

1. Il *legal borrowing* e la “costruzione” del formante giurisprudenziale

Una ricerca sul *legal borrowing* come forma di dialogo costituzionale¹ richiede siano previamente delineate le coordinate attorno alle quali articolare la ricerca medesima.

Non s'intende ripetere nuovamente in *cosa* consista il dialogo tra le Corti; né precisarne ulteriormente l'*oggetto*. Basti qui ricordare che il *judicial dialogue* è strumento mediante il quale s'assicura la *global conversation* tra le Corti di vertice – siano esse Corti nazionali (costituzionali e supreme) o sovranazionali. Tale dialogo appare, dunque, una *declinazione* della ben più ampia categoria delle *judicial interactions*, vale a dire degli «episodes of contact (intentional or casual) between courts that may differ in their degree of intensity, results, and typology»².

¹ Cfr. CL. L'HEREUX-DUBÉ, *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, in *Tulsa Law Review*, 34, 1998, p. 1 ss.; C. SAUNDERS, *Judicial Dialogue in Common Law Countries*, in AA.VV., *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 413 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, il Mulino, 2010.

² Così G. MARTINICO, *Multiple loyalties and dual preliminaryity: The pains of being a judge in a multilevel legal order*, in *International Journal of Constitutional Law*, 10(3), 2012, p. 886. Una ricostruzione teorica delle forme di *judicial dialogue* è in L. B. TREMBLAY, *The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue between Courts and Legislatures*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3(4), 2005, p. 617 ss. Sull'utilità e sull'idoneità prescrittiva del dialogo e delle categorie proposte da Tremblay (*dialogue as conversation* e *dialogue as deliberation*) v. M. CLAES, M. DE VISSER, *Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks*, in *Utrecht Law Review*, 8(2), 2012, p. 102 ss.

A qualificare il dialogo costituzionale – differenziandolo anche qualitativamente da forme meno “strutturate” e “casuali” di *judicial conversation*³ – non concorreranno le sole tecniche di giudizio che assicurano l'interazione tra le differenti Corti di vertice⁴. L'*intenzionalità* del dialogo è altresì determinata dall'*oggetto*, che risulta integrato dalla citazione di decisioni tratte da altri ordinamenti.

Nel testo delle decisioni, poi, non di rado i precedenti giudiziari si saldano a citazioni dottorali. È, questa, un'altra ipotesi di *judicial borrowing*: l'innesto del formante dottrinale nel corpo delle decisioni è fenomeno contiguo a quello del richiamo di precedenti giurisprudenziali; e i “riferimenti” e le “citazioni” – variamente qualificabili come “dottrinali” – contribuiscono anch'esse a delimitare l'*oggetto* della ricerca.

Il richiamo al formante giurisprudenziale e a quello dottrinale appare così funzionale alla creazione di nuovi formanti mediante “accumulo” di citazioni nel tessuto argomentativo delle decisioni. Il ricorso al formante giurisprudenziale è stato ampiamente

³ Volendo utilizzare la distinzione di Tremblay (v. *supra*, nota 2), le *casual judicial interactions* sono accostabili al *dialogue as conversation*, mentre il dialogo cui si fa riferimento nel testo è riportabile al *dialogue as deliberation*, che tende a uno «specific purpose», a raggiungere «a common agreement, at solving problems collectively and determining collectively which opinion or solution is right or best» (M. CLAES, M. DE VISSER, *Are You Networked Yet?*, cit., p. 102).

⁴ Si tratta delle «specific features», che G. MARTINICO, *Multiple loyalties*, cit., p. 886 così individua: «the existence of differing viewpoints, symmetry between the interlocutors..., mutual recognition and respect, equal opportunity to participate, and continuity over time».

esaminato in letteratura⁵; e gli esiti cui questa è pervenuta rappresentano certamente il luogo dal quale muovere nella formulazione di nuove proposte di ricerca – qui limitata, peraltro, alla formazione delle tradizioni costituzionali comparate. Parenteticamente, con tale espressione si intendono le interazioni tra i principi del costituzionalismo (riportabili alla “concezione garantista” della costituzione come limite al potere e garanzia delle libertà) e sistemi non euro-atlantici, nei quali detti principi trovano applicazione, diffusione e recezione, subendo influenze, modificazioni, evoluzioni e adattamenti⁶.

⁵ Cfr. F. PALERMO, *Judicial dialogue e citazione dei precedenti stranieri. Un contributo alla dogmatica del legal pluralism*, in P. Martino (cur.), *I giudici di common law e la (cross)fertilization: i casi di Stati Uniti d'America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, Rimini, Maggioli, 2014, p. 9 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo*, cit., p. 45 ss., 97 ss.; ID., *Diritto costituzionale comparato*, I, Padova, CEDAM, 2013, p. 39 ss.; T. GROPPI, M.-C. PONTTHOREAU (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford and Portland (OR), Hart Publishing, 2013; B. MARKESINIS, J. FEDTKE (eds.), *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?*, London, Taylor & Francis, 2006; G. F. FERRARI, A. GAMBARO (cur.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, ESI, 2006.

⁶ Cfr. A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Athens (GA), The University of Georgia Press, 1993; A.-M. SLAUGHTER, *A Typology of Transjudicial Communication*, in *University of Richmond Law Review*, 29, 1994, p. 118 ss.; D. BERKOWITZ, K. PISTOR, J.-F. RICHARD, *The Transplant Effect*, in *The American Journal of Comparative Law*, 51(1), 2003, p. 163 ss.; S. CHOUDRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge et al., CUP, 2006. Sulla concezione garantista di costituzione cfr. P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 17 ss. Per la recezione di detta concezione da parte degli ordinamenti costituzionali africani cfr. CH. M. FOMBAD, *Some Perspectives on durability and change under modern African Constitutions*, in *International Journal of Constitutional Law*, 11(2), 2013, p. 382 ss. Per A. C. VIMBORSATI, *La giustizia costituzionale in*

Tornando all'esame dei formanti, più limitata appare la riflessione comparatistica, italiana e straniera⁷, sull'innesto di quello dottorale in seno a quello giurisprudenziale, dove l'intarsio del primo nel secondo concorre alla “costruzione” di quest'ultimo. Va precisato che la locuzione “formante dottorale” (o “dottrinale”) è denotativa delle citazioni della dottrina desumibili anche da testi, documenti, scritti scientifici, ecc., anche non riconducibili alle discipline giuridiche. A sostegno di tale impostazione militano i seguenti argomenti: l'“apertura di credito” «alla dottrina (o più in generale alla “cultura”») a operare come formante; la circostanza che «i tre formanti principali ne assorbono ogni altro, ad eccezione di quello rappresentato dalla mentalità dei giuristi»⁸; l'argomento per cui il «punto di vista esterno sul diritto»⁹ assicurato da tali citazioni soddisfa le finalità pratiche della compara-

Africa, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, II, Padova, CEDAM, 2011, p. 313, nello studio del costituzionalismo africano la letteratura ha preferito «il ricorso a categorie di analisi e di apprendimento che riassumono lo sviluppo storico del costituzionalismo occidentale». La *dissemination* dei principi del costituzionalismo si deve al “successo” dello Stato di derivazione liberale: cfr. G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, il Mulino, 1998, p. 157 ss.

⁷ Cfr. M.-C. PONTTHOREAU, *Le recours à «l'argument de droit comparé» par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques*, in F. Mélin-Soucramanien (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 167 ss.; A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 60 ss.; L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, BUP, 2014, pp. 256-257; ID., *Judges and Professors: the Influence of Foreign Scholarship on Constitutional Courts' Decisions*, in M. Andenas, D. Fairgrieve (eds.), *Courts and Comparative Law*, Oxford et al., OUP, 2015, in corso di pubblicazione (Cap. 19).

⁸ L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 103.

⁹ A. SOMMA, *Introduzione*, cit., p. 18 ss.

zione. D'altra parte, le citazioni dottrinali rilevano *nella misura in cui* esse siano *topograficamente* incluse nella decisione e nell'*iter* logico-giuridico che ne integra la motivazione.

Entrambe le forme d'innesto di formanti (giurisprudenziali e dottorali) nelle decisioni delle Corti di vertice sembrano idonei a soddisfare le finalità della comparazione in ambito giuridico – e la letteratura, come si vedrà, ha esattamente ricondotto tale ipotesi di dialogo fra formanti alle cc.dd. *finalità pratiche* della comparazione¹⁰.

Rimane una differenza tra le due ipotesi di *judicial borrowing*: l'“apertura di credito” alla “cultura” ammette altresì il ricorso a citazioni a contenuto “non giuridico” – cosa che non appare possibile rispetto al formante giurisprudenziale, il quale, secondo concetto, pone la regola di condotta della controversia portata alla cognizione del giudice.

Nell'area geogiuridica in esame – l'Africa australe – la differenza tra le due forme di *legal borrowing* si apprezza, ad esempio, nel frequente rinvio a dizionari¹¹; o nell'inusuale riferimento, da

¹⁰ Cfr., *infra*, § 3.

¹¹ Volendo limitarci ad alcuni esempi, si veda la sentenza *Kamiwi v Duvenhage and Another* (SA 22/2008) [2009] NASC 16 (13 November 2009), della *Supreme Court* della Namibia, ove è citato *The Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (3rd ed., vol. 1), p. 1018. Sempre in Namibia, la sentenza *Rally for Democracy and Progress and Others v Electoral Commission of Namibia and Others* (SA 12/2011) [2012] NASC 21 (25 October 2012) al par. 46 nota 59 richiama *The Concise Oxford Dictionary*, 6th ed. e, a nota 62, il C.J. CLAASSEN, *Dictionary of Legal Words and Phrases*, Vol. 4. Per il Botswana v. *Nioba and Others v Attorney General* (CACLB-133-11) [2012] BWCA 16 (2 November 2012), dove sono citati *The Concise Oxford English Dictionary* (11th Ed Revised) e il *Black's Law Dictionary* (5th Ed).

parte della *Supreme Court* della Namibia, a KARL MARX, *Capital – A Critical Analysis of Capitalist Production*, Vol. 1, Lawrence and Wishart, London, 1974, pp. 318-319¹²; o nell'uso metaforico di testi letterari attestato nella decisione *S v Setlhabi* della *Court of Appeal* del Botswana¹³. Oltre a ciò, spesso s'intrecciano richiami a dottrina e a giurisprudenza, generando citazioni di secondo grado, che si danno quando il formante dottrinale è contenuto in un altro formante – sia esso decisione o altro formante dottorale richiamato¹⁴.

¹² Cfr. *Africa Personnel Services (Pty) Ltd v Government of Republic of Namibia and Others* (SA 51/2008) [2009] NASC 17, al par. 23. Le citazioni servono a illustrare i mutamenti intervenuti nel sistema del mercato del lavoro: «This may be illustrated by a borrowed example: No longer was a carriage “the product of the labour of a great number of independent artificers, such as wheelwrights, harness-makers, tailors, locksmiths, upholsterers, turners, fringe-makers, glaziers, painters, polishers, gilders, etc” who were independently contracted to perform specific work within their respective skills, but that of contracted skilled employees who “are assembled in one building where they work into one another's hands”».

¹³ Cfr. *S v Setlhabi* (CLCLB-097-08) [2009] BWCA 6 (28 January 2009), par. 33: «In my view, the defence of provocation is not available to the appellant merely because he had been attacked by Tshepo ... for him to act like *Don Quixote, fighting windmills* and in the process look for, chase and kill the deceased. I will dismiss the defence of provocation» (corsivi aggiunti).

¹⁴ Per le citazioni dottorali contenute in precedenti decisioni richiamate v., almeno, *Supreme Court* della Namibia, *Erongo Regional Council and Others v Wlotzkasbaken Home Owners Association and Another* (SA 6/2008) [2009] NASC 2 (17 March 2009), che richiama la decisione della South African Appeal Court, *Conradie v Rossouw*, 1919 AD 279, p. 320 dove sono richiamati *loci* di Grozio e Voet. La decisione contiene una citazione di terzo grado: si richiama la decisione *Cardoso v Tuckers Land and Development Corporation*, 1981 (3) SA 54 (WLD), che a sua volta poggia su *Van Rooyen v Minister van Openbare Werke en Gemeenskapsbou*, 1978 (2) SA 835(A), p. 845 *in fine*-846.

2. *Global judicial dialogue* e auto-legittimazione della giurisdizione “costituzionale”

Il ruolo delle Corti costituzionali che partecipano al *global judicial dialogue*¹⁵ non si esaurisce nella mera immissione di materiale normativo dell’ordinamento richiamante; esso appare altresì coerente con le strategie “di sistema” adottate degli organi di giustizia costituzionale.

E ciò, vuoi perché il materiale normativo – le decisioni delle Corti straniere o sovranazionali richiamate – è filtrato da un giudice costituzionale situato in una dimensione *altra* rispetto a quella in cui tali decisioni sono state rese; vuoi perché il vaglio di detto materiale è orientato a supportare l’economia della decisione¹⁶; vuoi perché siffatta strategia mira all’auto-legittimazione dell’organo di giustizia costituzionale. Per un verso, la Corte di vertice intende conseguire la propria un’auto-legittimazione che è *interna* all’ordinamento di appartenenza¹⁷; per altro verso, esso

nella quale è citato il libro di J. C. KYK DE WET, J. P. YEATS, *Kontraktereg en Handelsreg*, Durban, 1947, 3de uitgawe, p. 117.

¹⁵ Il “dialogo” non è fenomeno nuovo né recente: cfr. già il saggio di P. K. TRIPATHI, *Foreign Precedents and Constitutional Law*, in *Columbia Law Review*, 57(3), 1957, p. 319 ss. Cfr. altresì D. S. LAW, W.-C. CHANG, *The Limits of Global Judicial Dialogue*, in *Washington Law Review*, 86, 2011 pp. 528-540.

¹⁶ Fra i molti, v. almeno L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 243 ss. e p. 246 per la qualificazione della citazione come *argumentum quoad auctoritatem*; A. SOMMA, *Introduzione* cit., p. 60 («si tratta ... di un uso complementare e facoltativo, un espediente retorico cui ricorrere nell’ambito di argomentazioni tese a promuovere l’avvicinamento dei diritti nazionali»).

¹⁷ Sulla legittimazione interna delle Corti cfr., fra gli altri, L. B. TREMBLAY, *General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of*

si accredita *all’esterno come soggetto del dialogo*. È l’ipotesi della Corte costituzionale sudafricana: utilizzando i riferimenti alla giurisprudenza straniera essa ha avviato un dialogo tra formanti, che l’ha promossa ad attore della *judicial conversation*¹⁸.

La ricerca costituisce così una ragione ulteriore per saggiare l’utilità della comparazione in ambito giuridico – e confermarne l’attitudine all’elaborazione di modelli prescrittivi di *legal borrowing* che, da formanti esistenti, procedono all’elaborazione di un nuovo formante «dinamico»¹⁹.

L’indagine, tuttavia, non si arresterà alle *ragioni* e al *metodo* cui le Corti ricorrono per richiamare giurisprudenza e dottrina nel testo delle decisioni. Ragioni e metodo, infatti, ben possono supportare riferimenti vuoi a carattere meramente esornativo – a corredo, ad esempio, di raffinati *obiter dicta* –; vuoi di una qualche utilità, posto che sia dalle decisioni, sia dal formante “colto” si estraggono regole processuali, sostanziali e tecniche di giudizio

Constitutional Law, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 23(4), 2003, p. 525 ss.; R. LETELIER WARTENBERG, M. NICOLINI, *Nulidad y democracia en la justicia constitucional*, in *Revista de Derecho – Consejo de Defensa del Estado*, 11, 2004, pp. 55-103; A. STONE, *Democratic Objections to Structural Judicial review and the Judicial Role in Constitutional Law*, in *The University of Toronto Law Journal*, 60(1), 2010, p. 109 ss.; F. PALERMO, M. NICOLINI, *Tensions and Influences in Norway and in a Comparative Perspective*, in *Two centuries of Norwegian Constitution: between tradition and innovation*, The Hague, Eleven International Publishing, 2015 (in corso di pubblicazione), § 7.1.

¹⁸ Sul punto sia consentito rinviare a M. NICOLINI, «When Southern African Courts Join Judicial Conversation»: *considerazioni introduttive a una ricerca sugli attori del dialogo costituzionale*, in AA.VV., *Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale. Per la costruzione di un “itinerario” geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico*, Napoli, ESI 2015, p. 79 ss.

¹⁹ Cfr. L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 24.

funzionali alla definizione della controversia sottoposta alla cognizione del giudice. Con il che, peraltro, sembrerebbe attenuarsi la differenza tra le ipotesi di *judicial borrowing*, posto che la stessa citazione dottrinale può fungere da *argomento comparativo*, integrarne uno snodo essenziale nella formulazione delle *rationes decidendi* riferibili sia a questioni preliminari di rito, sia alla disciplina processuale, sia alle regole sostanziali e al principio di diritto necessario per definire nel merito il giudizio²⁰.

D'altra parte, lo stesso concetto di "dialogo" fra le Corti lascia cogliere l'impiego di uno strumento tecnico in funzione del raggiungimento d'un risultato sostanziale: le tecniche di giudizio e di dialogo come formulazione di argomenti – e giudizi comparativi – per formazione di regole volte alla risoluzione di controversie concrete.

Il che sta nuovamente a evidenziare non solo il ricorso alla comparazione ma anche i *caratteri* e le *potenzialità* delle tecniche di giudizio utilizzate – vale a dire, la loro *funzionalità* all'instaurazione del dialogo, consentendo che «Courts join the conversation»²¹.

La ricerca condivide la ricostruzione del dialogo avanzata da attenta dottrina²²: non solo perché s'individua nel *judicial dialogue* una fonte di legittimazione della giurisdizione costituzionale o una forma di effettiva e concreta applicazione delle tecniche di

²⁰ Così G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, I, cit., p. 45 ss.

²¹ Così T. LEIGH GROVE, *The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation*, in *Harvard Law Review*, 114(7), 2001, p. 2051 ss.

²² Cfr. A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 118 ss.

giudizio praticate dalle Corti di vertice; ma anche (e soprattutto) perché la ricostruzione della *conversation between the courts* ne inquadra forme e finalità entro quella "griglia di decodificazione" della realtà che è offerta dalla comparazione in ambito giuridico.

Ciò consente, pertanto, di avviare una valutazione sulle già menzionate tradizioni costituzionali comparate, al fine di accertare se, negli ordinamenti non occidentali, la "narrazione costituzionale" sia funzionale, per un verso, a stabilire momenti di continuità, rottura e innovazione nell'evoluzione del sistema giuridico. E, per altro verso, essa attivi un processo di conservazione e/o selezione degli istituti della rispettiva tradizione giuridica, offrendone una "lettura", nella quale un ruolo di rilievo è attribuito agli attori della *judicial conversation* e alla conseguente "costruzione" di nuovi formanti giurisprudenziali.

3. "Etnocentrismo" e "perifericità" alla prova del metodo comparato

Il riferimento alla Corte costituzionale sudafricana precisa ulteriormente le coordinate della ricerca. L'indagine, infatti, esplora i caratteri del *global judicial dialogue* nella costruzione delle tradizioni costituzionali comparate privilegiando il ruolo degli *attori*.

Ciò, peraltro, non implica l'irrelevanza delle materie cui si riferisce la circolazione, la recezione e la successiva immissione dei precedenti giurisprudenziali negli ordinamenti riceventi.

L'ambito materiale su cui vertono i formanti richiamati è certamente centrale nella "costruzione" di un nuovo formante.

Tuttavia, a privilegiare il ruolo degli attori sta la circostanza che la letteratura solitamente circoscrive il dialogo a un numero limitato di Corti – le più prestigiose nell’ambito della *Western legal tradition*²³. Ne viene l’esclusione dalle ricerche di Corti di vertice collocate al di fuori o alla «periferia del diritto occidentale»²⁴ – segnatamente, delle corti degli ordinamenti africani australi – proprio perché, per il loro esame, è necessario assumere un «concetto di diritto» irriducibile a quello di derivazione occidentale²⁵.

Ciò richiederà, in primo luogo, di delimitare spazialmente l’Africa australe²⁶; e, di qui, valutare l’attitudine delle Corti dell’area indicata a costituire un laboratorio per esaminare presenza e funzione del formante giurisprudenziale – ma anche dottrinale – nelle decisioni giudiziali. L’interrogativo potrà apparire retorico; ma una risposta appare comunque scientificamente necessitata: mai è stata pienamente “rimossa” l’obiezione della *perifericità* delle Corti e dei sistemi dell’area in esame rispetto al mondo occidentale. È, questo, un “lascito” dell’approccio etnocentrico nello studio delle famiglie giuridiche, tale da piegare le ragioni della ricerca giuridica a motivazioni di «geopolitica del diritto»²⁷.

²³ Cfr. C. H. J. BERMAN, *Law and Revolution, the Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1983.

²⁴ A. SOMMA, *Introduzione*, cit., p. 114, che utilizza l’espressione con riferimento al diritto latinoamericano.

²⁵ L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 24.

²⁶ L’individuazione dell’area geo-giuridica è ineludibile in sede metodologica: v., ad esempio, G. AJANI, *Fonti e modelli nel diritto dell’Europa orientale*, Trento, Dipartimento di Scienze Giuridiche, 1993, pp. 1-22 (in relazione alla perimetrazione dell’area *ex-socialista*).

²⁷ P. G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 11 ss.

Come dire: le classificazioni di sistemi e famiglie poggiano su criteri giuridici, ma questi fanno velo a ragioni politiche, se non addirittura le legittimano.

Allo scarso interesse per le Corti di vertice dell’Africa australe concorrerebbe, cioè, una concezione etnocentrica dei sistemi giuridici, ordinati secondo fasce di gerarchia. A quella di vertice inerirebbe il modello euro-atlantico (la *Western legal tradition*, appunto) – anche se, all’interno di tale fascia, il sistema di *Common Law* viene ormai a prevalere su quello di *Civil Law*: sia perché ritenuto funzionale al conseguimento delle finalità dell’economia finanziaria²⁸; sia perché il *Common Law* appare in grado di assicurare *performances economiche* non solo misurabili, ma pure elevate anche in ragione delle sue *legal origins*²⁹. L’atteggiamento etnocentrico della scienza giuridica occidentale³⁰ è poi

²⁸ Tale impostazione, sostenuta anche dalla Banca Mondiale nei *Doing Business Reports*, è stata sottoposta a penetranti critiche: cfr. P. G. MONATERI, A. SOMMA, *Il modello di civil law*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 203 ss.; N. GAROUPA, T. GINSBURG, *Economic analysis of law and comparative law*, in M. Bussani, U. Mattei (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, CUP, 2012, p. 67 s.; A. SOMMA, *Introduzione*, cit., p. 93 ss.; P. G. MONATERI, *Geopolitica*, cit., p. 25 ss. e p. 156 ss. Sui modelli capitalistici implicati da tale “scontro” interno alla *Western legal tradition* cfr. D. KENNEDY, *Political ideology and comparative law*, in M. Bussani, U. Mattei (eds.), *The Cambridge Companion*, cit., p. 47 ss.

²⁹ Sul punto v. R. MICHAELS, *Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law* 57(4), 2009, pp. 765-795; A. GAMBARO, *Misurare il diritto?*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2012, p. 33 ss.

³⁰ Si pensi, ad esempio, alla collocazione “residuale” che R. DAVID, C. JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, ed. italiana a cura di R. Sacco, Padova, CEDAM, 2004, p. 476 ss., riservano al diritto dell’Africa

accresciuto dalle peculiarità dei sistemi in oggetto – di tipo misto e fortemente plurali –, cosa che induce l’interprete ad arenarsi nelle secche di numerose *communes opiniones*, desistendo così dalla loro analisi.

Si tratta di un compito certamente difficile, e tuttavia non impossibile – ma proprio le difficoltà hanno, per lungo tempo, portato a sospendere il giudizio sull’attitudine delle Corti africane a partecipare al *judicial dialogue*. È evidente che fra i compiti del giurista – e, in modo particolare, del comparatista – rientra anche quello di capire quando s’impone un cambiamento di prospettiva nella lettura dei fenomeni giuridici³¹.

Il mutamento di prospettiva viene qui affidato a un’indagine che si propone di dilatare la ricerca all’area geo-giuridica indicata: l’obiettivo è l’accertamento dell’attitudine delle Corti africane australi a partecipare, in qualità di attori, a quello che s’è più volte indicato come *judicial dialogue* – funzionale al *legal borrowing* e alla creazione di tradizioni costituzionali. Si radica qui una ragione ulteriore che sta a fondamento della ricerca: l’applicazione del metodo comparato – cui è intrinseca una certa dose di *sovversione*³². Non stupirebbe se, in esito alla presente indagi-

nera e del Madagascar.

³¹ Cfr. F. PALERMO, *Magistrature, giurisdizioni ed equilibrio istituzionale. Spunti per una futura ricerca su giustizia costituzionale ed equilibri istituzionali*, in R. Toniatti, M. Magrassi (cur.), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova, CEDAM, 2011, p. 313.

³² Cfr. H. MUIR WATT, *Further terrains for subversive comparison: the field of global governance and the public/private divide*, in P. G. Monateri (eds.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2012, p. 270.

ne, le Corti dell’Africa australe venissero a qualificarsi come un laboratorio fecondo per future ricerche sul tema sovvertendo il paradigma eurocentrico e le *communes opiniones* generate dalla mentalità giuridica occidentale – un vero crittòtipo sotteso alle classificazioni delle famiglie giuridiche.

Ciò non dovrebbe destare sorpresa, se si rammenta come detti ordinamenti, già parte dell’Impero britannico, siano membri del *Commonwealth of Nations*; e che sul piano tecnico-giuridico, manifestino la dimestichezza, propria della famiglia di *common law*, nel citare, applicare e interpretare precedenti di altre Corti della medesima famiglia giuridica³³. Non irrilevante appare, poi, la loro partecipazione a processi d’integrazione sovranazionale e a sistemi regionali di protezione dei diritti fondamentali³⁴.

Ciò consente di superare l’obiezione metodologica, per la quale «l’uso del metodo comparativo deve essere accompagnato ... da cautele ove il termine di comparazione si riferisca a Stati ... in transizione, per il potenziale contrasto fra le regole formali introdotte e differenze strutturali originarie»³⁵. La cautela

³³ Su tale “dimestichezza” cfr. TH. ALLEN, B. ANDERSON, *The Use of Comparative Law By Common Law Judges*, in *Anglo-American Law Review*, 23, 1994, p. 435 ss.; C. SAUNDERS, *Judicial Dialogue*, cit., p. 416 ss.; U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 249 ss.

³⁴ Cfr. N. S. OKOGBULE, *An Appraisal of Regional Models of Human Rights Protection: The European and African Experience*, in *Zambia Law Journal*, 33, 2001, p. 18 ss. Per un’esame della giurisprudenza in materia di integrazione sovranazionale attraverso i diritti cfr. S. C. NEFF, *Human Rights in Africa: Thoughts on the African Charter on Human and Peoples’ Rights in the Light of the Case Law from Botswana, Lesotho and Swaziland*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 33(2), 1984, p. 331 ss.

³⁵ R. SCARCIGLIA, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Bologna, il Mulino, 2006, p. 84.

sembrirebbe tanto più rilevante ove ci si accosti a ordinamenti costituzionali in parte ancora caratterizzati da instabilità politico-istituzionale e attraversati da *cleavages* etnici, culturali e religiosi. Tuttavia, è proprio la compattezza manifestata dai sistemi africani australi nel coltivare i “lasciti” della famiglia di *Common Law* a ritenere scientificamente ammissibile la ricerca e verificabili i risultati della medesima.

Va da sé che, trattando di giustizia costituzionale, le Corti di vertice interessate saranno riportabili o al modello kelseniano della giurisdizione concentrata³⁶ – è l’ipotesi della Corte costituzionale sudafricana³⁷ –, o a quello, prevalente nell’area in esame, della *supreme court ruling in constitutional issues*³⁸. Queste ultime, come ha efficacemente evidenziato Mark Tushnet, poggiano su di un

decentralized system of constitutional review, because ...

³⁶ Cfr. H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 5, 1929, p. 48 ss. V. altresì A. GAMPER, F. PALERMO, *The Constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review*, in *Journal of Comparative Law*, 3, 2008, p. 64 ss.; CH. BEZEMBEK, *A Kelsenian model of constitutional adjudication*, in *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 67(1), 2012, p. 115 ss.

³⁷ Anche se non sono del tutto venute meno forme di controllo diffuso: cfr. sez. 166 ss. Cost. Sul punto v. A. RINELLA, *La Corte costituzionale del Sudafrica: il contributo del diritto comparato al consolidamento della democrazia*, in G. F. Ferrari, A. Gambaro (cur.), *Corti nazionali*, cit., p. 388.

³⁸ Sui entrambi i modelli – “constitutional court” e “supreme court” – cfr. M. CAPPELLETTI, J. C. ADAMS, *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations*, in *Harvard Law Review*, 79(6), 1966, p. 1207 ss. V. altresì L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 66 ss.

every court in the country has the authority to decide a constitutional question, and the ... Supreme Court is a generalist constitutional court, because it has authority to determine the meaning of national law³⁹.

Il modello diffuso è peraltro prevalente nell’area geo-giuridica. Ciò, forse, si deve al sistema giuridico affermatosi nell’area in epoca coloniale: il *Roman-Dutch Law*, infatti, ha numerosi tratti in comune con quello di *Common Law* (è un diritto non scritto e non codificato). Le opere della dottrina olandese poste a suo fondamento – vere e proprie *auctoritates* del diritto comune – rappresentano l’equivalente funzionale della giurisprudenza di *common law*, che si sviluppa attraverso i *leading cases* e i *cases of first impressions*:

the numerous works of the Dutch jurists, written in Dutch and Latin at various dates from the sixteenth to the nineteenth century, are cited to-day as authoritative statements of the law with which they deal ... The works of the older writers ... have a weight comparable to that of the decisions of the Courts, or of the limited number of “books of authority” in English Law⁴⁰.

Rimane in tal modo precisato anche il metodo – quello della comparazione in ambito giuridico. Ciò, sia perché si esamineran-

³⁹ M. TUSHNET, *The Constitution of the United States of America. A Contextual Analysis*, Oxford and Portland (OR), Hart Publishing, 2009, p. 124.

⁴⁰ Cfr. *infra*, § 5. Cfr. R. W. LEE, *An Introduction to Roman-Dutch Law*, Oxford, Clarendon Press, 1915, p. 13.

no primariamente formanti attivi, costituiti per lo più da precedenti giurisprudenziali di Corti straniere cui possono variamente saldarsi riferimenti dottorali; sia perché il dialogo si propone di individuare le «soluzioni normative adottate da diversi ordinamenti in risposta ai problemi pratici più o meno analoghi»⁴¹ – e che qui integrano l’attitudine delle Corti a partecipare al *judicial dialogue* per individuare soluzioni applicabili per la risoluzione delle controversie portate alla loro cognizione.

Si è al cospetto di una delle ipotesi “classiche” di funzioni ancillari della comparazione: il ricorso al formante – giurisprudenziale e dottorale – rientra nel campo delle applicazioni pratiche del diritto comparato. Proprio «la circolazione delle soluzioni giuridiche (e dei principi e delle idee) [avviene] oggi in larga misura per via giurisprudenziale, grazie soprattutto all’apporto delle corti costituzionali e delle corti internazionali o transnazionali»⁴².

Una ragione ulteriore, dunque, per saggiare l’utilità del metodo comparato – e che ne conferma l’attitudine all’elaborazione di un modello prescrittivo di dialogo tra Corti (costituzionali o supreme che siano), prescindendo dalla loro collocazione geo-giuridica.

⁴¹ G. BOGNETTI, *L’oggetto e il metodo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 727.

⁴² Cfr. L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 242. Per una lettura particolarmente penetrante del rapporto tra *judicial dialogue* e comparazione cfr. M. CARDUCCI, *Dialogo è comparazione? Saggio sul giudice “costituzionalista comparatista” nella prospettiva del metodo*, in L. Pegoraro, S. Bagni, G. Pavani (cur.), *Metodologia della comparazione. Lo studio dei sistemi giudiziari nel contesto euro-americano*, Bologna, FiloDiritto, 2014, p. 35 ss., spec. 50 ss.