

## **Cultura e culture.**

Rileggendo Roberto Toniatti attraverso qualche esergo sparso qua e là

Lucio Pegoraro\*

«Je ne suis d'aucune époque ni d'aucun lieu.  
En dehors du temps et de l'espace, mon être spirituel  
vit son étincelle d'expérience. [...]  
Je suis noble et voyageur.  
Tous les hommes sont mes frères, tous les pays me sont chers. [...]  
Je suis Cagliostro» (1786)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Antefatto – 3. Percorsi. – 4. Eserghi a-valutativi. – 5. Eserghi condivisi? – 6. Eserghi divaricanti? – 7. Convergenze parallele.

### **1. Premessa**

Ero incerto se festeggiare l'amico Roberto dedicandogli una cosuccia in corso d'opera, che intollerò – richiamando i mitici Jefferson Starship dei nostri anni – Blows against the Empire.

Ho pensato anche all'aneddotica; come quando ha proposto di cucinare nella sua casa trentina la iota, tipica minestra triestina di crauti (è un bravo cuoco), ma gli abbiamo suggerito di virare su altro (a Trieste, dove insegnavo io, la proponevano ogni sera); o, quando mi ha buttato lì che a Trento c'era da coprire la cattedra lasciata dalla prematura scomparsa di Giustino D'Orazio, ma mi è parso che fare "Trento e Trieste" fosse troppo risorgimentale. Ce ne sono altri, ma me li sconsiglia la prudenza, magari li tireremo fuori quando andrò in pensione anch'io. Poi invece mi sono soffermato su una chiacchierata telefonica, seguita a una sorta di dialogo sulla comparazione che ha avuto luogo su DPCE online, e ho deciso di proseguirla, stavolta per iscritto.

### **2. Antefatto**

L'antefatto: mi era stato richiesto dal direttore Ferrari di presentare il fascicolo celebrativo dei venti anni di DPCE. Non mi piacciono tanto le celebrazioni, a parte il 25 aprile cantando Bella ciao e altre canzoni di libertà e di giustizia, così ho preferito una provocazione sulla "politica culturale" della Rivista. Lì ho sottolineato l'esigenza di accentuare quantitativamente gli scritti di "vero" diritto comparato, più di quelli – che pur accompagnano la storia di tutti noi –, di diritto interno o straniero. Questo anche per mitigare il rischio che, parallelamente, il gruppo disciplinare continui ad accogliere studiosi e studiose che – come ahimè è successo – neppure hanno mai

---

\* 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). Professore ordinario di Diritto pubblico comparato, Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali, Università di Bologna.

sentito nominare Giovanni Bognetti, o che scrivono solo o quasi sul loro paese d'origine, quale che sia; che, insomma, esso sia (anche) un contenitore dei rimasugli che non trovano collocazione altrove: le "competenze residuali".

La Rivista – argomentavo così – per supportare la propria ragion d'essere dovrebbe decidere cosa sta dentro e cosa sta fuori dal diritto pubblico comparato, come a sua volta il gruppo disciplinare dovrebbe dirottare ad altri lidi chi comparatista proprio non lo è. Rita Levi Montalcini è stata bravissima nel suo campo, ma una Rivista comparatistica non dovrebbe pubblicare i suoi lavori, e nessuna commissione di Ius 21 darle l'idoneità. Tutto ciò, nella piena consapevolezza che: a) ciascuno di noi ha nel suo carnet scritti eterogenei, di cui solo una parte fanno comparazione in senso stretto; b) fare l'actio finium regundorum di "diritto comparato" è più difficile che tracciare le frontiere di altre discipline. Nella stessa sede, infatti, come già in passato, patrocinio legami più stretti non solo con settori giuridici affini (privato comparato), ma anche con scienze diverse (sociologia, antropologia, storia e geografia, che conosce difficoltà di delimitazione disciplinare analoghe al diritto comparato), rifiutando però la "patente" di comparatista a chi studia solo il proprio orto, oppure studia l'orto del vicino con la "mentalità" (direbbe Sacco) del giurista interno, e l'"interno" egli assume a parametro di valutazione. Costui è un infiltrato, un abusivo, un cavallo di Troia, è lo spermatozoo afro di Woody Allen in Tutto quello che avreste voluto sapere sul sesso.

Roberto ha replicato – anche se, da vero signore, con più garbo di quanto amo fare io – usando pure il paradosso per chiarire meglio, anche se sa bene che quello che auspico non è certo la purezza della razza ma molto più limitatamente, come ho appena detto, mitigare il rischio di una Rivista e soprattutto di un gruppo disciplinare che sia una «sinistre catégorie attrape-tout»<sup>1</sup>.

Scrive infatti che «La definizione di una identità disciplinare e metodologica è però, di per sé, questione complessa ed è inevitabile che in proposito si manifesti una tendenza alla polarizzazione fra una visione rigorosa dell'ortodossia, orientata alla selezione e all'esclusione ed una concezione eterodossa, più inclusiva, plurale, volta più a riconoscere in negativo ciò che è altro da sé – ossia i non comparatisti – che a determinare in modo restrittivo i requisiti indefettibili necessari per essere ammessi nel club. Del resto, è proprio la materia oggetto di indagine comparata ad esigere, come già rilevato, una significativa flessibilità metodologica. Io mi riconosco in questa seconda concezione, che mi sembra maggiormente idonea ad esprimere tutta la ricchezza del potenziale della disciplina attraverso una tipologia articolata di contributi, quale – non a caso – è riflessa nella maggioranza della produzione della DPCE di questi primi venti anni. Dal punto di vista metodologico, la rivista viene pertanto a rappresentare il mainstream della produzione italiana nel campo del diritto pubblico europeo e comparato».

Come non essere d'accordo? Anche sull'allusione al ruolo ieratico, che nelle mie pagine riversavo come accusa nei confronti di quei «Sacerdoti e monaci che senza alcuna base dimostrabile e solo con la buona fede dell'onestà intellettuale e delle grandi capacità scientifiche vendono, quali assoluti, valori relativi. Come De Niro in The Mission precedeva con fede e umanità le conquiste e il sangue sparso dai vari Cortés e Pizarro, servono da buon alibi per l'esportazione coloniale, non solo del

---

<sup>1</sup> M. DAVIS, Les héros de l'enfer, Textuel, Paris, 2006, p. 9, a proposito della categoria "terroristi".

diritto e dei diritti ma, dietro, dell'economia rapace, ahimè spesso attraverso la guerra, la rapina, lo sfruttamento dell'uomo e delle risorse ambientali», e che Roberto – correttamente – mi ribalta contro: «Lucio Pegoraro sembra invece volersi porre come "sacerdote" (laico, per supposto) dell'ortodossia della comparazione nel diritto pubblico e non a caso parla di *actio finium regundorum*, ammettendo peraltro che si tratta di un'operazione non facile».

Di qui la telefonata di cui all'inizio, per condividere (se proprio non tutte) gran parte le sue affermazioni, soprattutto quelle relative «all'approccio del *law in context*, al background storico e culturale degli apparati istituzionali e normativi extraeuropei, alla ineluttabilità – fondata quasi più sulla deontologia professionale del comparatista che sulla curiosità scientifica – di superare i margini di eurocentrismo (quella che io chiamo, sia pure con approssimazione, tradizione giuridica e costituzionale euro-atlantica)»; e in particolare per fare sua la preoccupazione che «Questo percorso culturale e metodologico, però, per quanto auspicabile, non si improvvisa e richiede un impegno notevole, l'impegno di una élite di comparatisti nel diritto costituzionale ma non dovrebbe essere un percorso prioritario che ci si possa attendere da tutti e ancor meno che si possa imporre».

È vero che «Il rigore contro gli abusivi della comparazione presenta, fra gli altri, l'inconveniente di scoraggiare chi, almeno in un certa fase, non ha tutte le credenziali di ammissione in regola e, se non destinatario di ulteriori chances, potrebbe abbandonare del tutto il percorso articolato e vario della comparazione mainstream e finire nel gruppo dei cultori di diritto interno che si dilettono di "riferimenti comparatistici" di natura meramente informativa e soprattutto del tutto avulsi dal ragionamento di fondo della loro ricerca». Soprattutto, sono d'accordo che «I seniores della disciplina [ed entrambi siamo dentro questa categoria] non dovrebbero dimenticare la propria esperienza individuale di maturazione, di sviluppo della capacità di impostare una ricerca, dell'evoluzione della propria attitudine non solo in sede di analisi ma anche nel cogliere e valorizzare il momento prezioso dell'intuizione».

Ma è proprio qui che volevo arrivare: sollecitare la Rivista (e il gruppo disciplinare) a facilitare di più questo percorso di formazione di cui parla Roberto, incoraggiando chi dimostra le potenzialità e scoraggiando chi – come pretende l'attuale sistema – si accontenta di produrre un certo numero di pagine, su qualsiasi cosa, quale che sia la qualità, in ogni sede purché classificata "A", confidando poi sulle modalità decentrate di selezione, dove ciò che conta non è il valore ma la vicinanza (anche genetica, come se il 1789 fosse passato invano). Al pari di chi, non avendo da tempo questi problemi, si diletta solo o quasi solo di diritti dogmatici che niente o quasi hanno a che vedere con la comparazione, salvo poi decidere le sorti dei futuri comparatisti<sup>2</sup>.

Si tratta, in poche parole, di suggerire un percorso, come bene nota D. Amirante: «In pratica il diritto comparato individua la direzione, ma non conta i passi

---

<sup>2</sup> V. in proposito, sempre in DPCE online, n. 42 (1) 2020, p. 821 ss., anche le considerazioni di G.F. FERRARI, La comparazione tra necessità teoriche e limitazioni pratiche.

necessari per arrivarci (come fa, invece, il dommatismo positivista), né esclude che si possano percorrere diversi sentieri per giungere alla meta»<sup>3</sup>.

### 3. Percorsi

Nel suo scritto, Roberto mi ha richiamato a un dovere: non dimentichiamoci chi eravamo, su cosa scrivevamo, qual è stato il nostro percorso, come siamo maturati. Ciò non distoglie dal parallelo dovere di studiare e insegnare il diritto comparato e non altre cose, ma esorta all'indulgenza, e soprattutto a capire che per fare comparazione (non oso quasi più dire "vera comparazione"... ) occorre prima, anche se non solo, approfondire cose che comparazione non sono. Proprio ieri ho scritto a una mia laureata, pentito delle lacrime che le ho fatto versare sulla mia scrivania (vere, e copiose) sgridandola perché prendeva a metro di paragone le cose domestiche; e pensavo a un altro laureato "messo in riga" che, in una buona tesi sulla nuova costituzione cubana, ne valutava alcuni istituti sulla base del solito consueto parametro dei diritti soggettivi occidentali, e non degli equilibri tra modelli ispiratori, geopolitica, esigenze economiche, cultura giuridica, della coerenza interna, delle implicazioni lessicali, ecc. Ha ragione Roberto Toniatti (e ovviamente anche Sacco): la mentalità non si insegna a bastonate, e non dico la capacità di impossessarsi, ma almeno quella di cercare di capire le altre culture giuridiche, si raggiunge solo con percorsi di maturazione.

Per valutare bisogna tener conto della "longue durée" di cui parla F. Braudel<sup>4</sup> e che caratterizza le nostre carriere di studiosi. Anche il percorso scientifico di Toniatti ne è una testimonianza, come lui stesso ci ricorda. Non casualmente, anche ora continuo a citare, più spesso di quelli recenti, i suoi scritti giovanili (compresi quelli c.d. minori), dove la comparazione "stretta" è meno presente. Da quelli su Israele (la "costituzione a tappe" come modello pluritestuale), al libro sul potere estero negli Stati Uniti, fino al lavoro sulle inchieste (parallelo ai miei primi sulle indagini conoscitive), e all'appointing power alla Corte Suprema. (Mai mi hanno appassionato invece i lavori sulle forze armate, e neppure hanno scosso mie corde sensibili, a quei tempi, quelli su capo di Stato, governo e magistratura, fino, per quest'ultimo tema, a una proficua intersezione in un Prin di qualche anno fa, che ha dato luogo a convegni, libri congiunti o paralleli e – come si dice ora – "prodotti" rimarchevoli<sup>5</sup>.) Gli "anni d'oro" di Toniatti – citando la quadrilogia di Lucio Battisti – sono quelli di apertura all'altro, se pure declinato spesso nell'alveo di una Grundnorm convenzionale, e cioè gli innumerevoli studi sulle autonomie e le minoranze. La "sede", l'habitat, non poteva non incidere sulle scelte tematiche (Trento, grande fucina di grandi comparatisti e in generale, grazie anche all'impegno del Preside Toniatti, grande facoltà giuridica aperta al mondo, quindi in controtendenza rispetto al prevalente parrocchialismo).

---

<sup>3</sup> D. AMIRANTE, "Una specie che si crede un genere": il diritto pubblico comparato e i sedimenti della post-modernità, in DPCE online, n. 42 (1) 2020, p. 841.

<sup>4</sup> F. BRAUDEL, *Histoire et sciences sociales. La "longue durée"*, in *Annales E.S.C.*, XIII, n. 4, 1958.

<sup>5</sup> In particolare, R. TONIATTI, M. MAGRASSI (cur.), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Cedam, Padova, 2011.

Potremmo dire, con Piero Gobetti, ricordato nel volume coordinato insieme a G. Pavani *Municipi d'occidente. Il governo locale in Europa e nelle Americhe*:

«Si parta dunque dalle unità politiche più piccole: la provincia e il comune; si rafforzi e si consolidi l'autonomia di cui godono già adesso nel campo dell'amministrazione; si lasci a questi organi locali la facoltà di unirsi e di fondersi secondo gli interessi che nasceranno: ecco la base per il nuovo ordinamento».  
Piero Gobetti

Le "impressioni di settembre" (l'allusione è a una famosa canzone della PFM) – infine – consegnano alla comunità scientifica (e ai giovani, speriamo!) le riflessioni più mature su una comparazione non legata al monismo statualista ma al pluralismo, la diversità culturale, anche al di là della tradizione giuridica e costituzionale euro-atlantica, oltre che sul metodo (ovviamente, con qualche incursione nel passato e ritorni ad antichi amori).

#### **4. Eserghi a-valutativi**

L'esergo spesso è capace di rappresentare l'essenza di un messaggio, di una idea (il "nucleo duro", direbbero i costituzionalisti) contenuto nello scritto che esso precede. Non ne ho trovati nei tanti scritti di Roberto che ho in casa o riesco comunque a consultare, pandemia permettendo – tanti, ma pochi rispetto al complesso imponente della sua produzione. Provo dunque a esercitarmi in un cimento più arduo: ossia domandarmi, in base agli eserghi utilizzati nei miei scritti, e in molti scritti con Angelo Rinella, quanti potrebbero corrispondere anche alle sensibilità di Roberto Toniatti.

Alcuni sono "politicamente" (ma non metodologicamente) neutri, come il seguente di Justice Breyer (in *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*):

«We are interpreting our Constitution, not those of other nations, and there may be relevant political and structural differences between their systems and our own»;  
«their experience may nonetheless cast an empirical light on the consequences of different solutions to a common legal problem».  
Justice Breyer, dissent in *Jay Printz v. United States* (1997)

Non credo ci siano dubbi su una adesione di Toniatti alle parole di Breyer, anche se Scalia non aveva tutti i torti nel rivendicare l'elemento storicistico nell'applicazione giudiziale della Costituzione (il che poi solleva tutti i problemi che vedremo di qui a un attimo). Breyer, alla fin fine, dice una cosa semplice: noi dobbiamo decidere in base a quello che siamo noi, ma, dato che ci siamo, diamo

un'occhiata per capire come gli altri decidono cose simili; non si sa mai, anche l'esperienza insegna. È l'essenza della comparazione, ed evoca la distinzione tra imposizione e prestigio (sempre che essa sia nitida, del che dubito<sup>6</sup>). Scalia, rifiutando l'uso della comparazione, confonde l'obbligo giuridico (adeguarsi a quello che fanno gli altri, almeno sul piano dei vincoli posti dal metodo razionale) con il profilo gnoseologico (sapere, conoscere, per sviluppare adeguatamente un processo di decisione e formulare adeguatamente un processo di validazione). Solo gli hooligans di von Kirchmann (ai quali dirigo i miei strali nelle pagine polemiche sopra evocate) possono ragionare in termini di diniego assoluto dell'utilità di servirsi della comparazione, anche in giurisprudenza, e nessun comparatista – per quanto possano essere labili e fuzzy le pareti della categoria, e ampia la frangia grigia della semantica – potrebbe sostenerlo senza smentire sé stesso.

L'esergo di Breyer fa da pendant a quello di M. de Montaigne, evocato in *Los jueces y los profesores: la influencia de la doctrina sobre las decisiones de los Tribunales y Cortes constitucionales*, che non abbisogna dunque di ulteriori commenti:

«Un jugement roide et hautain, et qui juge sainement, et sûrement:  
il use à toutes mains, des propres exemples, ainsi que de chose étrangère:  
et témoigne franchement de lui, comme de chose tierce:  
Il faut passer par-dessus ces règles populaires, de la civilité,  
en faveur de la vérité, et de la liberté».  
Montaigne, "De l'art de Conferer", *Essais*, chapitre VIII

Altri eserghi pure coinvolgono profili a-valutativi, e tirano in ballo l'esigenza di affinare gli strumenti linguistici del comparatista. In *Il diritto comparato nel dibattito sulle proposte di riforma costituzionale in materia di decentramento territoriale* ricordo una frase di Jacques Derrida:

«Tutte queste persone sarebbero radicalmente incompetenti non perché, paradossalmente, sanno in anticipo, come credono quasi sempre, cos'è l'uomo, cos'è la vita, cosa vuol dire "presente", cosa vuol dire "giusto" (...), ma sarebbero incompetenti, come ritengo siano spesso, perché credono di sapere, perché sono in condizioni di sapere e sono incapaci di articolare queste domande e imparare a formularle. Non sanno né dove né come si siano formate, e dove e come imparare a ri-formarle».  
J. Derrida, *Penser ce qui vient*, 2008

Di Italo Calvino invece è il seguente, in *Derecho constitucional comparado y uso connotativo de la palabra «derechos» (y de los adjetivos que la acompañan)*:

---

<sup>6</sup> Rimando a *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)*, Ed. Un. de Almería, Almería, 2013, pp. 75 ss., e in *Pensamiento const.*, n.18, 2013, p. 331 ss.

«A veces me parece que una epidemia pestilente  
había golpeado la humanidad  
En la facultad que mas la caracteriza, es decir el uso de la palabra,  
Una peste del lenguaje  
Que manifiesta como una pérdida de la fuerza connotativa e inmediatez,  
Como automatismo que tiende a liberar la expresión  
Sobre fórmulas más genéricas, anónimas, abstractas, que diluyen los  
significados,  
A atenuar los puntos expresivos, a apagar cada centella  
Que irradia del choque de las palabras con nuevas circunstancias».  
Italo Calvino, Lezioni americane, 3, Esattezza

Scrive Toniatti, denunciando la mancanza di innocenza che spesso si cela dietro l'uso delle parole: «Come ho avuto modo di sostenere (in *Comparing Constitutions in the Global Era: Opportunities, Purposes, Challenges*, 2019 Robert Casad Comparative Law Lecture, Kansas Law Review, 2019, vol. 67, 693 ss.), la diffusione nel mondo del fenomeno costituzionale ha fatto sì che parole e concetti come costituzione e costituzionalismo abbiano perso il proprio significato originario e si applichino ora a contesti i più vari e con significati del tutto inattendibili: sia sufficiente riferirsi alla pratica sempre più frequente di ammettere un costituzionalismo non liberale o un costituzionalismo "con caratteristiche cinesi" mai precisate che valgono poco più di un ossimoro non innocente».

In totale accordo, a *Costituzioni e democrazia: riflessioni critiche su definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo* ho anteposto l'esergo tratto dal *Cratilo* di Platone:

«Cosciché, mio ottimo Ermogene, anche il nome,  
che di sua natura s'addica a ciascun oggetto,  
quel legislatore deve saperlo porre ne' suoni e nelle sillabe;  
e, mirando a ciò che è in sé nome, creare e imporre tutti i nomi,  
se vuole essere un autorevole ponitore di nomi?  
E se non ogni legislatore lo pone nelle medesime sillabe,  
non è da sorprendersene, giacché neanche ogni fabbro,  
pur facendo per lo stesso lavoro lo stesso strumento,  
lo costruisce dello stesso ferro; ma nondimeno,  
sempre che gli dia la stessa idea, anche se d'altro ferro,  
lo strumento starà bene lo stesso, così se lo faccia qui, come se tra barbari».  
Platone, *Cratilo*

pur se, citando Pippi Calzelunghe<sup>7</sup> («Ma infine – chiese l'amichetto Tommy a Pippi Calzelunghe – chi è che da principio ha inventato i significati delle parole?». «Mah, un gruppo di professori barbosi» – rispose Pippi), ponevo l'interrogativo: «a chi compete definire le caratteristiche di un ordinamento? Al legislatore costituzionale,

---

<sup>7</sup> A. LINDGREN, Pippi Calzelunghe, trad. it., Salani, Firenze, 1994, p. 184.

alla dottrina, o a entrambi? (o magari, aggiungerei oggi, agli attori del diritto globale?)».

Lo spiega bene Roberto: «Each constitution is theoretically expected to bear a potential of differentiation of its specific identity from other constitutions as it is instrumental to the free choice by the constituent power of its own set of fundamental values, basic rules, institutions, and public policies. Constitution-making has been traditionally qualified as the free exercise of public power intrinsically exempt from any prior legally binding constraints that would be regarded as incompatible with an authentic constituent and constitutional sovereignty»<sup>8</sup>.

L'osservazione empirica e il successivo lavoro classificatorio, teorico, inducono il comparatista a dire che, se ricorrono certe caratteristiche, a un certo ente va dato un certo nome: "Stato accentrato", "confederazione", "Stato regionale", "Stato democratico", ecc. Se non ricorrono, checché dica la costituzione o la legge, quel nome non gli compete. Sorge però un problema. Nel classificare e nel definire, a meno di avere visioni preconette e pertanto a-scientifiche, il comparatista deve, appunto, tenere conto dell'osservazione empirica. Se, ad es., molti ordinamenti si definiscono "democratici" pur basandosi sui principi della legalità socialista (come la DDR) o della shari'a e non sulla divisione dei poteri e il riconoscimento dei c.d. diritti umani, non potrà arbitrariamente negare che essi siano "democratici", se non assumendo che la parola "democratico" ha solo il significato che la sua cultura giuridica gli attribuisce: quanto meno, dovrà ammettere che esistono almeno due o tre o più concezioni di "democrazia", e che se egli non considera "democratici" tali ordinamenti, a dispetto di come essi si proclamano, lo fa rispetto alla sua concezione di democrazia, propria di molti ordinamenti (quelli la cui Grundnorm egli assume a regola di condotta), ma non di tutti.

Per scegliere chi deve essere il padrone del linguaggio, si tratta di accogliere metodologicamente la posizione di Alice oppure quella di Humpty Dumpty<sup>9</sup>; un comparatista può benissimo stare dalla parte di Alice: le dottrine politiche e il diritto comparato consegnano un bagaglio di definizioni, spesso se non sempre elaborate in seguito all'osservazione empirica, che se pure talora in modo approssimativo o anfibologico (poiché sono vaghe o ambigue) gli offrono lo strumento – l'uso consolidato e corrente – per dire che quell'ordinamento, a onta di ciò che dice la sua costituzione, non è democratico, oppure non è federale, secondo l'uso stratificato e prevalente della parola in questione.

## 5. Eserghi condivisi?

Tutto ciò si collega alla convinzione che il diritto comparato sia scienza descrittiva oppure prescrittiva e alla posizione verso la norma fondamentale.

Accettare o non accettare la norma fondamentale (e quindi porsi da una prospettiva interna o esterna all'ordinamento) è problema di chi vive, forgia, interpreta, studia quell'ordinamento. Come ricorda Scarpelli, il problema

---

<sup>8</sup> Comparing Constitutions in the Global Era, cit., p. 695.

<sup>9</sup> Vedi U. SCARPELLI, voce Metodo giuridico, in Enciclopedia Feltrinelli Fisher, Diritto 2, a cura di G. Crifò, Feltrinelli, Milano, 1972, e A. BELVEDERE, A., I poteri semiotici del legislatore (Alice e l'art. 12 preleggi), in AA.VV., Scritti per Uberto Scarpelli, Giuffrè, Milano, 1997.



dell'esistenza della norma fondamentale è diverso da quello della sua accettazione<sup>10</sup>. Lo è però, diverso, solo per il giurista interno (compreso il teorico generale), mentre per chi maneggia più ordinamenti da una prospettiva comparatistica non può esserlo, a meno di ipotizzare a parametro un'unica norma base, trattandosi invece di mero accertamento empirico, e non «di scelta, di presa di posizione, di applicazione di norme e valori metagiuridici»<sup>11</sup>. 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.»<sup>12</sup>. 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»<sup>13</sup>, che operano dentro un dato ordinamento. Giuristi dunque delle scienze interne, ordinamentali, non comparatisti (oppure giuristi, teorici e filosofi convinti che la norma fondamentale sia davvero una sola per tutti).

Icasticamente, pianta il problema dell'adesione alla norma fondamentale e della gnoseologia il Dr Spock, che ho utilizzato in *Comparazione giuridica e uso "esterno" delle scienze diverse*:

«Voler conoscere una cosa non significa giustificarla».  
Dr Spock, *Starship Enterprise*

Credo che ciò che distingue Toniatti da molti tautologici e imprecisi partecipi difensori dei valori sia anche il rigore analitico e scientifico, che non rifugge dalla militanza: esso esige supporto non dalla fede, che anima i cittadini partecipi della cosa pubblica, ma dallo studio svolto con oggettività, come con Rinella ricordiamo in *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici* (Cedam, 2013):

«È un errore gravissimo quello di formulare ipotesi  
prima di avere tutti i dati».  
A. Conan Doyle, *Uno studio in rosso*, 1887

Su questo penso che l'intera produzione scientifica di Roberto Toniatti converga; né potrebbe essere altrimenti per qualsiasi studioso serio.

Non tutti gli oggetti di indagine richiedono atti di adesione, anche se faccio mia l'esortazione di Silvia Bagni – in *All we need (to compare) is love revisited* – alla compassione e alla fraternità da usare come strumenti epistemologici<sup>14</sup>. L'amore con

---

<sup>10</sup> U. SCARPELLI, voce *Metodo giuridico*, cit., p. 419 ss. e spec. p. 420.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Ivi, p. 418.

<sup>13</sup> Ivi, p. 418 s.

<sup>14</sup> S. BAGNI, *All you need [to compare] is love revisited*, in *Comp. Law Rev.*, 9 (2), 2020, p. 54 ss.

cui bisogna accostarsi alla conoscenza, però, non significa sempre che si ami l'oggetto di studio. Ricordo che una volta la (allora) giovane Sabrina Ragone recensiva un libro di Mayte Salvador Crespo sulle province spagnole, da cui traspirava amore per esse, e le ho detto che doveva amare il libro, se mai, come pure l'eccellente autrice, cui in tanti siamo affezionati, ma non necessariamente le province (se pure, negli ormai lontani viaggi fra Trieste e Vicenza, sull'intercity delle 16.15 gli amici fisici della Sissa davvero avevano l'aria di amare i numeri che studiavano, si entusiasmavano per le sequenze che scoprivano, e con Claudio Bonvecchio si commentava: «sono pazzi!»).

Quando però, come noi, si studiano il federalismo, la democrazia, i diritti, e cose simili, sorge il problema della neutralità o meno, della funzione descrittiva o meno, del punto di vista interno o esterno alla norma, della valutatività, del parametro di valutazione. E qui, forse, il mio radicale relativismo non sempre collima con una posizione più militante di Roberto a favore dei valori di appartenenza e della loro difesa, peraltro coerente con quest'altra citazione di Piero Gobetti preposta a *El enemigo, la ecuación terrorista-extranjero y el ataque al Estado democrático de Derecho*:

«Si può difendere la tolleranza  
solo con l'intolleranza più inesorabile».  
P. Gobetti, *Rivoluzione liberale*, 4 marzo 1924

L'"amore" in questo senso può aiutare a capire meglio le cose, assicurando un elemento in più alla conoscenza, ma presenta anche il rischio di creare distorsioni, a causa dell'appartenenza<sup>15</sup>.

Nei suoi lavori su Est d'Europa, Asia e Africa il rigore scientifico si accompagna a una chiara scelta di campo a favore dei valori al cui rispetto siamo stati educati, e che potrebbe condensarsi nella celeberrima frase di Churchill sulla democrazia (il sistema peggiore, eccetto tutti gli altri).

Secondo molti costituzionalisti – quasi tutti gli statunitensi, e gran parte degli europei – il mondo è solo un terreno fecondo dove fare attecchire le idee dell'Occidente o, peggio, dove viaggiare per raccontare le cose domestiche, senza alcuna conoscenza di esso, né propensione all'apprendimento e di conseguenza al confronto (la "comparazione"). Una "filosofia" che il Frankenstein di M. Shelley riassume in questo modo (esergo in *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método*):

«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».  
Mary Shelley, *Frankenstein* (1818)

---

<sup>15</sup> ... su cui v. I. DIAMANTI, *Password. Renzi, la Juve e altre questioni italiane*, Feltrinelli, Milano, 2016. Tutti i rigori regalati alla Juventus li vedevano – magari in buona fede – solo gli juventini, ma proprio perché juventini. Vale anche per i diritti, il processo, la divisione dei poteri, ecc.

Toniatti la spiega così nell'intervento più volte citato:

«Si pensi, a mero titolo di esempio, alla difficoltà di una rilettura del diritto socialista sovietico – una delle tradizioni giuridiche europee apparentemente estinta – nel contesto culturale e politico asiatico (come nell'opera di H. Fu, J. Gillespie, P. Nicholson, W.E. Partlett (eds), *Socialist Law in Socialist East Asia*, Cambridge, 2018). Si pensi alla necessità di ripensare la categoria della laicità dello stato asiatico alla luce della spiritualità di fondo della società (non a caso l'emendamento al preambolo della costituzione indiana che ha inserito la qualificazione di *secular* a quell'ordinamento non riesce ad abbandonare il sistema di *personal laws* a base religiosa per la disciplina della sfera dei diritti civili – in primis, il diritto di famiglia – e a sostituirlo da un *uniform civil code* come pur previsto dalla costituzione). E l'esemplificazione potrebbe continuare a lungo.

Non intendo – sia chiaro – negare la comparabilità fra ordinamenti noti e quella che è stata ben definita come "comparazione estrema" (G. Crespi Reghizzi, *La comparazione giuridica estrema: l'Est europeo, l'Estremo Oriente, l'Africa e l'India*, in L. Antonioli, G.A. Benacchio, R. Toniatti (a cura di), *Le nuove frontiere della comparazione*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Trento, 2012, 241 ss.) ma affermare che occorre elaborare criteri di classificazione e categorie innovative e appropriate. Ancora una volta, si tratta della vocazione di una élite di studiosi che, a mio giudizio, risulta difficilmente generalizzabile oltre limiti ristretti e che, in ogni modo, non dovrebbe rappresentare la premessa per dubitare della funzione scientifica di chi preferisca occuparsi di micro o macro-comparazione consolidata fra ordinamenti dell'area euro-atlantica».

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. 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. Il diritto comparato non rinuncia a essere "diritto". Tuttavia rivendica con forza che non c'è conoscenza del diritto costituzionale senza conoscenza delle strutture che regolano i rapporti tra le persone e tra esse e le comunità, e viceversa che lo studio di questi ultimi non può prescindere dal considerare l'influsso che le "costituzioni" delle società hanno sui rapporti tra i privati. Ben lo sa chi conosce almeno un po' l'India, o la Cina, o l'Africa, o l'America Latina per averle guardate dritte negli occhi e nel cuore, cogliendone lo spirito e le peculiarità. Come scrive Cacucci, che ho citato in esergo in *América Latina* come *categoría y objeto de comparación*,

«Credo comunque che il contatto con l'"altro", a qualsiasi latitudine, inizi con un gesto di resa incondizionata: la rinuncia a propri schemi e abitudini, liberandosi dall'inconfessata certezza che la realtà sia univoca e unidimensionale, e che tutto possa venire interpretato da un solo modo di guardare. L'ingrediente più nefasto

della cultura occidentale credo sia proprio questa nostra ormai istintiva consuetudine ad analizzare e giudicare, filtrando i comportamenti attraverso una rete di convenzioni che ci illudiamo siano assolute e scontate».

Pino Cacucci, *La polvere del Messico* (14<sup>a</sup> ed., Feltrinelli, Milano, 2004)

Anche se Sacco, ci ricorda Toniatti, mette in guardia dal confondere costituzioni e sistemi – ma su questo punto bisognerebbe decidere cosa è "costituzione" – dottrina e giurisprudenza, unite in un abbraccio laocoontico, vanno spesso in direzione diversa.

Quelle che patrocinano un positivismo monistico edificato sullo statalismo presentano gravi limiti di comprensione e raffigurazione dei diritti effettivamente vigenti e vincolanti. Sono idonee a spiegare il diritto dove c'è allineamento tra cultura, cultura giuridica e norme "positive" (nel senso di "poste" dallo Stato), ma potremmo dire che, paradossalmente, fuori dai sistemi occidentali è proprio il diritto positivo statale a rappresentare talora la devianza, quando sporadicamente tenta di prevalere sul diritto generale effettivamente efficace, che ignora le prescrizioni presuntivamente "valide" imposte da ciascuno Stato alla comunità. Quest'ultima, se financo non ne ignora l'esistenza, comunque si sente vincolata da altri sistemi di regole.

Sono soprattutto le correnti neo-costituzionaliste, alimentate da studiosi di diversi paesi, e recepite con entusiasmo da molte corti, quelle che legittimano il "non diritto" della globalizzazione, offrendo le basi teoriche per un sistema con pretese di universalità basato sulla uniformazione totalizzante e l'annichilimento delle culture diverse, ma nel cui nome si giustificano operazioni di conquista non solo giuridica (la "civilizzazione dei barbari"), ma anche politica ed economica. Inoltre, persino dentro il diritto occidentale, tali teorie giustificano lo svuotamento di potere dei corpi rappresentativi e dello stesso potere di riforma costituzionale; in definitiva, della politica e dello stesso principio di sovranità popolare.

L'attacco che la costituzione soffre oggi da parte delle fonti sopranazionali o transnazionali (e delle correnti neo-costituzionaliste), a favore di "nuclei duri" delle costituzioni individuati con tecniche casistiche da professori e tribunali costituzionali con totale arbitrarietà, approfittando del lessico spesso vago o ambiguo dei testi, serve a occultare o a giustificare la distruzione della gerarchia delle fonti e il declino del loro formalismo (specialmente a opera del soft law), la limitazione dei diritti, il controllo sociale, la concentrazione del potere negli esecutivi, e soprattutto in entità prive di legittimazione democratica. Serve anche ad alimentare forme alternative di decisione, il cui presupposto è la semplificazione e la atomizzazione dei processi formativi delle decisioni e delle decisioni stesse.

Sul fronte esterno al diritto occidentale, la stessa idea dei diritti umani è invocata quale metro di valutazione politica (ma in veste pseudo-giuridica) di sistemi "diversi", quale elemento di bilanciamento con altri valori, quale causa legittimativa degli interventi, quale condivisibile fattore di colonizzazione economica e culturale. Per cui mi sono chiesto, in Le categorie civilistiche e il parassitismo metodologico dei costituzionalisti nello studio del diritto comparato:

«Okay, but remember their point of view:  
Who are we to tell them the rules?».  
Jack Ryan, in T. Clancy, *The Bear and the Dragon*  
(Rubicon, Inc., 2000)

In modo ancora più efficace, Woody Allen ironizza sulla velleità di dare ordini avulsi dal contesto (o, diremmo noi comparatisti, di trapiantare cose non trapiantabili), manifestata dal dittatore Castrado in un famoso film degli anni '70, e che è utile evocare perché il commento a margine è il seguente: «Il potere gli ha dato alla testa». (L'esergo è in *Constitucionalización del derecho y cultura constitucional*):

«¡Escuchadme!  
¡A partir de hoy  
el idioma oficial de San Marcos será el sueco!».  
Woody Allen's *Bananas* (1971)

## 6. Eserghi divaricanti?

Nel paragrafo precedente, ripetutamente già è aleggiato il grande problema del coinvolgimento nella Grundnorm e della natura descrittiva della comparazione. In altre sedi ho scritto che fare diritto comparato in Occidente non è tanto diverso dallo studiare il diritto in un singolo Stato, quando se ne accetti la comune base valoriale. "Partecipare" prevale sul "descrivere". Può essere estesa a tale tipo di accostamento al diritto costituzionale/pubblico comparato la critica che Guastini formula ai critici del realismo: essi, «a quanto pare, non sono interessati alla (mera) conoscenza del diritto, e dunque delle pratiche interpretative che, del diritto, sono parte costitutiva. Ciò che a loro interessa è solo partecipare alla pratica giuridica "dal punto di vista interno". Diciamo così: alla scienza giuridica preferiscono decisamente la politica del diritto. Piuttosto che descrivere imparzialmente il diritto, preferiscono (contribuire a) farlo»<sup>16</sup>. E ancora: «una norma fondamentale condizionata da una definizione di "diritto" giusnaturalistica, palesemente, non è di alcuna utilità alla descrizione del diritto positivo vigente. Può solo adempiere a compiti di politica del diritto: accreditare come vincolanti le norme conformi al diritto naturale, screditare come non vincolanti le norme che non vi si conformano. Il discorso giurisprudenziale dei giusnaturalisti non ha nulla di genuinamente descrittivo»<sup>17</sup>.

A chi si spinge "oltre finisterrae" non si può chiedere di condividere cose estranee alla sua cultura giuridica; nel momento in cui fa scienza non dovrebbe però usare la sua cultura come parametro (il che è invece quello che fanno i neo-costituzionalisti).

---

<sup>16</sup> R. GUASTINI, "Ermeneutici e analitici", parte II, cap. II, § 4, di ID., *Discutendo*, M. Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017, p. 225.

<sup>17</sup> R. GUASTINI, "Problemi concettuali del normativismo", parte I, cap. X, § 1, di ID., *Discutendo*, cit., p. 126.

«Rigore è quando arbitro fischia»,

non quando ci piacerebbe fischiasse, sosteneva in un efficace aforisma – che condensa il credo del realismo giuridico della Scuola genovese – Vujadin Boškov, allenatore della Sampdoria (oltre che di Real Madrid, Roma e Napoli), citato in Sistemi di giustizia costituzionale.

Ciò non implica rinunciare alla militanza, anzi. Alessandro Somma<sup>18</sup> mi ha attribuito una militanza, che certo non rinnego, ma di cui anzi vado fiero, che consiste nel rivendicare «per sé, e per i cultori del diritto in genere, un piglio partigiano, anzi militante, del resto imprescindibile per chi scelga di "attuare l'imperativo che suona nella coscienza" anche "contro i valori e le credenze del gruppo". Esattamente ciò che i giuristi rifuggono in modo risoluto, ritenendolo incompatibile con il proprio mestiere, e soprattutto con l'intento di esercitare potere in società: un potere che ha legittimazione meramente tecnica, motivo per cui occorre sottolineare la propria distanza dall'arena politica. E rivendicare l'approccio formalista, che a questo punto non costituisce un indizio di scientificità, bensì mero scientismo al servizio di strategie corporative.

Tanto più 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". Del tutto diverso il potere del giurista che risponde all'imperativo di coscienza di cui parla Pegoraro: il potere dell'intellettuale, partigiano e militante proprio perché equidistante rispetto ai molti despoti che affollano l'arena politica»<sup>19</sup>.

Si riassume, tutto ciò, nelle parole di una canzone che Vecchioni ha composto per una giovane partigiana turca, caduta in battaglia a fianco dei curdi: a Ayse Deniz Karacagil abbiamo dedicato a nostra volta, Angelo Rinella e io, Sistemi costituzionali (Giappichelli, 2020):

«E invece viene un giorno nella vita  
che scegli e se non scegli l'hai tradita  
e non importa se si vive o muore  
piangere gioia o ridere dolore».

---

<sup>18</sup> 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. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro, 3 vols., Tirant lo Blanch-México, México, 2017, I, p. 412.

<sup>19</sup> I riferimenti di Somma sono al mio Diritto costituzionale e Resistenza. Una breve rilettura attraverso le lettere dei condannati a morte (e le canzoni partigiane), in Ann. dir. comp. st. leg. 2015, Esi, Napoli, 2015, p. 521 ss., in Quad. sulla Resistenza e la RSI (1943-1945), n. 1, 2014, p. 1 ss., e in F. CORTESE (ed.), Resistenza e diritto pubblico, Firenze U.P., 2016, p. 241 ss., che evoca le parole di U. SCARPELLI, Intervento, in E. OPOCHER, F. BENVENUTI, G. BERTI, E. GALLO, Giustizia e Resistenza, Marsilio, Padova, 1977, p. 234 ss.

(Roberto Vecchioni, Cappuccio rosso, 2018)

È a questo punto che sorgono, probabilmente, alcune divaricazioni con Toniatti: una quantitativa, che riguarda l'intensità dell'adesione al modello euro-atlantico (non si tratta quindi di assumerlo a parametro di valutazione in sede scientifica, errore da cui abbiamo appena visto Toniatti rifugge) e si traduce anche nei toni, nella vis polemica (Roberto è molto più garbato anche nello stile); e una che chiamerei "estensiva", nel senso che concordo con Roberto che ci sono cose "nostre" che anche gli altri devono rassegnarsi ad accettare (una parte del nostro c.d. nucleo duro). Ma io in più rivendico che anche noi dobbiamo accettare parte dei nuclei altrui, e non solo fare finta che tutto quello che controvoglia dobbiamo incorporare in fin dei conti è nostro (quindi tutto va a finire nel grande calderone della dignità e dei diritti umani). Toniatti non ha mai detto simili assurdità, ma il 90% dei costituzionalisti del mondo (e molte Corti costituzionali e transnazionali) sì. La differenza è dunque solo nel silenzio (e cioè: un tema che non ha toccato, se non di sfuggita), dal quale mi propongo di "stanarlo" nei prossimi sicuramente fecondi anni di esercizio scientifico, magari approfittando del Prin "From Legal Pluralism to the Intercultural State", cui partecipa la vivacissima unità di Trento, formata dai suoi allievi e alcuni colleghi.

Ripugnano a tutti l'infibulazione o le mutilazioni genitali, e cose simili; ma a tutti dovrebbe ripugnare egualmente che, impunemente, un poliziotto statunitense, con una pistoletta a bruciapelo, possa sparpagliare il cervello di un papà (ovviamente nero), seduto in macchina, sulla sua bimba e sulla mamma, senza essere neppure incriminato, perché il sistema giuridico considera un'esimente il timore di poter essere aggredito. Non è solo patologia, devianza di un poliziotto: è che, diversamente dalla vecchia Europa, life vale tanto come property. Come può essere guardato il nostro nucleo da fuori, osservando che il nostro diritto ha prodotto (o giustificato) la colonizzazione, la schiavitù sino all'altro ieri, e poi la discriminazione razziale, due guerre mondiali, la devastazione, in poche decadi, dall'Afghanistan all'Ovest dell'Africa, la predazione delle risorse energetiche e ambientali, ecc. ecc.? O quando si consideri che dopo l'11 settembre negli Stati Uniti quasi 600.000 persone sono morte per arma da fuoco? Per non dire delle alleanze indecenti, basta che forniscano le basi e il petrolio e chi se ne frega dei diritti.

Quanti sono i costituzionalisti e i comparatisti che all'esecuzione privata (quando c'è) accompagnano una riflessione pubblica, nelle pagine che scrivono, non sulle devianze dei sistemi (siamo tutti attrezzati per ciò), ma sull'equilibrio valoriale con altre proposte culturali? Quanti sono pronti a considerare la ribellione a Hong Kong come un fatto sistemico, sintomo dell'umanità di un regime che non riconosce diritti e divisione dei poteri; ma a considerare con indulgenza, come una patologia occasionale, gli analoghi episodi di rivolta e repressione che scandiscono la storia degli Stati Uniti? Eppure, delle rivolte dei neri contro la discriminazione ricordo di aver trattato in un tema in 4ª o 5ª ginnasio, concludendo "qualcuno è più uguale degli altri", ed era il 1971 quando fu cantata da Crosby Stills Nash & Young Ohio, per ricordare i morti nel campus dell'Università, e non mi pare che le cose siano molto cambiate fino all'assassinio di George Floyd a Cleveland, nel maggio del 2020. Sull'autocritica pratico quotidiani esercizi, e quindi mi sento autorizzato a farlo anche

nei confronti delle mie "appartenenze", siano l'Inter, la casta dei professori o, appunto, l'Occidente<sup>20</sup>.

Roberto resta più legato di me ai valori dell'individualismo liberale e ai diritti, che pure ci accomunano. Nel suo percorso culturale, ha tenuto la barra più dritta. Il mio Passage to India, tanti anni fa e tanto per evocare E. Morgan Foster e il film di David Lean, mi ha scombuscolato, e come Mrs Moore ho subito le suggestioni traumatiche della conoscenza personale del mondo: non quello ovattato dei salotti dei professori, uguali e spesso autoreferenziali a qualsiasi latitudine, ma quello – che si vede per strada e nei mercati, nei paesini e nei cimiteri, a Porte de Clignancourt e non a rue de Rivoli – dei contrasti stridenti, dell'inattuazione dei programmi liberali, della sopraffazione, della distruzione ambientale, del totale oblio dell'egalité e della fraternité. Per cui, nel mio ultimo viaggio a Parigi, con un'amica e compagna abbiamo brindato, a Père Lachaise, sulla tomba di un liberale come il giovane Piero Gobetti, ma un liberale che parlava di lotta di classe e di proletarizzazione, di eguaglianza oltre che di libertà, di vizi della borghesia, di occupazione delle fabbriche...<sup>21</sup>.

Nei libri e negli articoli di Toniatti è chiaro il rifiuto di considerare l'Occidente "buono" e gli altri "cattivi"; è palese il ripudio dell'idea semplicistica che le Dichiarazioni occidentali siano davvero "universali"; ed è espresso altresì l'appello all'accettazione delle culture (giuridiche e non) "diverse". La critica al world constitutionalism rappresenta addirittura l'oggetto principale del già citato articolo Comparing Constitutions in the Global Era, quasi tenendo conto della più bella canzone di Guccini – Asia – che utilizzerò a breve per un altro esergo:

«E l'Asia par che dorma, ma sta sospesa in aria l'immensa, millenaria sua cultura:  
i bianchi e la natura non possono schiacciare i Buddha, i Chela, gli uomini ed il mare.

---

<sup>20</sup> Ricordo che un giorno Giorgia Pavani mi ha telefonato per chiedermi se su un certo aspetto poteva citarmi, o se avevo già cambiato idea, motu proprio o perché convinto da argomentazioni altrui "forti". La dedica di *Sistemas de justicia constitucional*, Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2020, è non casualmente la seguente:

«Dedico este libro a dos académicos y dos académicas que me han hecho cambiar de opinión:  
Guillaume Tusseau,  
quien con su crítica aspera a la teoría de los modelos  
me ha empujado a salir del espíritu conservador de las clasificaciones tradicionales;  
Serena Baldin,  
quien con sus ensayos y libros sobre clasificaciones dúctiles  
me ha convencido a abandonar aquellas rígidas, aristotélicas;  
Silvia Bagni y Matteo Nicolini,  
quienes con varios escritos y en muchas discusiones  
me han sugerido lecturas no conformistas de la justicia constitucional,  
llevándome la contraria y teniendo ellos la razón».

<sup>21</sup> Non si trattava né di prosecco né di champagne, che non si sarebbero mantenuti alla temperatura giusta, né di un vino piemontese (irreperibile) in onore di Gobetti, ma di una demi di Saint-Emilion, equamente divisa in tre (compreso Gobetti). La tomba successiva, dopo un saluto casuale a Edith Piaf (che sta a pochi metri da Gobetti, come i fratelli Rosselli, anch'essi ammazzati dai fascisti), è stata quella di Jim Morrison, pure citato nei miei eserghi. (V. infra.)



Leone di San Marco, leone del profeta, ad est di Creta corre il tuo vangelo; si staglia contro il cielo il tuo simbolo strano: la spada e non il libro hai nella mano».

Ma altrettanto netto è il rifiuto di ciò che è inaccettabile, e che per lui costituisce un nucleo duro, fortunatamente però dai contorni più ristretti di quelli abitualmente usati dai colleghi costituzionalisti.

Altro punto è rappresentato dall'integrazione fra i diritti. È soprattutto nel bellissimo saggio su La razionalizzazione del «pluralismo giuridico debole»<sup>22</sup> che Roberto svolge riflessioni profonde sul diritto ctonio e le sue non facili relazioni col diritto monista statale.

«Pertanto – egli scrive – benché, come è stato sin dall'epoca coloniale, continui evidentemente ad esistere un fenomeno di pluralismo in senso forte, la cui effettività prescinde da qualsivoglia forma di riconoscimento da parte del diritto positivo dello stato, giova precisare come la formalizzazione del pluralismo in senso debole si riconduca ad una duplice matrice: (i) la perdurante accettazione del diritto tradizionale e delle sue istituzioni da parte delle popolazioni quale fattore di identità collettiva e di coesione sociale del gruppo e (ii) la volontà politica tradotta in volontà normativa dello stato che circoscrive l'applicabilità del diritto tradizionale entro limiti di compatibilità con il rispettivo contesto costituzionale».

Il pluralismo culturale – continua – «non è più originario e non trova in sé stesso la fonte della propria legittimazione – perde i connotati formali dell'autonomia, si trasforma pertanto in una manifestazione di eteronomia e viene trasferito alla volontà normativa dello stato». Con argomenti forti e raffinati, giustifica la riconduzione del diritto ctonio, tradizionale, nell'alveo delle costituzioni (e delle dichiarazioni internazionali): «Inoltre, un orientamento di ispirazione massimalista circa la marginalità della costituzionalizzazione del pluralismo giuridico debole si trova anche a negare l'autenticità di una dinamica di appropriazione della cultura costituzionale e del diritto costituzionale che, invece, è una realtà planetaria della quale occorre prendere atto e cercare, piuttosto, di qualificare».

E osserva che «L'ipotesi esplicativa che ci sembra preferibile in proposito è che, senza rinunciare ad evidenziare l'origine euro-occidentale del costituzionalismo e delle culture giuridiche che lo hanno generato né a riconoscere (e magari deprecare) l'egemonia politica e culturale che tuttora ne consegue, la razionalizzazione del pluralismo giuridico in senso debole non fa che riprodurre, fra le tante, la pluralità culturale africana, che include stabilmente e autenticamente, accanto alla cultura ctonia, anche la cultura giuridico-costituzionale di matrice euro-occidentale incline a partecipare con determinazione alle dinamiche della modernizzazione. Gli stessi rilievi possono essere svolti anche con riguardo alla presenza del diritto islamico e alla formalizzazione del suo riconoscimento – unitamente alle proprie istituzioni di

---

<sup>22</sup> I riferimenti completi sono: La razionalizzazione del «pluralismo giuridico debole»: le prospettive di un nuovo modello giuridico e costituzionale nell'esperienza africana, in Le trasformazioni costituzionali del secondo millennio. Scenari e prospettive dall'Europa all'Africa, a cura di M. Calamo Specchia, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016.

tipo giudiziario –, a volte su base volontaria e sotto forma di diritto personale, altre volte su base territoriale e con efficacia generale».

È difficile essere in disaccordo, ma al tempo stesso occorre osservare che le mediazioni, o meglio il passaggio dal multiculturalismo all'interculturalismo, non si edificano imponendo un nucleo, il nostro, allo stesso tempo rifiutando quello altrui.

Scrive Toniatti in *Il paradigma costituzionale dell'inclusione della diversità culturale in Europa e in America latina*<sup>23</sup>: «è solo conseguente che la dinamica che ha portato ad abbandonare la logica "protezionista", prima, e la logica "integrazioneista", poi, abbia più di recente condotto al riconoscimento non solo dei diritti in senso soggettivo [...] bensì del diritto in senso oggettivo dei popoli indigeni, in conformità ad una logica inclusiva»<sup>24</sup>.

Però, aggiungo io, questo riconoscimento è oltremodo parziale e limitato, non solo nel diritto costituzionale oggettivo, ma anche nella dottrina e nella giurisprudenza<sup>25</sup>. I valori meta-democratici vengono cercati non in una sintesi di valori condivisi dalle diverse culture che li forgiavano ("dovere", "morale", "religione", "natura", "famiglia", "tribù", "perdono", "ozio", "tradizione", "correttezza", "deferenza", "felicità"<sup>26</sup>, più i nostri diritti fondamentali e la dignità), ma solo nei diritti fondamentali e nella dignità, con disprezzo arrogante di incorporarne altri nel denominatore comune, come l'armonia, la natura, la comunità, ecc.

Lo spasmodico anelito di ricondurre tutto al diritto occidentale mi pare ben testimoniato dalla riconduzione che fa l'Unesco, nella Dichiarazione universale sulla diversità culturale, all'alveo dei diritti umani, e che Roberto<sup>27</sup> riassume con queste parole: «Cultural pluralism and cultural diversity shape a healthy international setting of cultural relativism – which is the opposite of cultural absolutism – that is meant to make effective that "cultural rights are an integral part of human rights, which are universal, indivisible and interdependent," so that "the defence of cultural diversity is an ethical imperative, inseparable from respect for human dignity." The defense of

---

<sup>23</sup> Il titolo completo è: *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., p. 1468.

<sup>24</sup> Il tema dell'inclusione è stato ripetutamente affrontato da Toniatti, ad es. (tra altri) in *Pluralismo e autodeterminazione delle identità negli ordinamenti culturalmente composti: osservazioni in tema di cittadinanza culturale*, in E. CECCHERINI, M. COSULICH (eds), *Tutela delle identità culturali, diritti linguistici e istruzione: dal Trentino-Alto Adige/Südtirol alla prospettiva comparata*, Cedam, Padova, 2012, p. 5 ss.; *El paradigma constitucional de la inclusión de la diversidad cultural: Notas para una comparación entre los modelos de protección de las minorías nacionales en Europa y de los pueblos indígenas en Latinoamérica*, in *Inter-Am. and Eur. Human Rights Journal*, n. 1 (2016), p. 118 s.; in anni più lontani, in *La politica legislativa dell'immigrazione comunitaria in prospettiva europea*, in *Un 2000 senza frontiere: la cultura come evoluzione del pensiero e possibilità di incontro nella diversità*: s.n., 1991. *Proceedings of: Convegno nazionale Unesco-Fidapa, Trento, 17 novembre 1990*.

<sup>25</sup> V. per es. M.G. NÚÑEZ TORRES, A. CAVAZOS GUAJARDO SOLÍS, *El multiculturalismo en el régimen constitucional mexicano: análisis comparado de las constituciones federal y locales*, in *Rev. gen. dir. pubbl. comp.*, n. 27, 2020.

<sup>26</sup> Sulla quale da ultimi M. GRAZIADEI, B. PASA, *Happiness Once More*, in *Journ. comp. law*, n. 14 (2), 2019, p. 203 ss.

<sup>27</sup> ... a p. 707 del ricordato articolo sulla Kansas L.R.

cultural diversity "implies a commitment to human rights and fundamental freedoms, in particular the rights of persons belonging to minorities and those of indigenous peoples. No one may invoke cultural diversity to infringe upon human rights guaranteed by international law, nor to limit their scope."».

Come sottolinea S. Bagni, «questo approccio, che presuppone comunque una forma di predominio della cultura occidentale sulle "altre", si disvela nei documenti internazionali adottati in difesa dei diritti indigeni, soprattutto attraverso la subordinazione del diritto indigeno al limite di conformità con i diritti umani, come nella dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007 (art. 46) o nella Convenzione n. 169 dell'Organizzazione internazionale del lavoro sui popoli indigeni e tribali del 1989 (art. 35). [...] Il riconoscimento di uno status dei popoli indigeni che includa il diritto ad applicare ai membri del gruppo il proprio sistema giuridico, tanto sostanziale quanto processuale, incluse le istituzioni di governo e giurisdizionali peculiari della cultura tradizionale, può infatti essere vanificato da clausole di subordinazione al sistema dei "diritti umani" di tradizione occidentale»<sup>28</sup>.

Come ho già avuto modo di scrivere, la sintesi proposta dall'alleanza dottrina-giurisprudenza resta ancora la cedola di Carlo V evocata da S. Lanni<sup>29</sup>: una dottrina che dal 1530 non ha avanzato di un passo, con la quale si stabiliva che «los gobernadores, y justicias reconozcan con particular atención la orden, y forma de vivir de los indios, policía, y disposición en los mantenimientos, y avisen a los Vicerreyes, o Audiencias, y guarden a sus buenos usos, y costumbres en lo que no fueren contra nuestra sagrada religión».

Se è vero infatti quanto da Toniatti affermato in *Comparing Constitutions*<sup>30</sup>: «Cultural diversity, based on the principle of equality and non-discrimination, cannot even indirectly imply cultural hierarchies, leading to colonialism, apartheid, as well as to tribalism or plans for ethnic cleansing. Cultural diversity is instead expected to develop an intercultural space that provides a forum for intercultural dialogue», come egli stesso afferma subito dopo «the UNESCO Constitution explains: In our increasingly diverse societies, it is essential to ensure harmonious interaction among people and groups with plural, varied and dynamic cultural identities as well as their willingness to live together. Policies for the inclusion and participation of all citizens are guarantees of social cohesion, the vitality of civil society and peace. Thus defined, cultural pluralism gives policy expression to the reality of cultural diversity. Indissociable from a democratic framework, cultural pluralism is conducive to cultural exchange and to the flourishing of creative capacities that sustain public life».

Dove dunque, ancora una volta, la "sagrada religión" è rappresentata dai paletti indefettibili posti dal democratic framework e dalla rivendicazione, già evocata, che «"cultural rights are an integral part of human rights, which are universal, indivisible and interdependent," so that "the defence of cultural diversity is an ethical imperative, inseparable from respect for human dignity."».

Cosa c'entra – mi chiedo

---

<sup>28</sup> 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*, Filodiritto, Bologna, 2013, p. 25.

<sup>29</sup> S. LANNI, *Sistema giuridico latinoamericano*, in Dig. priv., Sez. civ., Agg., Utet, Torino, 2016, p. 720.

<sup>30</sup> Op. loc. ult. cit.

– il rispetto delle culture con i diritti umani, se non per svuotare ogni contenuto semantico (e storico) di questi ultimi? Non posso dimenticare che una esponente politica di spicco un giorno ha detto che anche vedere le partite di calcio in chiaro è un diritto umano. Bene, mettiamoci dentro tutto, per ricondurre tutto alle nostre tradizioni, e il risultato sarà precisamente quello di negare le altre.

Ecco perché, due giorni prima del cierre pandemico, ho iniziato una conferenza a Oaxaca (uno Stato messicano caratterizzato dall'esistenza di circa 500 municipi indigeni) affermando, nello sconcerto generale provocato dalla lesa maestà: «Oggi parlerò contro la dignità e i diritti umani»; ed ecco perché i miei ultimi eserghi e alcune dediche tentano di provocare scelte di campo culturali: non perché preferisco la mutilazione genitale alle pistolettate del poliziotto, ma perché penso che sia scientificamente corretto militare a favore del riequilibrio dei "nuclei", per trovarne una sintesi davvero condivisa e non esportata razione imperii.

Quello che propugno è una affermative action della dottrina comparatistica (non nutro molte speranze nei costituzionalisti) a favore del ribilanciamento, un po' di comma 2 accanto al comma 1 sull'eguaglianza. L'esito auspicato – il "mondialismo" diretto al riassetto (ne ho abbastanza dell'universalismo) – lo esprime il seguente esergo (in Sistemi costituzionali comparati, con A. Rinella):

«Dell'amore per l'umanità fate una religione  
e siate sempre solleciti verso il bisogno e le sofferenze dei vostri simili  
(...) Amate la madrepatria, ma ricordate che la patria vera è il mondo  
e, ovunque vi sono vostri simili, quelli sono vostri fratelli».  
Pietro Benedetti, partigiano, fucilato a Forte Bravetta (Roma) il 29 aprile 1944

Come pure questa dedica in Constituciones y fuentes del derecho (pure con Rinella), un po' inusuale, ma i comparatisti sono quasi tutti dell'Inter, con poche deprecabili eccezioni, proprio per le ragioni enunciate nell'atto fondativo. (Nella sede della Junta de Buen Gobierno zapatista, in Chiapas, si trovano un poster di Zapata, una foto del Ché Guevara, e appunto un gagliardetto dell'Inter, anche se la sua curva è infiltrata da fascisti.)

«Al Football Club Internazionale de Milán,  
equipo que no siempre gana,  
pero que en su acto de fundación (1908) tiene escrito:  
"Questa notte splendida darà i colori al nostro stemma:  
il nero e l'azzurro sullo sfondo d'oro delle stelle.  
Si chiamerà Internazionale, perché noi siamo fratelli del mondo"».

La scelta di campo e l'esortazione partigiana al riequilibrio (l'affirmative action) invece sono riassunti nell'esergo di El enemigo, la ecuación terrorista-extranjero y el ataque al Estado democrático de Derecho:

«People are strange when you're a stranger  
faces look ugly when you're alone»  
(Jim Morrison, People are strange, 1967)

e in due dediche: la prima in Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método:

«A África violada,  
y a la Isla de Lampedusa que la acoge»;

la seconda in Sistemas de justicia constitucional:

«a Carola Rackete, capitana de la Sea Watch III,  
por su lucha por afirmar la Ley del mar, popular, estratificada y profunda,  
contra el Derecho codificado de los nuevos fascismos y racismos».

Credo, in conclusione, che il nucleo che condividiamo sia lo stesso, e siamo d'accordo che un certo nucleo deve vincolare tutti; mentre ciò che aggiungo (non in conflitto, ma a latere) è che anche noi euro-atlantici dovremmo essere vincolati da altri nuclei, o almeno cominciare a prenderli in considerazione. (Per tornare al diritto africano, e come sempre semplificando, perché mai l'ubuntu non dovrebbe vincolare anche i bianchi, se i bianchi pretendono che i neri siano vincolati dalla dignità?: è quello che, nella sostanza, ha detto già in numerose sentenze la Corte costituzionale sudafricana.)

## 7. Convergenze parallele

Una delle cose che ha caratterizzato i nostri comuni anni ruggenti è stato il "politichese"; e uno dei simboli di tale lessico così ricco e creativo – tanto che con un paio di amici ci ho costruito sopra un volumetto anonimo che per tre settimane è stato secondo tra i best-sellers italiani<sup>31</sup> – è stata la proposta politica di Aldo Moro delle "convergenze parallele".

La formula potrebbe riassumere il percorso di Roberto nelle sue varie tappe: convergenza per quanto riguarda il mantenimento del timone sulla stessa rotta (con affinamento metodologico, ma sempre con un nucleo di appartenenza valoriale); parallelismo per avere a un certo punto colto, in un mondo cambiato, la insufficienza di una visione dall'alto, territorialmente e culturalmente circoscritta anche se sempre ampia. E la conseguente progressiva apertura e comprensione per l'altro, quasi "compassione", potremmo dire prendendo in prestito da S. Bagni.

Allo stesso tempo, convergenze parallele anche nei confronti di chi, come chi in questo momento celebra l'amico, condivide in larghissima parte le sue idee, i valori, il metodo, ma non tutti del tutto.

Come disse Churchill nel suo primo discorso parlamentare, intervenendo sulle differenze tra uomo e donna, quale deputato (liberale, non conservatore: anche Winston ha cambiato idee col tempo!): «Hooray for the little difference!».

---

<sup>31</sup> ANONIMO BERICO, Il dono dell'obliquità, Galla, Vicenza, 1990; ID., Così parlò Kamasutra, Cierre, Verona, 2005.

