lato, sul primato della politica, che presuppone organi democraticamente eletti, titolari *pleno jure* delle funzioni di governo; dall'altro, sulla concezione dell'economia e del mercato come fattori funzionali rispetto al bene comune⁸².

Qual è l'elemento che lega quanto detto sopra all'iper-costituzione?

Nell'800 la costituzione (flessibile) si limitava ad accompagnare la costituzione sostanziale (i codici); manifestava pretese di universalità, e si pretendeva ovviamente di esportarla *ratione imperii*⁸³. La sua legittimazione era affidata al corpo rappresentativo, e i giudici non ne erano i custodi, mentre lo erano delle relazioni proprietarie e nella repressione delle devianze. Nella versione occidentale alternativa (*common law*) neppure si avvertiva l'esigenza di una costituzione (oppure – Stati Uniti – la sua funzione era delimitare le relazioni di potere, non i diritti proprietari). Il resto del mondo veniva relegato al ruolo di spettatore passivo.

Nella fase del *Welfare State*, la costituzione rigida, di origine pattizia tra classi sociali antagoniste, ha la funzione di regola del gioco. Il patto costituzionale prevale sulle regole decise dalle maggioranze, la politica controlla il potere economico, i giudici (anche costituzionali) assicurano che

⁸¹ In L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., cap. II, sez. II, § 10.

⁸² Anche il c.d. *soft law* rappresenta un sintomo del cambiamento: nel secolo XIX il diritto civile si esprimeva in una fonte nuova, i codici, la cui crisi fu imputabile soprattutto – già lo abbiamo detto – alla legislazione sociale e all'irruzione dei diritti di credito nel circuito dei diritti borghesi. Ora, il *soft law* fa uscire il diritto codificato dalla stessa struttura tradizionale del diritto, privandolo delle principali caratteristiche che caratterizzano abitualmente le norme.

⁸³ Sulla colonizzazione v. *infra*, § 3.

non sia violato, ma soggiacciano al potere di adeguamento (revisione). In altri contesti, essendo espressione di una recezione meramente formale dello schema delle fonti, essa non conta nulla o conta poco, essendo espressione di una vistosa frattura tra validità ed efficacia.

La trasformazione coinvolge oggi non già la funzione – la garanzia dei rapporti proprietari – ma l’abbandono della primazia della politica (e della legittimità popolare) con lo svincolo del controllo della politica sull’economia, e l’affidamento al diritto dottrinale e giurisprudenziale del compito di forgiare un sistema di principi-valori che si imponga sulla stessa costituzione, e abbia altresì validità “universale”. Le fonti ne escono sconvolte, nel loro impianto, dato che si assiste alla distruzione della gerarchia tradizionale, ma l’iper-costituzione è occultata dalla dottrina costituzionalistica, se non in termini apologetici per esaltarne i valori, come fosse una religione, attraverso la sua decostruzione e lo studio, solo, dei singoli settori e processi in cui opera⁸⁴.

3. La dimensione sincronica

Per capire le dimensioni della trasformazione in atto, l’analisi sincronica delle fonti esige un passo indietro: la colonizzazione continua infatti a proiettare le sue conseguenze nella percezione del pluralismo, o meglio nella sua negazione. Essa ha impiantato su corpi normativi autoctoni, con base legittimativa prevalentemente tradizionale o divina, *forme* di produzione del diritto derivate dagli archetipi occidentali, i codici (o, nel *common law*, un diritto a base giurisprudenziale). A ciò si è accompagnata o ha seguito la fase dell’esportazione delle costituzioni⁸⁵.

La colonizzazione del mondo da parte delle potenze europee, già conosciuta in epoche precedenti, comincia in modo sistematico nel XVI secolo, dopo la cosiddetta scoperta dell’America, ed è scandita in varie tappe. All’inizio del ’900, esse giungono a controllare l’85% del pianeta attraverso *commonwealths* e *dominions*, protettorati, colonie, possedimenti, concessioni, ecc. Tutte le varie fasi, da quelle primordiali dei primi insediamenti spagnoli, portoghesi, inglesi, francesi, olandesi, a quelle finali nel corso dell’800 e anche subito dopo (pure con Stati Uniti, Germania, Italia) lasciano tracce indelebili nell’organizzazione giuridica dei territori conquistati e dominati.

⁸⁴ Fino a qui, questo paragrafo dimostra anche il *mio* insopportabile occidentalismo, e la fatica che si fa a ragionare di fonti “da fuori”, sganciandosi dai condizionamenti dogmatici. Un giurista cittadino del mondo avrebbe potuto parlare di fonti cominciando dalle culture ctonie, approfondire le fonti orientali, fermarsi sull’elemento religioso, ecc., poi analizzare come l’occidente espelle gli elementi non tecnici dal discorso, individuare le differenze e le analogie, le contaminazioni tra varie culture, e le velleità impositive, senza necessariamente mettere al centro queste ultime. Conferma però che occorre adattare all’uditorio il discorso di chi parla.

⁸⁵ V. § 2.

Per adempiere alla missione di “civilizzare i barbari”, le potenze coloniali radicano sopra le strutture giuridiche preesistenti il loro modo di fare diritto e di organizzare la società. Nella prima fase, i trapianti riguardarono soprattutto la concezione delle strutture del potere (per lo più facenti capo a viceré, governatori e figure consimili), l'amministrazione della giustizia, l'organizzazione territoriale, e gli stessi modi di produzione del diritto (con basi di volta in volta giurisprudenziali o di diritto “politico”). Nelle epoche successive, le idee “costituzionali” che maturano in Europa hanno riflessi nelle colonie.

Dove si consolida una classe dirigente locale (come nei futuri Stati Uniti, oltre a Canada e Oceania, e più tardi in America latina), il costituzionalismo – nelle sue molteplici evoluzioni – viene in parte metabolizzato, e una volta raggiunta l'indipendenza permea con molte peculiarità l'assetto costituzionale dei nuovi Stati (che per lo più continuano a rifiutare qualsiasi forma di integrazione dei diritti originari). Altrove (Africa e Asia, con parziale eccezione dell'India e del Sud Africa, e Medio Oriente), l'impianto giuridico esportato dal colonialismo resta in generale a uno strato epidermico e non penetra le radici profonde del diritto e del pensiero autoctono. Sicché, la decolonizzazione del secondo dopoguerra lascia in eredità strutture formali come la costituzione scritta, rigida, la divisione dei poteri, i diritti umani, l'apparato giudiziario, forme di decentramento, ma non l'immedesimazione tra esse e il modo di percepire il diritto “costituzionale” dell'Occidente colonizzatore.

Le tappe dell'evoluzione delle forme di Stato – così come narrate dalla dottrina – corrispondono dunque solo a una parte minoritaria, anche se prevaricatrice, del mondo. A parte gli sfasamenti temporali, altri fattori segnano la frattura in modo indelebile. Tuttavia, l'influenza dei modelli egemonici spesso persiste anche dopo i processi di decolonizzazione. I processi evolutivi permettono a volte di recuperare le antiche concezioni e di proporre soluzioni sincretiste, ma ciò accade quasi solo nel secolo XXI.

A esse si oppone però la globalizzazione, nuova forma *soft* del colonialismo. L'appoggio alla globalizzazione in declinazione “euro-atlantica”⁸⁶, offerto dalla dottrina costituzionalistica, in una prima fase si traduce nella elaborazione di un nucleo di valori assoluti, che riconduce a una unica *Grundnorm* il pluralismo occidentale, dando struttura giuridica a una iper-costituzione di costruzione dotta e giurisprudenziale, resistente a

⁸⁶ Accolgo la qualificazione di R. Toniatti, *Per una concezione aperta, plurale ed eterodossa del metodo comparato nel diritto costituzionale*, in *DPCE online*, n. 42 (1) 2020, 836, e di M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, XII, secondo il quale gli argomenti con cui l'Occidente, artefice massimo del diritto globale, si confronta con le altre esperienze e tradizioni giuridiche «sono modalità e argomenti che partono spesso dal presupposto che il diritto ce l'abbiamo solo noi, mentre gli altri si arrabattano cercando di imitarci o, sciocamente, di resisterci». Il giurista occidentale, insomma, preferisce continuare a usare, nonostante gli stravolgimenti in atto, una dimensione etnocentrica degli ordinamenti quale pratica puramente euroatlantica.

qualsiasi modifica persino super-maggioritaria. In una seconda fase, implica l'attribuzione a tale *Grundnorm* di un valore globale, attraverso la circolazione/imposizione dottrinale di una versione attualizzata ma distorta del costituzionalismo, e la sua sanzione positiva, per il tramite del diritto dei trattati e transnazionale, affidata soprattutto alle giurisdizioni internazionali e regionali e a quelle costituzionali interne.

Dentro i sistemi euro-atlantici, la dottrina opera in sinergia con i formanti socio-politico, economico, e giuridico-normativo, dando loro legittimazione. La *Grundnorm* elaborata dai professori è quella descritta dall'economia, dalla (ritrazione della) politica, dalla società privata dei corpi intermedi, dall'enfasi sull'individuo isolato, dalla traslazione dei poteri decisori a corpi carenti di rappresentatività e di controllo. I professori vi partecipano, assumendola a regola di condotta, e considerano dunque il diritto come scienza prescrittiva⁸⁷.

Fuori dai sistemi euro-atlantici, per giustificarne l'elaborazione e il sostegno, la dottrina è costretta a una *fictio*: ignorando i fatti, e dismettendo qualsiasi visione descrittiva del diritto, afferma che tale *Grundnorm* vincola tutti; partecipa in tal modo alla elaborazione di un diritto imposto⁸⁸, scollegato dalla realtà empiricamente dimostrabile e assolve perciò a funzioni di politica del diritto.

Pretende di contrastare, in tal modo, la resistenza che altri sistemi giuridici frappongono alla visione occidentale delle fonti e alle assiologie che questa comporta: basti pensare a dove prevale la legittimazione del diritto data dalla religione (come nel mondo islamico), alle regioni nelle quali l'ideologia permea la produzione di diritto politico (Cina e paesi socialisti, ad onta della liberalizzazione dell'economia), alle rivendicazioni di palingenesi del diritto autoctono, sovente con esito positivo (Africa e America latina)

4. Le dimensioni oggettive dell'iper-costituzione

L'iper-costituzione si afferma, o pretende di affermarsi, incidendo su tutti i settori del diritto. I presupposti perché possa imporsi sono quelli della

⁸⁷ J.M. Barreto, *Eurocentric and Third-World Histories of Human Rights: Critique, Recognition and Dialogue*, in Id. (ed.) *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*, Newcastle upon Tyne, 2013, 160, «questions the reliability and universality of the Western historiography and argues in favour of the legitimacy of Third-World histories of human rights elaborated in the context of modern colonialism». Dello stesso a. v. anche *Decolonial Thinking and the Quest for Decolonising Human Rights*, in *Asian Journ. Soc. Sc.*, n. 46 (4-5), 2018 (https://brill.com/view/journals/ajss/46/4-5/article-p484_6.xml).

⁸⁸ Rinvio al mio *Constituciones (y reformas constitucionales) "impuestas" o "condicionadas" (para una re-clasificación interdisciplinaria de la categoría)*, in R. Escuredo Rodríguez, J. Cano Bueso (eds), *Crisis económica y modelo social: la sostenibilidad del Estado de bienestar (Actas del Congreso, Aguadulce, Almería, 2, 3 y 4 de Julio de 2012)*, Almería, 2013, 75 ss., e in *Pensamiento const.*, n. 18, 2013, 331 ss.

globalizzazione: l'attacco alla cultura, la semplificazione della comunicazione politica, la distruzione delle società e delle associazioni intermedie (partiti, sindacati ...), per giungere alla marginalizzazione dei Parlamenti, alla duttilizzazione del diritto, alla consegna dei poteri decisionali ai giudici, specie quelli costituzionali e transnazionali, e ad arbitri privati, all'assenza di controllo sui governanti "reali", per realizzare il mito del mercato come valore in sé⁸⁹.

Lo stesso sistema delle fonti di produzione ne viene investito, anche nei c.d. rami alti (il rapporto tra la costituzione e il suo "nucleo duro"), oltre che sotto di essi.

Il procedimento per l'approvazione della legge, reso complesso nella fase dello Stato sociale, tende a semplificarsi per adempiere in modo più rapido alla funzione di assistere le esigenze economiche; la atipicità delle fonti, che asserviva soprattutto il fine di introdurre nell'*iter* fasi e soggetti esterni per giungere a un testo concordato, trova oggi altre manifestazioni e soprattutto altri attori: basti pensare all'intervento degli organi europei nei procedimenti finanziari; specialmente, vengono sovente dislocate fuori dai Parlamenti alcune fasi del procedimento, se non il potere decisionale finale; è più frequente il ricorso alla decisione del popolo, atomizzato attraverso gli strumenti di democrazia diretta⁹⁰. La tecnica legislativa, affinata in Inghilterra per limitare il potere dei giudici, in Francia – con canoni ben diversi – per circoscrivere quello del Re, si rivelava di impaccio già una volta realizzato il programma essenziale della borghesia, e, subito dopo, per attenuarlo attraverso l'introduzione dei diritti di credito⁹¹. Oggi, al centro delle politiche delle fonti stanno non solo programmi di delegificazione, ma addirittura di denormazione, di cui il *soft law* appare la fenomenologia più rilevante.

4.1. I diritti

Dall'accettazione acritica dell'etica kantiana, che pone la persona al centro, dottrina e giurisprudenza hanno ricavato corollari che alla fine tale etica smentiscono, perché privano le persone della libertà di scelta (il libero arbitrio della persona). Allontanano e distaccano, perché si scollega la possibilità di decisione dal circuito democratico, e perché – ne tratteremo tra poco – si affidano ai giudici le scelte, minando il raccordo con *le* società.

Diritti umani e dignità *sono* la iper-costituzione, imposta e per lo più condivisa all'interno, imposta e non condivisa (se non in parte) all'esterno.

Nella concezione occidentale, «Il concetto di diritto soggettivo,

⁸⁹ V. di nuovo S. Mancuso, *Liquidità e comparazione*, cit.

⁹⁰ S. Bagni, *Il popolo legislatore*, Bologna, 2017.

⁹¹ Per spiegare il rapporto tra *drafting* e politica, basti ricordare strumenti quali le definizioni stipulative nominali, l'indicazione dei fini della legge, e tanti altri. Ampia bibliografia nel mio *Certezza del diritto e diritto costituzionale. Comparazioni diacroniche e sincroniche sui testi normativi*, in *Rev. latino-am. estudos const.*, n. 20, 2017, 91 ss.

assoluto o relativo, non è altro che la delimitazione di un potere a cui corrisponde la soggezione, l'obbligazione o il dovere di uno o di tutti coloro che entrano in rapporto con il titolare del diritto, nei limiti dell'estensione normativa di quello. Forse questo impianto intrinsecamente conflittuale è alla base del fallimento delle politiche multiculturali di molti Paesi, attuate sul piano giuridico attraverso la creazione di tante comunità separate quanti sono i possibili elementi che differenziano fra loro gli esseri umani: donne contro uomini, cittadino contro straniero, "etero" contro "omo", bianco contro colorato, ecc.; oppure attraverso l'estensione, secondo il principio di uguaglianza formale, della titolarità dei medesimi diritti senza discriminazioni di razza, etnia, lingua, ecc.»⁹².

Con le drastiche parole di G.U. Rescigno, «Per me i diritti, quest'orgia dei diritti umani, che coesistono tranquillamente con il vergognoso spreco dei ricchi e la miseria e la disperazione di miliardi di essere umani, somigliano a quelli che chiudono la stalla dopo che i buoi sono fuggiti: prima il sistema economico, al cui servizio stanno le costituzioni e il diritto, crea e accresce drammatiche disuguaglianze, poi sopraggiungono i diritti, spinti da uomini di buona volontà; quasi sempre poi, quando questi diritti devono difendere i più poveri, essi vengono realizzati, quando vengono realizzati, più per paura di pericolose ribellioni che per convinzione dei potenti di questo mondo»⁹³. Mentre S. Hopgood parla di "diritti umani sulla strada verso il nulla"⁹⁴.

Diversamente dalla filosofia occidentale, che è antropocentrica, le filosofie orientali, africane e in genere le culture ctonie non lo sono: «no comparten la creencia en la naturaleza aislada, atomista y competitiva del ser humano, ni en la naturaleza utilitarista del homo economicus, ni en el modelo social de centrifugación y gravitación, ni en la naturaleza absolutamente racional del hombre, ni en la naturaleza laica del mismo, ni en la naturaleza idéntica de los géneros, ni en las libertades sin virtudes, ni en el enfoque materialista y hedonista de la vida»⁹⁵. Sono poi orientate a comporre le antitesi, a evitare il conflitto, a selezionare il governo in base a principi diversi dalla temporalità delle cariche.

I punti di contatto con l'occidente ci sono, ma non sono molti.

⁹² S. Bagni, *Dal Welfare State al Caring State?*, cit., 23. Sulla centralità dei diritti nella tradizione giuridica occidentale rinvio a A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 121.

⁹³ G.U. Rescigno, *La teoria costituzionale di Luigi Ferrajoli*, cit. Il passo di Rescigno è ricordato anche da A. Mastromarino, *Il nuevo constitucionalismo latinoamericano: una lectura in prospettiva*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2020, 352. V. anche J.-L. Harouel, *Les droits de l'homme contre le peuple*, Paris, 2016; S. Žizek, *Against an Ideology of Human Rights*, in E.K. Tunstall (ed.), *Displacement, Asylum, Migration: The Oxford Amnesty Lectures 2004*, Oxford, 2006, 56 ss. (e altri scritti dello stesso a.).

⁹⁴ S. Hopgood, *Human Rights on the Road to Nowhere*, in S. Hopgood, J. Snyder, L. Vinjamuri (eds), *Human Rights Futures*, Cambridge, 2017, 283 ss.

⁹⁵ B. Marquardt, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la Revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá, 2016, 39.

Eppure, i costituzionalisti e filosofi più in voga – Rosenfeld, Tushnet, Häberle, Alexy, Dworkin, Ferrajoli, ecc. – non se ne curano. Muovendo da esperienze circoscritte, hanno assegnato al nucleo dei diritti, chiamati “fondamentali” perché così li denomina il *Grundgesetz*, o “costituzionali” perché codificati in specifiche costituzioni occidentali, o “umani”, perché in tal modo qualificati in carte universali o regionali, una valenza supercostituzionale e transnazionale: senza limiti nei popoli, senza limiti nei territori, senza limiti nei governi, al pari dell’economia della globalizzazione. Il parrochialismo di questa visione si esprime bene nella bibliografia dei libri dei suoi principali artefici e dei loro seguaci, dove non compare mai nessuno che non sia nato e vissuto nel quartiere.

4.2. La divisione dei poteri

I vati e i demiurghi della globalizzazione continuano a evocare – del binomio consacrato sugli altari della teologia rivoluzionaria – soprattutto i diritti umani, un po’ meno la divisione dei poteri. Perché forse sono convinti che la protezione dei primi può passare solo o soprattutto attraverso l’opera di poteri che stanno fuori dalla tripartizione, le giurisdizioni costituzionali e transnazionali.

Non mancano implicazioni ideologiche. A livello scientifico, si continua a essere convinti che «la stessa possibilità di distinguere diverse forme di governo sussiste soprattutto, se non esclusivamente, per lo Stato liberale e per quello democratico-pluralistico, mentre è assai problematica nelle forme di Stato di tipo autocratico, caratterizzate da una forte concentrazione del potere»⁹⁶. Pur enfatizzando l’importanza del concetto di forma di Stato per classificare le forme di governo, in una prospettiva non solo formale del concetto di “costituzione”, ben si può estendere l’analisi delle relazioni interorganiche anche fuori dalle liberaldemocrazie.

Nessuno nega che la forma di governo britannica è il risultato di equilibri di potere stratificati in regole quali le *conventions of the constitution*⁹⁷. Si potrebbe ragionare allora anche di forme di governo dei paesi socialisti. Ad es., le forme di governo succedutesi nell’Unione sovietica corrispondevano alle relazioni fra tre soggetti “costituzionali” che da sempre si sono divisi il potere: partito, esercito, KGB. E la forma di Stato totalitaria nella versione fascista era contrassegnata nella sua forma di governo dal dualismo tra re e

⁹⁶ M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, 6^a ed., Torino, 2016.

⁹⁷ Secondo G. Marshall, G.C. Moodie, *Some Problems of the Constitution*, 2^a ed., London, 1961, 29 (5^a ed., 1971), esse sono «regole non giuridiche che stabiliscono i modi in cui le regole giuridiche vanno applicate». In spagnolo v. A. Elvira Perales, *Las convenciones constitucionales*, in *Rev. est. pol.*, n. 53, 1986, 125 ss.; in italiano, S. Bartole, *Le convenzioni della costituzione tra storia e scienza politica*, in *Il politico*, n. 2, 1983, 251 ss. È noto che i *Lords* hanno sempre partecipato ai tre poteri, e almeno sino alla recente istituzione della Corte suprema hanno rappresentato la più alta giurisdizione, oltre che un ramo del legislativo.

duce e poi Gran consiglio. Pure nell'ambito delle autocrazie nazionaliste arabe si possono distinguere differenti forme, che corrispondono a diversi modelli di rapporti di governo⁹⁸. La divisione dei poteri c'è anche nel diritto tribale, con la contrapposizione tra capo tribù e sciamano; e c'è in Iran, dove si fronteggiano potere civile e potere religioso. Con diversi limiti quantitativi e prevalenze, essa esiste ovunque, anche se solo in occidente si declina sulla base dei tre individuati da Montesquieu. La iper-costituzione ammette però solo il modello classico occidentale⁹⁹.

Nonostante la sua enfattizzazione nella teoria, quando serve per attaccare quanti la rifiutano nella sua versione classica, nei fatti però la divisione dei poteri si attenua proprio in occidente, a causa del rafforzamento non solo degli esecutivi ma anche del potere giudiziario, a spese dei legislativi; si assiste, da un lato, alla giudicializzazione della politica; dall'altro, e soprattutto, alla politicizzazione della giustizia¹⁰⁰.

4.3. Le istituzioni (democratiche)

«Il fine dello Stato è, in modo particolare, la sicurezza», scriveva Hobbes¹⁰¹. Con la “consegna delle armi”, si monopolizza l'apparato della forza, al

⁹⁸ V. M. Oliviero, *La recezione del modello semipresidenziale nei paesi arabi*, in L. Pegoraro, A. Rinella (eds), *Semipresidenzialismi*, cit., 253 ss.; Id., *Forme di Stato e forme di governo nei paesi islamici: profili di metodo e tendenze costituzionali*, in M. Papa, G.M. Piccinelli, D. Scolart (eds), *Il libro e la bilancia. Scritti in memoria di Francesco Castro*, 2 voll., Esi, Napoli, 2011, II.

⁹⁹ Ad es., si dibatte in Messico sulla ritrosia delle comunità indigene ad accettare il limite dei due mandati nei municipi amministrati secondo il diritto loro proprio, anche se la legittimazione del potere si fonda presso di esse sull'anzianità, la saggezza che ne dovrebbe derivare, l'autorevolezza, il consenso, e non certo sul voto periodico.

¹⁰⁰ V. al riguardo M. SHAPIRO, A. STONE SWEET, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford, 2002; R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge-London, 2004; G. Grandjean, J. Wildemeersch (eds), *Les juges: décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, 2016, e *ivi*, 169 ss., spec. G. Tusseau, *Les juges constitutionnels comme autorités normatives: éléments d'une taxonomie des sentences constitutionnelles*; Id., *Remarques sur l'“arsenal” des juges constitutionnels. A propos de l'arme ultime de la substitution aux autorités politiques*, in S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., II, 1615 ss.

¹⁰¹ T. Hobbes, *Leviathan* (1651), ed. e *Introduction* di M. Oakeshott, Blackwell, Oxford, 1955, Part II, ch. 17 «Of the Causes, Generation, and Definition of a Commonwealth»: «This is more than consent, or concord; it is a real unity of them all in one and the same person, made by covenant of every man with every man, in such manner as if every man should say to every man: I authorise and give up my right of governing myself to this man, or to this assembly of men, on this condition; that thou give up, thy right to him, and authorise all his actions in like manner. This done, the multitude so united in one person is called a COMMONWEALTH; in Latin, CIVITAS. This is the generation of that great LEVIATHAN, or rather, to speak more reverently, of that mortal god to which we owe, under the immortal God, our peace and defence». Sulla prima legge naturale di Hobbes (cercare la pace), il ricorso alla guerra, la morte del nemico («the object is to every man his own good»; «every man has a right to every thing; even to one another's body»: *Leviathan*, cit., 99 e 85), v. le belle pagine di U. Scarpelli, *Thomas Hobbes. Linguaggio e leggi naturali. Il tempo e la pena*, Milano, 1981, 41 ss.

servizio di qualsiasi apparato (statale) che se ne serva, quali siano la sua struttura e i suoi fini: difendere la libertà, come tante volte, oppure reprimere i “briganti” del sud (dal loro forse corretto punto di vista, potrebbero chiamarsi “partigiani”), fucilare i soldati che indietreggiano davanti alle mitragliatrici austriache – il richiamo è a E. Lussu, scrittore e costituente, e al suo celebre libro *Un anno sull’altipiano* –, disperdere mitragliandoli i lavoratori in sciopero, come Bava Beccaris, poi gratificato con onorificenze da Umberto I, ecc.).

Di solito, la forza funziona nel lungo periodo solo se lo Stato riesce a mantenere vivo il contratto sociale, e si vincola a qualcosa di profondo: le culture.

Diversamente da quello che affermano alcune costituzioni¹⁰², alcune sentenze¹⁰³ e parte della dottrina¹⁰⁴, la sicurezza non è un diritto, non è un principio, non è un valore: è precisamente la finalità per la quale sorgono ed esistono gli Stati, chiamati ad assicurare il massimo livello di protezione di fronte alle minacce provenienti dall’esterno come dall’interno.

Il richiamo alla sicurezza assolve a un ruolo strategico in questa fase di cambio in direzione dell’allineamento dei formanti e di assestamento del nuovo ordine mondiale¹⁰⁵. Spessissimo evocata da *leaders*, partiti populistici e razzisti e governi “sovranisti” in direzione opposta, è funzionale agli obiettivi e alle strategie della globalizzazione¹⁰⁶. Appena poche settimane dopo l’apertura della crisi afghana, agosto 2021, l’attenzione mondiale ha cominciato a spostarsi dal problema umanitario dei profughi a quello del potenziale terrorismo.

La iper-costituzione non comprende gli stranieri, sacrificati sull’altare della cittadinanza, anche se, per verità, vi si ricorre in

¹⁰² Es. Costituzione della Bolivia, prima parte (“Bases fundamentales del Estado. Derechos, deberes y garantías”), titolo II (“Derechos fundamentales y garantías”).

¹⁰³ Es. CEDU, *J.N. v. Staatsecretaris van Veiligheid en Justitie*, C. 601/15 PPU.

¹⁰⁴ Come J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin-New York, 1983; v. l’introduzione critica di T. Fenucci all’ed. in italiano (*Il diritto fondamentale alla sicurezza. A proposito dei doveri di protezione dello Stato liberale di diritto*, Napoli, 2017), intitolata *Alcune considerazioni sul diritto fondamentale alla sicurezza*.

¹⁰⁵ Tra gli scritti più recenti, Á. Figueruelo Burrieza, *Retos del derecho constitucional ante la crisis de una sociedad globalizada*, in S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., I, 947 ss.; D. Amirante, *L’economia viaggia veloce, il diritto lento: note minime autobiografiche su comparatisti e globalizzazione*, *ivi*, I, 121 ss. A. Somma, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell’economia del debito*, *ivi*, cit. Nella globalizzazione vede alcuni vantaggi S. Galera Rodrigo, *The Benefits of Legal Globalization: Soft law: A Case Study of Heritage Law*, *ivi*, I, 965 ss. Una *Visión panorámica del constitucionalismo en el Siglo XX* si trova nell’esaustivo saggio così intitolato di D. Valadés, *ivi*, I, 1401 ss. V. anche G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012, e G. Capuzzo, *Modernismo giuridico e uniformazione del diritto. Ascesa e declino di un paradigma*, Napoli, 2018.

¹⁰⁶ Cfr. ancora M. Carducci, “Estrattivismo” e “nemico” nell’era “fossile” del costituzionalismo, cit., 77.

giurisprudenza e in dottrina per comporre le antinomie più vistose con un'altra componente del nucleo, i diritti umani; vi si ricorre, soprattutto, quando a sbilanciare la ponderazione a svantaggio di questi ultimi siano ordinamenti che non sono reputati "democratici", e non accettino dunque la iper-costituzione in tutte le sue sfaccettature¹⁰⁷.

Altro elemento irrinunciabile, che spesso sta sopra le stesse costituzioni, è la protezione della democrazia. Il nucleo democratico deve essere difeso a qualsiasi costo, fino ad arrivare ai limiti estremi (ma non oltre) della stessa democrazia. La sicurezza c'entra poco con la democrazia, mentre ha tutto a che vedere con l'idea di Stato (ma anche di qualsiasi altra comunità). Eppure, per dare giustificazione alla irrinunciabilità della sicurezza, e per elevarla a criterio iper-costituzionale, se ne cambia il valore funzionale, che diventa la democrazia¹⁰⁸.

Motivando spesso norme e provvedimenti con la minaccia terroristica¹⁰⁹, si amplia la sfera della "democrazia protetta", nella misura in cui l'obiettivo della repressione sono anche manifestazioni ideologiche. L'opzione, operata da molti ordinamenti, di adottare un sistema di protezione della democrazia (esclusione costituzionale di partiti e ideologie antisistema), o di interpretarlo in modo estensivo, è una scelta che incide sulla fisiologia del sistema delle fonti¹¹⁰. Ovvero, lo permea anche in momenti di tranquillità sociale, di assenza di minacce interne o esterne. Anche il silenzio della costituzione in materia di protezione della democrazia viene sovente interpretato, come negli Stati Uniti¹¹¹ o in

¹⁰⁷ Rinvio al mio *El enemigo, la ecuación terrorista-estranjero y el ataque al Estado democrático de Derecho*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. speciale, 2019, 611 ss.

¹⁰⁸ I beni protetti di volta in volta possono essere la (sicurezza della) Nazione ("the Nation", Stati Uniti), la razza (Germania nazista, Italia fascista), lo Stato (Spagna), fino appunto alla democrazia (e ora, anche i singoli privati cittadini). Individuare un nemico non basta: sull'altare della sicurezza, occorre anche sollecitare la protezione di beni percepiti come "propri" dai cittadini, tali da meritare il sacrificio di altri beni come la libertà e a volte la stessa democrazia.

¹⁰⁹ Sul terrorismo, la sicurezza e le misure straordinarie in chiave comparata, con approccio filosofico e linguistico, D. Fonseca, *Parler du terrorisme*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 21, 2017, e ulteriore bibliografia in *Sistemi costituzionali comparati*, cit., cap. X, sez. II, § 5, e sez. III.

¹¹⁰ Sulla protezione della democrazia v. *Sistemi costituzionali comparati*, cit., cap. X, sez. II, e per la bibliografia L. Pegoraro, *Para una clasificación "ductil" de "democracia militante"*, in *Est. const.*, n. 6, 2012, 119 ss., in O. Cruz Barney, T. Da Cunha Lopes, L. Pegoraro (eds), *Ensayos sobre Derecho Comparado y Constitución*, Morelia, 2013, 7 ss., in D. Cienfuegos Salgado, L.G. Rodríguez Lozano (eds), *Temas selectos de Derecho Público contemporáneo*, México, 2012, 249 ss., in *Rev. mex. Statum Rei Romanae der. adm.*, n. 10, 2013, 43 ss., in *Rev. vasca adm. públ.*, n. 96, 2013, 193 ss., in L. Pegoraro, *Teoría y modelos de la comparación*, cit., 572 ss.

¹¹¹ Per ragioni che discendono dalla tipologia e dal ciclo costituzionale cui si iscrive, la costituzione degli Stati Uniti nulla dice riguardo la protezione, salvo attribuire al Congresso il potere di reprimere le insurrezioni e respingere le invasioni (art. I, sez. VIII, § 15); consentire la sospensione dell'*habeas corpus* quando lo esige la sicurezza pubblica in caso di ribellione o di invasione (art. I, sez. IX), e ammettere l'esclusione delle garanzie di difesa ai militari in tempo di guerra o di pericolo pubblico (V emendamento). Ciò non ha impedito lo

Spagna¹¹², quale autorizzazione a introdurre misure normative e amministrative che limitano in modo indefinito le libertà associative e ideologiche¹¹³.

5. Il profilo dinamico dell'iper-costituzione

A livello procedurale, una volta negato o circoscritto il ruolo della politica nella composizione degli interessi e nel bilanciamento dei valori, la formulazione, la difesa e l'espansione del nucleo iper-costituzionale si vale di almeno tre modalità principali: la sottrazione dello stesso a qualsiasi possibilità di modifica, quali che siano le scelte della società e i valori da essa eletti; lo sradicamento dello stesso, sganciato da processi legittimativi, attraverso la superiorità conferita al diritto dei trattati, considerato superiore alle stesse costituzioni; l'affidamento alla sapienza dei giudici-demurghi nazionali e internazionali delle decisioni sui conflitti di prevalenza (in pratica, ciò che è giusto e ciò che non lo è).

5.1. Gli iper-limiti alla revisione costituzionale

Sin dall'inizio, la iper-costituzione è stata studiata – non sotto questo nome, anche se sempre si è parlato delle clausole super-costituzionali – in relazione ai limiti posti al potere di revisione costituzionale. La letteratura è sterminata, ma in genere gli studi sulle c.d. *eternity clauses*, o *cláusolas pétreas*, non inquadrano sistematicamente la tematica nella cornice dei sistemi di fonti. Ciò si spiega con la circostanza che i limiti alla revisione sono sempre stati considerati un'eccezione a un potere attribuito dai costituenti agli organi di revisione individuati dalla costituzione stessa (Parlamento, speciale assemblea, popolo, Stati membri, ecc.), con le modalità stabilite (maggioranze speciali, doppia votazione, referendum, ecc.).

Accolte quasi ovunque teorie sostanzialistiche dei limiti alla revisione, l'eccezione si è trasformata in regola: ossia, sono molte di più, in tantissimi ordinamenti, le cose che non si possono revisionare, rispetto a quelle che si possono cambiare; e il potere effettivo non è più solo nelle

sviluppo di una cospicua legislazione e di una elaborata giurisprudenza costituzionale che hanno attratto gli USA nell'alveo delle democrazie protette.

¹¹² La costituzione spagnola non dà legittimazione costituzionale diretta a misure repressive della libertà di pensiero, tutelate dalla costituzione stessa. Ma pure in Spagna ciò non ha precluso al legislatore di affrontare la minaccia all'unità nazionale, portata da un partito (poi dichiarato) fiancheggiatore dell'organizzazione terrorista ETA, con la legge organica 27 giugno 2002, n. 6, la quale, in generale, vieta tutti i partiti che svolgano attività suscettibili di mettere a repentaglio principi democratici e i diritti dell'uomo, o che approvino anche tacitamente il terrorismo: cfr. J. Tajadura Tejada, *Partidos Políticos y Constitución*, Madrid, 2004; M. IGLESIAS BÁREZ, *La ilegalización de partidos políticos en el ordenamiento jurídico español*, Granada, 2008.

¹¹³ Ma, come è stato osservato, non si può proteggere la democrazia ricorrendo a istituti non coerenti con i principi della democrazia: v. A. Di Giovine, *La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza*, in Id. (ed.), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2003, 5.

mani degli organi indicati nella costituzione originaria, bensì delle Corti (persino transnazionali, come la iberoamericana). Le stesse procedure sono cambiate: a volte lo stesso costituente prevede l'intervento delle Corti, ma dove non lo prevede le Corti se lo prendono. Con poche eccezioni (come Stati Uniti e Francia), i Tribunali costituzionali, appoggiati da buona parte della dottrina accademica, incuranti delle supermaggioranze previste da ciascuna costituzione per approvare la riforma (e anche del popolo "sovrano"), vietano di riformare quanto a essi non piace¹¹⁴.

La teoria del nucleo (la iper-costituzione) non si risolve solo in una disputa tra diverse visioni teoriche¹¹⁵, ma proietta le sue conseguenze dinamiche nei sistemi di fonti, per cui anche dal punto di vista epistemologico faccio fatica ad accettare di trattare ancora la costituzione come *supreme law of the land*. Sopra, infatti, sta il nucleo individuato dalle Corti.

5.2. La superiorità dei trattati

La iper-costituzione si espande col conferimento ai trattati internazionali (approvati quasi sempre dai Governi o dalla maggioranza semplice dei Parlamenti) di un rango superiore a quello delle stesse costituzioni approvate dal potere costituente o di riforme costituzionali decise da ampie maggioranze o dal popolo¹¹⁶. La "*higher law*" pertanto non è la legge

¹¹⁴ Su questo aspetto S. Ragone, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bologna, 2011, trad. sp. *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, México, 2012; Id., *El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada*, in *Teoría y real. const.*, n. 31, 2013, 391 ss.; sull'importanza del controllo (sempre più frequente) sulle revisioni costituzionali cfr. K. Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Bursa (Turchia), 2008; S. Bagni, *Riforme costituzionali e super-maggioranze parlamentari: per un aggravamento variabile del procedimento di revisione*, in D. Butturini, M. Nicolini (eds), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, 2 voll., I, *I soggetti, gli strumenti e i meccanismi del dialogo*, Bologna, 2017, e in E. Álvarez Conde (ed.), M. Álvarez Torres (coord.), *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución española*, Granada, 2017. Ulteriore bibliografia in L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., cap. X, sez. II, § 3.3, nt 200.

¹¹⁵ A partire da J. Bryce, *Flexible and Rigid Constitutions*, in *Studies on History and Jurisprudence*, I, Oxford, 1901, trad. it. *Costituzioni flessibili e rigide*, Milano, 1998.

¹¹⁶ Sul diritto convenzionale, bibliografia in L. Pegoraro, A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, cit., cap. II, § 3. In particolare per l'America Latina: V. Bazán, *Control de convencionalidad y diálogo judicial*, in S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., III, 115 ss.; H.E. Olano García, *El control de convencionalidad en el sistema interamericano*, *ivi*, III, 1179 ss.; G. Aguilar Cavallo, *Diálogo judicial y protección multinivel de los derechos humanos*, *ivi*, III, 67 ss.; C. Landa Arroyo, *¿Diálogo entre la justicia constitucional y la jurisdicción internacional? Entre la incorporación y la manipulación de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano*, *ivi*, III, 853 ss.; H. Nogueira Alcalá (ed.), *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, 2012; Id., *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, Santiago de Chile, 2013; Id., *Derechos fundamentales, bloque constitucional de*

approvata da “*we the people*”, bensì la legge decisa dai Governi e dai Parlamenti, in spregio a quanto affermava Hamilton nel saggio n. 78 del *Federalist*¹¹⁷. Anche dove la superiorità dei trattati sia stabilita nella costituzione, essa si trasforma in flessibile, essendo affidato alle maggioranze semplici (o ai Governi), per mezzo dei trattati, individuare le regole supreme¹¹⁸.

Quanto al principio di sovranità, l’erosione del *Welfare State* e la reintroduzione di forme pure di libero mercato sono opera di organi esterni (FMI, Banca Europea, WTO, organi della UE, ecc.), creati da fonti convenzionali, e spesso si realizzano in assenza di alcun tipo di procedimento formale di revisione, ignorando le disposizioni costituzionali e attaccando il nucleo delle costituzioni nazionali, riuscendo a minare la stessa base della sovranità¹¹⁹.

derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad, México, 2014; E. Ferrer Mac-Gregor (ed.), *El control difuso de convencionalidad*, Querétaro, 2012; E. Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid et al., 2013; E. Ferrer Mac-Gregor, A. Herrera García (eds), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, 2013; L.G. Marinoni, V. de Oliveira Mazzuoli, *Control de Convencionalidad. Un panorama latino-americano*, Brasília, 2013; M. Carducci, V. de Oliveira Mazzuoli, *Teoria tridimensional das integrações supranacionais*, Rio de Janeiro, 2014.

¹¹⁷ «Qualora ci fosse una antinomia insanabile fra la legge costituzionale e la legge ordinaria, si dovrà, naturalmente, dare la preferenza a quella verso cui siamo legati da obblighi maggiori o, in altri termini, si dovrà preferire la Costituzione, alla volontà dei rappresentanti del popolo la volontà del popolo stesso». Quando i giudici delle leggi siano abilitati a sindacare nella forma e/o nello stesso contenuto le revisioni costituzionali, come accade in molti ordinamenti o per espressa disposizione della Costituzione o a seguito di pronunce giurisprudenziali, evidentemente c’è uno stravolgimento dell’idea stessa del controllo di costituzionalità: da controllo sugli abusi delle maggioranze, in nome della supremazia della Costituzione, diviene controllo del potere costituente sul potere costituito, in tutte le sue manifestazioni. Si disloca altrove, allora, l’interrogativo iniziale posto da Hamilton, dalla filosofia politica francese e poi da Schmitt e da Kelsen: la domanda non è più (solo) «chi controlla la legge?», oppure «che legittimazione hanno i giudici per annullare gli atti del popolo sovrano, decisi dalla maggioranza dei suoi rappresentanti?» (domanda che neppure in alcuni ordinamenti venati di populismo e succubi di una tradizione caudillista viene più formulata), bensì: «può lo stesso popolo sovrano, pur con i procedimenti stabiliti dal patto costituente, modificare il medesimo nel suo “nucleo essenziale”?», e di conseguenza «chi è il custode (non della Costituzione ma) di tale patto?».

¹¹⁸ Non a caso, la Costituzione degli Stati Uniti prevede, all’art. II, sez. II, § 2, che per l’approvazione dei trattati occorrono 2/3 dei senatori.

¹¹⁹ V. ad es. nella vastissima letteratura [muovendo dal classico B. de Jouvenel, *De la souveraineté*, Paris, 1955, trad. it. *La sovranità*, Milano, 1971, e dalle critiche di L. Duguit (che definisce la sovranità una “entità metafisica”), in *Leçons de droit public général faites à la Faculté de Droit de l’Université égyptienne (pendant les mois de janvier, février et mars 1926)*, Paris, 1926], M. Fondevila Marón, *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea*, Madrid, 2014; inoltre R. Louvin, *Legami federativi e declino della Sovranità. Quattro percorsi costituzionali emblematici*, Torino, 2001; A. Somma, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018.

5.3. Giustizia costituzionale e transnazionale

Dentro la forma di Stato costituzionale, là dove la costituzione è supportata dalle formulazioni filosofiche sottostanti, al controllo giurisdizionale di costituzionalità si è sovrapposto quello di convenzionalità, nel quale il parametro è estraneo alla costituzione basata sulla sovranità popolare. In sintonia con le spinte globalizzatrici, esso viene individuato nelle nuove Carte e Dichiarazioni mondiali o regionali, o nei principi e valori “universali”, o pretesi tali, dichiarati o comunque resi effettivi dalle stesse Corti. In un caso come nell’altro, si avverte un ritorno a una visione metafisica del diritto, che supporta operazioni assai più terrene, ovvero l’imposizione di un non-diritto economico (quello della globalizzazione).

Le Corti, alla politica legittimata dal popolo, contrappongono ormai quasi ovunque proprie visioni, che tendono ad affermarsi e a condizionare intensamente la democrazia rappresentativa. Sacche di resistenza sono presenti dove, per tradizione, non c’è bisogno di un potere “contromaggioritario”, basandosi la costituzione su tradizioni e valori condivisi¹²⁰; dove ancora si afferma l’idea che il popolo debba comunque prevalere in caso di conflitto; dove il potere politico, legittimato democraticamente e direttamente, è ancora insofferente ai lacci di quello giurisdizionale, e tende perciò a circoscriverne il raggio di azione.

Per lo più, però, si accetta che, in certi casi, la “sapienza dei giudici” possa sostituirsi all’autorità della legge¹²¹: sia quando in gioco è il rapporto tra società e istituzioni – si tratta dei diritti –, sia quando occorre un arbitro neutrale dei conflitti interorganici o intersoggettivi. Oltre alla forma di Stato, perciò, le Corti condizionano il tipo di Stato (i rapporti tra centro e periferia) e la forma di governo. L’intervento delle Corti nell’alveo della forma di governo è frenato – specie in quella parlamentare – dall’esistenza di aree non giustiziabili, dovute alla carenza di parametri certi – la materia è quasi sempre lasciata a convenzioni, consuetudini e prassi –, e all’autolimitazione.

Le dottrine neocostituzionaliste, che nelle versioni più radicali consegnano alle Corti costituzionali il perenne bilanciamento dei valori, anche in spregio ai limiti frapposti, ne legittimano un incessante attivismo, disequilibrando la loro indole di potere di freno e di correzione. La scelta assiologica non è dunque dialogica, né storicamente determinata dalle contingenze, e collegata alle determinazioni di ciascuna costituzione, ma aprioristica: tra le opzioni dei rappresentanti del popolo o del popolo stesso, anche in sede di revisione, e quelle dei giudici della legge (o delle revisioni), a prevalere dovrebbero sempre essere questi ultimi, quali portatori di valori universali (di cui tali dottrine si fanno a loro volta interpreti, autoattribuendosi il potere di decidere cos’è valido, utile e imprescindibile

¹²⁰ Cfr. S. Baldin, *Profili costituzionali del buen vivir andino*, Torino, 2019.

¹²¹ Cfr. N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, rist. Bologna, 1996, 98 s.

in qualsiasi luogo e senza limiti di tempo). Chi tali teorie sostiene, però, è costretto spesso ad assumere, nel diritto comparato, precise scelte politiche: perché il potere delle Corti sarebbe giustificato solo quando esse pretendono di prevalere su legislatori che non accolgono le assiologie della dottrina, mentre nel caso opposto, forse, potrebbe avere ragione il legislatore (o il potere di revisione).

6. Conclusioni

Le relazioni presentate in questo convegno sono lo specchio fedele della eterogeneità degli studi in materia di fonti, come pure delle diverse idee che si hanno del diritto comparato come scienza distinta (o indistinta) dai diritti interni.

Una parte di studiosi si accosta alle fonti dalla prospettiva positivista tradizionale, saldamente ancorata ai concetti di validità, di Stato, di autorità, di gerarchia, di competenza, ecc., non solo quando si sofferma sul proprio ordinamento, ma anche quando per avventura tratta di sistemi basati su altri valori, lessici, concetti e tradizioni. Tendenzialmente, questa quota comprende i ricercatori di diritto interno, e quanti a esso restano tenacemente legati, per occuparsi di singoli diritti statali o di tematiche declinate con approccio *top-down*. Altri avvertono i limiti di questa impostazione, ma faticano ancora a liberarsi dai crittotipi culturali che condizionano l'uso di categorie "estranee", pur percependo l'importanza di aprire. Un gruppo (alquanto sparuto) dimostra infine di essersi affrancato da questi laccioli, e accetta di trattare le fonti da un'angolazione descrittiva, basata sull'analisi dell'effettiva vigenza e della vincolatività che ne deriva. Si tratta di chi è consapevole delle due accezioni di "fonte", di cui si è discusso all'inizio, e distingue prospettive profondamente diverse, come insegna d'altronde la classica teoria generale del diritto.

Altra questione attiene alla metodologia di ricerca sulle fonti in diritto comparato, ovvero come vengono studiate (e insegnate), alla luce dei livelli di approfondimento e latitudine prescelti.

Pare avvertirsi un sempre maggiore distacco dalle tematiche di teoria generale, che come ci ricorda, tra gli ultimi, Tusseau, non può andare disgiunta dall'analisi comparatistica¹²², sovente ridotta alla descrizione della "crosta formale", e indifferente alle implicazioni teoriche. Tra esse, la

¹²² G. Tusseau, *Quelques impressions sur la comparaison juridique en France: une croissance inorganique et sous-theorisée*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 14, 2013, 1 ss., e in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013, 429 ss.; Id., *Au-delà des 'modèles' de justice constitutionnelle, pour un comparatisme pragmatiste*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 12, 2013, 1. ss., trad. it. *Oltre i 'modelli' di giustizia costituzionale, verso una comparazione pragmatista*, in S. Bagni (ed.), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, Bologna, 2013, 23 ss., e già *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica – Contre les "modeles" de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, Bologna, 2009, trad. sp. *Para acabar con los "modelos" de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, Porrúa-Imdpc, México, 2011, 111 ss.

consapevolezza dei limiti che derivano dall'esterno, e cioè dalle convenzioni semantiche e istituzionali. Negli studi macrocomparativi, gli eventuali limiti metodologici dati dai condizionamenti dell'ordinamento di appartenenza e dall'ideologia (ma anche da mera ottusità o pigrizia) vengono subito segnalati dall'impianto dei lavori, dagli indici, dalla distribuzione della materia, oltre che dalla lettura delle esplicazioni introduttive e delle conclusioni.

Inoltre, nella stragrande maggioranza dei contributi che affrontano o toccano il tema delle fonti, siano essi micro o macro, neppure si accenna a epistemologie diverse da quelle basate sull'analisi razionale delle stesse, persino quando ci si rivolge a un pubblico più ampio di quello nazionale, e le "istanze del ricevente" ci limitano nell'uso dei linguaggi e dei concetti.

Quanto ai profili sostanziali, già ho sottolineato che, forte del discredito della politica in gran parte dei paesi del mondo, del declino delle formazioni intermedie tra Stato e società, della crisi dei partiti politici, della palingenesi della dicotomia amico-nemico, del personalismo delle *leadership*, della icasticità dell'informazione politica, del declino del formalismo delle fonti, il connubio tra (parte della) dottrina e giurisdizioni costituzionali (e transnazionali) genera una nuova fonte di legittimazione dei sistemi giuridici del mondo, che condiziona l'intera produzione giuridica e che traduce l'attivismo giudiziale da "dittatura commissaria", autorizzata democraticamente, a "dittatura sovrana", autorizzata solo da sé stessa e da un altro "potere" non democratico, la dottrina. Ciò non solo in aree giuridico-culturali dove non c'è frattura tra formante culturale e formanti giuridici, ma anche – con pretese egemoniche e, a volte, supino accoglimento – pure dove il distacco sia profondo e radicato nei secoli¹²³.

Al lato dei criteri di legittimazione delle fonti individuati dalla dottrina, sembrerebbe quasi farsi strada, oggi, un ulteriore criterio, a base mistico-laica, che condiziona tutti gli altri e vi si sovrappone.

Ha dunque ragione Pizzorusso quando, rettificando la categorizzazione di Vanderlinden, accomuna in un'unica classe il diritto giurisprudenziale, anche se ripartendolo in due categorie: diritto giurisprudenziale dei dotti, e diritto giurisprudenziale dei giudici?

Sembrerebbe di sì; tuttavia quale criterio legittimativo Pizzorusso pone il precetto «segui la ragione». Esso spiega esaurientemente le motivazioni delle fonti della globalizzazione: dottrina e giurisprudenza, unite nella lotta, si fanno interpreti dell'eredità di Kant e Jellinek, e a scapito del diritto politico (e di altre forme di produzione, come la tradizione), giustificano la sua prevalenza e la legittimità della sua imposizione globale.

La ragione, però, non sta alla base del diritto "giurisprudenziale" dei sapienti in aree immense quali sono quelle dei diritti orientali, islamico e –

¹²³ *Costituzioni e fonti del diritto*, cit., cap. III, sez. II, § 1.

dove si riscontri – ctonio. Lì, a guidare le decisioni, sono precetti diversi dalla ragione, come l'etica o la religione o la tradizione, e quindi appare più convincente la divisione proposta da Vanderlinden¹²⁴.

Insomma: se si guardi al diritto occidentale, la ragione, incarnata unitariamente da giudici e professori, pare davvero stia imponendo una categoria nuova di legittimazione della produzione del diritto, che erode via via le altre; in altre parole c'è, ancora più marcata, la prevalenza della categoria unitaria proposta da Pizzorusso, che addirittura assorbe anche parte del diritto convenzionale e politico. Se, però, si cambi prospettiva, ci si accorgerà che in altre aree del globo alla base della giurisprudenza dei dotti non sta quasi mai la ragione, il che spiega la resistenza frapposta a questo criterio legittimativo e la sopravvivenza o la palingenesi di altri criteri (la tradizione, la divinità, il consenso, la volontà politica)¹²⁵.

Manterrei dunque – ma mi riservo di cambiare idea in futuro – l'unificazione categoriale proposta da Pizzorusso, vieppiù oggi vincente, a patto di espungerne i riferimenti a *īṣmā*, *Nibandhas* e altre forme di diritto giurisprudenziale a base dotta e non giudiziale, proprie di diritti non occidentali.

Una proposta unificatrice – ne sono convinto – potrebbe realizzarsi solo se il diritto occidentale, abbandonando o almeno attenuando le sue pretese egemoniche, acconsentisse a condividere il suo nucleo duro (i diritti, la dignità) con valori che rappresentano il nucleo di altre culture, ma anche della propria, come famiglia, fraternità, natura, dovere, armonia¹²⁶.

Lucio Pegoraro

Dip.to di Scienze politiche e sociali

Università degli Studi di Bologna

luciopegoraro@hotmail.com

¹²⁴ Vedine in A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 94, il sunto ricordato alla nt 49.

¹²⁵ Anche se va vieppiù permeandoli. Cfr. D. Amirante, *L'economia viaggia veloce, il diritto lento*, cit., I, 121 ss.

¹²⁶ Lo ho proposto in *Blows against the Empire*, cit., sulla base di una ricognizione degli elementi basilari di varie tradizioni giuridiche.