

futuro. Vince il presente quando prevale il riferimento alla sensazione di improcrastinabilità che la tutela di alcuni diritti 'umani' e 'fondamentali' trasmette. La polivalenza temporale del diritto costituzionale si riflette inevitabilmente sull'interprete, e si potrebbe intraprendere un'analisi delle varie sentenze costituzionali, proprio a partire dalla prospettiva temporale che l'interprete (più o meno consapevolmente) sceglie di volta in volta. Con ovvie conseguenze anche in tema di intertemporalità.

'Globalizzazione attraverso i diritti' e metamorfosi del diritto comparato

di Giovanni Marini*

1. Lo sguardo di Stefano Rodotà appartiene certamente a quelli sempre capaci di andare 'oltre'.

Così era stato negli anni Settanta, quando i suoi studi avevano allargato gli orizzonti tradizionali dei civilisti per includervi la Costituzione. Un fenomeno che doveva avviare un complesso processo di trasformazione degli istituti del diritto privato che, aprendosi ai valori costituzionali, diventavano strumenti in grado di dialogare con il cambiamento e di proiettare ideali democratici all'interno delle relazioni private¹.

Non è casuale dunque che i suoi lavori, a partire almeno dal 'ritorno' all'università all'inizio degli anni Novanta, cominciino a immergersi decisamente nella dimensione globale del fenomeno giuridico, dimensione che ne è diventata con il passare degli anni il vero e proprio filo conduttore².

Le riflessioni di Rodotà, anche in questo caso, anticipano l'inarrestabile marcia dei diritti fondamentali che tendono a sganciarsi

* Professore di Diritto comparato, Università di Perugia.

¹ Basterà fare riferimento ai lavori contenuti in *Il diritto privato nella società moderna. Seminario in onore di S. Rodotà*, a cura di G. Alpa ed E. Roppo, Jovene, Napoli 2005.

² A cominciare indicativamente almeno da *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari 1992; *I diritti umani nella protezione civilistica*, in *Diritti umani e civiltà giuridica*, a cura di S. Caprioli e F. Treggiari, atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia, 9-11 novembre 1989, Stabilimento tipografico Pliniana, Perugia 1992, p. 121 [nelle note di questo saggio ci sono dei numeri buttati lì apparentemente a caso. Li ho intesi come numeri di pagina, ma verificate che sia giusto: sono tutti evidenziati]; e poi *Diritti e diritto nell'era della globalizzazione*, in *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, a cura di S. Scarpioni, Giuffrè, Milano 2001, p. 47; *Fra diritti e mercato: una cittadinanza europea possibile*, in *Una costituzione senza stato*, a cura di G. Bonacchi, Il Mulino, Bologna 2001, p. 451.

dalla dimensione nazionale per occupare uno spazio sempre più ampio. Nella sua analisi comincia già a intravedersi chiaramente la progressiva costituzione di quella «global community of courts», il cui «dialogo» è diventato uno degli argomenti centrali nei recenti discorsi sulla globalizzazione del diritto. Dalle stesse pagine emerge anche l'accelerazione del processo di diffusione planetaria dei diritti e del pensiero giuridico che li accompagna: un fenomeno al quale i giuristi erano abituati, ma che adesso si presenta in forme assolutamente inedite.

Di questi sviluppi i cultori del diritto comparato hanno cercato di cogliere la dinamica – per descriverla sono stati coniate formule come «disseminazione» o «migrazione»³, che si sono andate ad aggiungere a quelle più classiche di trapianto e ricezione⁴ – nel tentativo di rendere meglio conto del modo in cui funzionano.

Nella visione di Rodotà però lo sganciamento dei diritti dalla dimensione nazionale è al servizio di un nuovo e, questa volta, più complesso e ambizioso progetto di trasformazione, in cui cambiamento e valori democratici sono proiettati su scala globale attraverso l'azione di corti che tendono verso una «competenza globale».

In questo quadro la «costituzionalizzazione» della persona, accompagnata da una riconsiderazione dell'intero sistema su cui

poggia, che coinvolge i suoi principi fondativi – la libertà, la dignità, l'uguaglianza e la solidarietà –, costituisce la premessa per una condizione democratica «perché la cittadinanza si incarna su diritti che appartengono a ognuno in quanto persona»⁵. In questa prospettiva possono essere anche riletti i rapporti fra legislazione e giurisdizione che non sono più collocate in antitesi ma, poste sullo stesso piano, possono collaborare per l'attuazione concreta dei diritti.

Contemporaneamente i diritti vengono strettamente collegati alla realtà, «seguono la persona sempre più da vicino, a considerarla nella sua integralità, e farne emergere sempre più nettamente l'unicità»⁶, portando a termine la scomposizione del soggetto astratto che ha lasciato gradualmente il posto a figure soggettive diverse, in ragione della materialità dei rapporti in cui sono collocate e delle relazioni sociali che le caratterizzano.

Di questo processo la prima e fondamentale tappa, il passaggio dal soggetto astratto alla persona concreta – per la verità, bisogna ricordare – era stata segnata già nella nostra Costituzione con il riferimento ai «lavoratori» contenuto nell'art. 3, comma 2.

La novità ora è costituita da una nuova fase in cui sono le diverse identità che la persona può assumere nei vari momenti della vita e nei differenti contesti sociali a entrare in scena. Una attenzione che richiede un «confronto continuo tra la promessa dei diritti e gli effetti che essa produce»⁷, la redistribuzione dei poteri necessari per esercitare la cittadinanza.

Non stupisce che, lungo questa strada, gli ostacoli che il progetto può incontrare siano stati molti, a cominciare proprio da un sistematico aggiramento del sistema delle corti che rende i giudici impotenti a contrastare un'azione che nuovi processi di governance tendono a ormai dislocare su palcoscenici diversi⁸.

³ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, p. 70.

⁴ Ivi, p. 79.

⁵ Ivi, p. 49.

⁶ Basterà ricordare una *sofi lais*, sempre più deformalizzata e tecnocratica, si affida a processi di apprendimento spontaneo in grado di offrire soluzioni evitando la puntuale definizione di *entitlements* individuali (i saggi raccolti in *Soft law e hard law nella società post-moderna*, a cura di A. Somma, Giappichelli, Torino 2009, in particolare cfr. M.R. Marcella, *Metti un po' di softness nell'hard law. A proposito di donne, diritto e nuove forme regolative*), per non parlare dell'imponente opera di colonizzazione dello spazio giuridico ad opera di altre discipline o di metodi emp-

³ *The Migration of Constitutional Ideas*, a cura di S. Choudry, Cambridge University Press, Cambridge 2006, ma già A.M. Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication*, in «U. Richmond L. Rev.», [Anche in questo intervento ho lasciato abbreviate le riviste], 29, 1994, p. 102 e poi Id., *A Global Community of Courts*, in «Harv. Int. L. J.», 44, 2003, p. 191; *Dalla circolazione dei modelli al dialogo fra i sistemi giuridici: le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, a cura di A. Torre, Giappichelli, Torino 2011.

⁴ Sui trapianti giuridici, oltre agli ormai classici A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edinburgh 1974 e R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in «Am. J. Com. L.», 39, 1991, pp. 343-402, vedi però le precisazioni di M. Graziadei, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, a cura di M. Reimann e R. Zimmermann, Oxford 2007, p. 441. Id., *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, in «Theoretical Inquiries in Law», 10, 2009, p. 723. D. Nelken, *Comparativists and Transferability*, in *Comparative Legal Studies* [cos'è? Una rivista? Allora va tra virgolette, ma perché i curatori? È una collana? Ma allora com'è che non c'è né l'editore né il luogo di edizione?], a cura di P. Legrand e R. Munday, 2003, p. 446; P. Legrand, *The Impossibility of «Legals Transplants»*, in «Maantrichj. Eur. & Comp. L.», 4, 1997, p. 111. L'idea stessa di trapianto allora non pare sempre in grado di cogliere tutta la complessità delle relazioni che si vengono a creare fra centro di produzione, semiperiferia e periferia coloniale.

Più che verso ciò che accade all'«esterno», però, è interessante ciò che accade all'«interno».

2. Costituisce infatti poco più di un luogo comune l'affermazione che il processo di globalizzazione ha profondamente modificato il quadro spaziale di riferimento dei giuristi, rendendo necessario pensare in modo diverso ai diritti e alle garanzie fondamentali.

Come però ha chiarito ancora Stefano Rodotà, la globalizzazione non è riducibile a un semplice fenomeno di scala: un allargamento di confini che ingloba uno spazio sempre più ampio, fluido e come tale apertamente attraversabile, la cui caratteristica è soltanto la presenza di nuovi soggetti in competizione per l'esercizio della sovranità sullo spazio globale.

Le varie esperienze nazionali si stanno infatti riaggregando intorno a polarità diverse dal passato e i diversi territori si riorganizzano secondo una logica 'multilivello'. Un processo che implica una operazione di continua ridefinizione dei confini proiettati al di là dello Stato nazionale e che sembra ancora lontano dalla sua conclusione.

In ogni caso è evidente che le diverse aree e i diversi livelli non significhino soltanto la moltiplicazione degli spazi, ma disegnino precisi campi di forze in cui i diritti vengono dislocati. Al loro interno, i materiali giuridici a disposizione dei giuristi (non solo norme ovviamente, ma anche regole operative, schemi organizzativi, vocabolario concettuale, modelli di ragionamento e tecniche argomentative⁹), seppur largamente comuni, vengono continuamente ricombinati secondo la forza dei vettori – espliciti o latenti – che caratterizzano i diversi spazi e livelli.

Ci si deve interrogare allora sulle architetture e sulle dinamiche che operano all'interno dei diversi spazi e livelli. Queste condizioni le modalità dell'azione dei soggetti che vi operano, e dunque il modo di essere dei diritti e le loro concrete possibilità.

3. Il quadro che ci offre Stefano Rodotà è caratterizzato proprio da una struttura e da un linguaggio largamente condivisi: quello dei

rici (Da Kennedy, *Challenging Expert Rule: The Politics of Global Governance*, in «Sydney Journal of International Law», 2005).

⁹ Da Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, a cura di D.M. Trubek e A. Santos, Cambridge University Press, Cambridge (MA) 2006, pp. 19-73.

diritti umani, proposti nelle vesti di diritti fondamentali che attribuiscono ai singoli prerogative individuali; i diritti umani operano anche come valori o come principi, diventando rilevanti virtualmente in ogni tipo di controversia.

La rilevanza che assume la persona nella sua unicità e concretezza induce tutti i regimi giuridici a organizzare i diritti secondo gli schemi con cui l'identità è entrata nel diritto. In modo da assicurare la tutela dei diritti, è necessario individuare alcuni tratti particolari che caratterizzano i soggetti che li fanno valere ('reificazione'), elaborare strumenti per evitare le discriminazioni e tentare di riconciliare le differenze quando entrano in conflitto. Ogni singolo sistema giuridico nazionale e sovranazionale opera la propria scelta sulle identità che è opportuno riconoscere o negare.

In questo modo l'intera serie di concetti e tecniche fondate sull'idea di identità/differenza è stata generalizzata¹⁰. Così anche i vari tipi di argomentazione – a favore o contro il riconoscimento – tendono ad essere, quasi ovunque, dello stesso tipo.

La nuova rilevanza che assume l'identità ha frantumato l'unità dell'individuo: ognuno di noi, infatti, può averne più di una. Il ricorso a questo meccanismo si espone però al rischio di semplificare quelle stesse identità, in modo da oscurare completamente la complessità della loro formazione e la molteplicità delle possibili appartenenze a cui ognuno può ricollegarsi (*intersectionality*).

In ogni modo i diritti umani rappresentano una vera e propria lingua franca che costituisce gran parte dell'attuale *legal consciousness* dei giuristi, un apparato intellettuale complesso che gli operatori giuridici possono combinare e ricombinare, in modo diverso, nelle diverse esperienze giuridiche nazionali e transnazionali.

¹⁰ Molte delle disuguaglianze che caratterizzano le società contemporanee sono state infatti ricondotte alla svalutazione (culturale) a cui alcune forme di identità sono sottoposte all'interno di un contesto sociale che diventa sempre più multiculturale. La risposta è stata trovata in una *identity politics* che rigetta queste forme di discriminazione, valorizzando l'identità del gruppo o evitando la stigmatizzazione (spesso grazie alla decostruzione dei termini del discorso attraverso il quale le identità vengono rese marginali). Nello stesso tempo questo atteggiamento corre il rischio di semplificare e reificare quelle stesse identità, cristallizzandole, in modo da oscurare la complessità della loro formazione e la molteplicità delle possibili affiliazioni. E mette in secondo piano il problema della subordinazione sociale che preclude ai soggetti, che appartengono a tali gruppi, la partecipazione alla pari alla vita sociale (cfr. N. Fraser, A. Honneth, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, Verso, London-New York, 2003).

L'identità rappresenta così un'estensione, ma una totale trasfusione della preoccupazione dei giuristi sociali per la protezione dei soggetti discriminati e perseguitati¹¹.

Il quadro lascia intravedere una complessa sedimentazione, in cui tipici elementi provenienti da momenti precedenti sopravvivono, trasformati. I diritti umani costituiscono il simbolo stesso dell'idea del diritto che opera su basi universali, al tempo stesso naturale e positivo, in modo assolutamente analogo a quanto accadeva con il diritto soggettivo, la volontà e la colpa nel pensiero classico.

Così la fiducia nei diritti individuali, tipica di quel periodo, convive ora con argomentazioni di politica del diritto più ampie, che trovano la loro origine nel pensiero sociale, dando vita a un complesso bilanciamento di interessi e altre considerazioni che è diventato cruciale nell'amministrazione di qualunque tipo di controversia¹².

Il meccanismo dipende per il suo funzionamento interamente dall'intervento del giudice, che esercita un ruolo fondamentale prendendo il posto del professore di diritto o del tecnico di settore che aveva esercitato una egemonia indiscussa nelle fasi precedenti. Il giudice è chiamato a difendere i diritti contro il potere statale a livello nazionale e contro la politica degli Stati a livello internazionale. È la preoccupazione maggiore ora è costituita dal modo in cui ridefinire il confine fra diritto e politica.

In questa prospettiva, la stessa argomentazione giuridica pare subire un altrettanto significativa torsione: le pretese scientifiche egemoniche di una ragione formale e 'calcolante' sono state definitivamente messe in soffitta, lasciando spazio a un modello aperto, le cui tecniche non sono condizionate tanto da vincoli sostanziali, ma prevalentemente procedurali. Le sue regole – la divisione dei *topoi*, la comunicazione intersoggettiva e il confronto dialogico – sono diventate fondamentali. L'argomentazione e l'approfondimento in chiave retorica dei procedimenti interpretativi

¹¹ Il riferimento è alle categorie/classi sociali e minoranze nazionali attraverso la quale i giuristi sociali disintegrarono l'omogeneo popolo dell'epoca classica cfr. Du. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought* cit., p. 63.

¹² Le finalità sociali gradualmente emerse nell'epoca del sociale sono divenute delle *politics* (insieme alle quali entrano in gioco principi e valori giuridici) che devono essere bilanciate con un'altra *policy*, il rispetto dell'autonomia individuale, e integrate da problematiche relative alla loro amministrabilità e a considerazioni di competenza istituzionale.

sono infatti capaci di conferire una legittimazione all'intervento del giudice e una dimensione etica ai risultati che è in grado di raggiungere¹³.

4. La preoccupazione per l'identità e l'intero complesso di argomentazioni, concetti e tecniche con le quali viene trattata e assunta rilevanza giuridica sono entrati, a vele spiegate, anche nel diritto privato. Da qualche tempo, infatti, non solo il diritto di famiglia ma anche il diritto dei contratti ha modificato la sua tradizionale indifferenza rispetto all'identità, cercando di farsi carico dei profili sociali e culturali che emergono in molti rapporti contrattuali, di assicurare l'eguale rispetto nei confronti di identità diverse ed evitare le possibili discriminazioni.

Così, ad esempio, l'identità razziale, etnica o di genere, che ha dato vita a una garanzia riconosciuta all'interno della quasi totalità dei dettagli costituzionali, può costituire ora il fondamento di una pretesa anche in materia contrattuale, come avviene nel caso dei contratti che hanno ad oggetto l'accesso o la fornitura di beni e servizi, liberamente accessibili al pubblico¹⁴.

La stessa idea è alla base degli strumenti di tutela approntati dall'Ue in materia di diritto dei consumatori. In questo caso, la debolezza di una delle parti del contratto richiede una profonda riformulazione delle regole che lo disciplinano. Così è stato possibile intervenire attraverso obblighi d'informazione o la nullità di clausole abusive, al fine di ripristinare l'autonomia propria di ogni individuo. Con simili interventi si vieta a taluni attori del mercato di operare discriminazioni nei confronti di determinate identità, quale ad esempio quella di consumatore¹⁵. Cosa che ha implicato una rilettura

¹³ Il profilo è ribadito da A.A. Cervati, *Diritto costituzionale ed impegno etico dei giuristi*, in *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 2009, p. 47 e Id., *Alessandro Giuliani, il linguaggio giuridico, la storia e il diritto costituzionale* («L'eticità nella scienza giuridica»), ivi, p. 207.

¹⁴ M.R. Marella, *A New Perspective on Human Dignity: European Contract Law, Social Dignity and the Retreat of the Welfare State*, in *Constitutional Values and European Contract Law*, a cura di S. Grundmann, Kluwer, Alphen aan den Rijn 2008, pp. 123-147, 137, 144.

¹⁵ La globalizzazione ha profondamente modificato anche il significato e la portata di strumenti associati a periodi precedenti. Un esempio tipico è costituito dalle clausole generali: cfr. M.R. Marella, *The Old and New Limits to Freedom of Contract in Europe*, in «Eur. Rev. Cont. L.», 2, 2006, p. 257.

totale del modo di operare delle clausole generali e degli interventi del legislatore rispetto alle fasi precedenti¹⁶.

5. La diffusione di questo genere di discorsi non ha mancato di interessare anche il campo del diritto comparato. In questo ambito, per la verità, la definizione dell'identità (di un sistema giuridico, di una famiglia giuridica o di una tradizione giuridica) è sempre stata una preoccupazione fondamentale. E recentemente il metodo comparatistico, fruttuosamente contaminato dall'analisi critica e dagli studi postcoloniali, si è arricchito di nuove metodologie di analisi che hanno elaborato a più riprese e sotto diversi aspetti il tema dell'identità¹⁷.

La costruzione di famiglie e sistemi giuridici ha rivelato la capacità della comparazione di trasformarsi in una potente arma nella geopolitica del diritto, contribuendo a fondare l'identità o la differenza attraverso processi selettivi che tendono all'isolamento ('esoticizzazione') o all'omologazione ('normalizzazione') delle varie esperienze analizzate.

Nello sforzo di comprendere il modo in cui l' 'altro' viene rappresentato e gli effetti di queste rappresentazioni è venuto così alla luce un quadro più complesso, in cui l' 'altro' non è mai un soggetto passivo della rappresentazione poiché la 'periferia' si serve (in modo esplicito o implicito) dei prodotti del 'centro', instaurando con esso una relazione complessa¹⁸ che dà luogo a una ibridazione¹⁹.

¹⁶ La limitazione è veicolata all'interno del contratto attraverso le clausole generali, con riferimento ai valori fondamentali della persona, a protezione dell'uomo e dunque di ciascun contraente, particolarmente quando è debole: cfr. G. Marini, *Distribuzione ed identità nel diritto dei contratti*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2010 [manca pagina, di solito le mette].

¹⁷ Da Kennedy, *The Politics and Methods of Comparative Law*, in *The Common Core of European Private Law*, a cura di M. Bussani e U. Mattei, Kluwer, Alphen aan den Rijn 2003, pp. 131-207. Sul punto sia permesso il riferimento anche a G. Marini, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, in «Polemios» 1, 2010, p. 33.

¹⁸ Fra i due si instaura una complessa dinamica: arrivati a destinazione, modelli e teorie possono subire processi di deviazione, trasformazione, riciclaggio e canalizzazione. Sulla complessa dinamica cfr. D. Lopez-Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis - Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Bogotá 2004. Per un caso in cui le elaborazioni 'periferiche' del diritto coloniale hanno variamente retroagito sul diritto metropolitano cfr. G. Bascherini, «Ex obliuione malum». *Appunti per uno studio sul diritto coloniale italiano*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2009, p. 245.

¹⁹ Nella circolazione transnazionale di teorie e teorici il flusso non è mai a senso unico, ma è multidirezionale. Su questo *two-ways traffic* ora E. Said, *Traveling The-*

6. Ma qui il discorso sull'identità viene svolto ora in modo diverso.

Nel diritto comparato un approccio culturale allo studio dei sistemi giuridici²⁰ si è andato sviluppando particolarmente nell'ambito del diritto costituzionale e pubblico comparato²¹, dove è stato utilizzato per combattere il formalismo ancora presente nelle metodologie della comparazione. E soprattutto il diritto privato comparato a salire sul banco degli accusati: focalizzato com'è sulla ricerca di regole comuni, sarebbe troppo preoccupied delle soluzioni comuni e non terrebbe abbastanza in considerazione le varie modalità attraverso le quali tali soluzioni sono raggiunte a livello locale²².

L'utilizzo di questo particolare argomento è volto alla ricostruzione del più vasto orizzonte storico, politico e culturale, capace di cogliere tutti quegli elementi - modelli di ragionamento, stili di pensiero, argomentazioni - che danno vita e caratterizzano un determinato sistema giuridico.

In questa prospettiva, il tema del rispetto e del mantenimento delle esperienze giuridiche e culturali proprie dei diversi paesi è diventato cruciale e svolge ora, anche a livello europeo, un ruolo operativo essenziale nel processo d'integrazione promosso dall'Ue. L'obiettivo dell'unità infatti è perseguito non più attraverso l'edificazione di una gerarchia di diritti e la costruzione di un *common core*, bensì mediante l'armonizzazione delle diverse interpretazioni e dei diversi contenuti che costituiscono i diritti fondamentali.

Questo progetto ha contribuito a far emergere il ruolo fondamentale svolto dalle tecniche argomentative e dal bilanciamento degli interessi confliggenti²³.

ory. The World, the Text and the Critic [Allora, *The World, the Text and the Critic* è il titolo del libro, non il sottotitolo, *Traveling Theory* è il capitolo 10 del libro. *Che fare?*], Harvard University Press, Cambridge 1983. D. Chakrabarty, *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton University Press, Princeton 2000 (trad. it., *Provincializzare l'Europa*, Meltemi, Roma 2004).

²⁰ P. Legrand, *Le droit comparé*, Paris 1999, p. 22.

²¹ R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law* (*Installment I of II*), in «Am. J. Comp. L.», 39, 1991, p. 1, e Id., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law* (*Installment II of II*), in «Am. J. Comp. L.», 39, 1991, p. 343.

²² V. Grosswald Curten, *Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law*, in «Am. J. Comp. L.», 46, 1998, p. 43; G. Frankenberg, *Critical Comparison: Re-Thinking Comparative Law*, in «Harv. Int'l L. J.», 26, 1985, p. 411.

²³ In materia di bilanciamento delle argomentazioni contrastanti, si veda, M. Lasser, *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and*

Le ricerche comparatistiche si sono infatti prodigate nello studio delle diverse interpretazioni dei diritti fondamentali, elaborate alla luce dei processi di integrazione in atto a livello europeo. Tali studi non si sono ovviamente limitati all'analisi dei testi legislativi e delle sentenze espresse in ambito nazionale, ma hanno coinvolto anche i casi discussi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di Giustizia europea.

La trasformazione da una tipologia d'istituzioni dotata di piena sovranità a un'altra caratterizzata da una struttura più porosa e munita di taluni poteri, soltanto vagamente somiglianti a quelli propri della sovranità, ha comportato un cambiamento significativo negli strumenti impiegati per favorire il processo di graduale convergenza.

Alla luce di questa prospettiva, la questione dell'integrazione fra le diverse culture giuridiche è stata affrontata attraverso lo schema del corretto trattamento della 'differenza' sviluppatosi nel campo delle politiche identitarie. In questo modo, il medesimo insieme di concetti e tecniche giuridiche, mediante il quale le identità sono state trattate in ambito giuridico, è divenuto parte del diritto comparato. È lo stesso diritto comparato viene sempre più utilizzato, quale strumento metodologico per realizzare un diritto costituzionale comune e favorire un pluralismo costituzionale. Con ciò il ruolo della comparazione viene amplificato fino ad assumere anche una funzione ulteriore di integrazione fra le diverse esperienze giuridiche.

Secondo questa tendenza, a livello giurisprudenziale, la comparazione diviene il cuore di un tipo di argomentazione, una tecnica che può rivelarsi fondamentale per le corti quando devono arrivare alla soluzione di una controversia. Le corti – ma il discorso può essere allargato agli operatori giuridici in generale – hanno abbandonato la tecnica comparativa classica, mediante la quale si cercava di individuare una convergenza nelle regole e nei principi sulla quale fondare il processo di integrazione.

In accordo con l'espressione «open constitutional states», la comparazione viene utilizzata per realizzare forme di equilibrio

Legitimacy, Oxford University Press, Oxford 2004; Du. Kennedy, *A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law*, in *The Foundations of European Private Law*, a cura di R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia e S. Weatherill, Hart, Oxford-Portland 2011, p. 185.

graduale e temporaneo che richiamano, molto da vicino, la definizione di «incompletely theorized agreements»²⁴, elaborata da Sunstein.

La comparazione è oggi adoperata allo scopo di raggiungere equilibri parziali e contingenti, che non abbiano la pretesa di definire quale sia la corretta soluzione comune da raggiungere, ma che lascino aperta la possibilità di successive modifiche da attuarsi mediante un confronto dialogico tra i diversi modi di attribuire significato e contenuto a un particolare diritto fondamentale.

In questo senso, il diritto comparato non deve essere utilizzato allo scopo di edificare strutture gerarchiche o sistemi di regole e principi comuni, né tantomeno può essere impiegato come tecnica volta al perseguimento della *better rule* o della *common rule*. Il diritto comparato è invece uno strumento funzionale alla definizione di tecniche e dispositivi capaci sia di gestire eventuali conflitti sia di perseguire allo stesso tempo l'unità e la diversità.

La teoria del «pluralisme ordonné»²⁵ di Delmas-Marty rappresenta un chiaro esempio di questa tendenza, poiché valorizza quella particolare soluzione adottata dalle corti, definita «margine di apprezzamento», quale esempio del diverso utilizzo che viene fatto del diritto comparato: non più in funzione edificativa di una qualche struttura gerarchica, ma piuttosto quale strumento di ricerca di forme differenti di «compatibilità»²⁶.

In ogni caso in cui non vi è un consenso significativo sul contenuto da attribuire a un particolare diritto fondamentale fra i diversi Stati membri dell'ordinamento, i giudici dovrebbero lasciare agli Stati la libertà di regolare internamente tale questione.

²⁴ C. Sunstein, *Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law*, in «Social Research», 74, 2007, p. 1.

²⁵ M. Delmas-Marty, *Le forces imaginaires du droit*, vol. II, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris 2006. Sul margine di apprezzamento fra i molti, E. Kastanas, *Unité et diversité: notions autonomes et marges d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles 1996; E. Benevisi, P. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento, in I diritti in azione. Università e pluralismo dei diritti fondamentali nelle corti europee*, Il Mulino, Bologna 2007, p. 145.

²⁶ Una rassegna della giurisprudenza è in G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna 2010, p. 79. Per qualche applicazione della Corte di Giustizia vedi *Grant v. South West Train Ltd* (17 febbraio 1998, causa C-249/96) e *Dynamic Medien Vertriebs GMBH v. Aidoles Media AG* (14 febbraio 2008, causa C-244/06).

7. Un esempio illuminante di questo impiego del diritto comparato è, tra gli altri, il caso deciso nel 2010 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo²⁷.

La controversia riguardava una coppia di cittadini austriaci dello stesso sesso, i quali, nel 2002, si sono visti negare dalle autorità austriache la possibilità di contrarre matrimonio e hanno così deciso di ricorrere alla Corte europea, lamentando il contrasto dell'art. 44 del Codice civile austriaco con l'art. 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali²⁸ (diritto al matrimonio) e l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁹ (diritto di sposarsi e di costituire una famiglia), dal momento che entrambi questi articoli non richiedono letteralmente che i due soggetti che contraggono matrimonio siano di sesso opposto.

I giudici hanno dunque stabilito che «the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in art. 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex»³⁰, escludendo in questo modo l'inapplicabilità dell'art. 12 e dell'art. 9, i quali sebbene non disciplinino chiaramente nel loro dettato il matrimonio tra persone dello stesso sesso, tantomeno lo escludono. L'art. 9, in particolare, continua la Corte però, «has deliberately dropped the reference to men and women»³¹, non presenta nel suo dispositivo alcun riferimento ai termini 'uomo' e 'donna' e ciò segna un distacco con le altre carte dei diritti e proprio per questo si ritiene sia «broader in scope than the corresponding articles in other human rights instruments»³².

²⁷ *Schalk and Kopf v. Austria*, Application no. 30141/04, European Court of Human Rights, 24 giugno 2010, disponibile online all'indirizzo: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4c29fa72.pdf>. I accessed 8 December 2011. [Questa precisazione tra quadre non mi sembra necessaria e confonde, il file si scarica tranquillamente anche oggi.]

²⁸ Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Roma, 4 novembre 1950: «Articolo 12 – Diritto al matrimonio – Uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto».

²⁹ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Nizza, 30 marzo 2010 (2010/C 83/02): «Articolo 9 – Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia – Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

³⁰ *Schalk and Kopf v. Austria*, Application no. 30141/04, Corte Europea dei diritti dell'uomo, 24 giugno 2010, par. 61, p. 16.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

Nello stesso tempo la Corte ha ritenuto che il diritto alla vita familiare, tutelato dall'art. 8 della Convenzione, debba essere riconosciuto anche alle coppie dello stesso sesso, senza che però questo determini una incompatibilità della normativa nazionale con la convenzione³³.

D'altra parte, per quanto concerne la disciplina in materia di matrimonio, la Corte ritiene che i paesi europei non condividano un terreno comune e che ciò renda impossibile stabilire uno standard che possa applicarsi a tutte le diverse realtà nazionali. Proprio in mancanza di tale base condivisa, la Corte è convinta che la questione ricada all'interno di quella discrezionalità di cui gli Stati dovrebbero godere in questi ambiti.

Questa decisione ha avuto giustamente un grosso seguito presso la dottrina europea; tale pronuncia è stata spesso comparata a due sentenze decise dalla Corte costituzionale italiana e dal Conseil Constitutionnel francese³⁴, sempre in tema di matrimonio tra soggetti dello stesso sesso. In ambito accademico non si è mancato di notare come la decisione della Corte europea rappresenti un nuovo approccio alla materia, che si muove in direzione opposta rispetto alle posizioni espresse dalle corti supreme nazionali. Queste ultime, chiamate a pronunciarsi su questioni assimilabili, hanno optato per pronunce meno innovative: il Conseil Constitutionnel ha semplicemente lasciato aperta la questione, la Corte costituzionale italiana ha scelto invece una soluzione, solo in apparenza, differente rispetto all'omologa corte francese. I giudici italiani infatti – pur riconoscendo alle persone dello stesso sesso un «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia» – ha rinviato però al legislatore la soluzione del problema. La corte ha fatto leva su un'interpretazione originalista della Carta costituzionale, in base alla quale non è possibile allargare le tutele costituzionali previste dalla

³³ Sia permesso il rinvio a M.R. Marella, G. Marini, *Famille*, in *Traité international de droit constitutionnel comparé* [a me risulta non comparé, solo *Traité international de droit constitutionnel*], diretto da M. Tropet, D. Chagnollaud, vol. III, *Supplément de la Constitution*, Dalloz, Paris 2012, p. 480.

³⁴ Conseil Constitutionnel, *Décision n° 2010-92 Qpc* du 28 janvier 2011, disponibile al sito <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2011/2010-92-qpc/decision-n-2010-92-qpc-du-28-janvier-2011-52612.html>; Corte cost. italiana, sentenza del 14 aprile 2010, n. 138, par. 9, available at <http://www.corte costituzionale.it/azioni/Pronuncia.do>.

Costituzione, fino a includere circostanze che non erano state prese in considerazione dai padri costituenti, al momento della redazione della Carta stessa³⁵.

Al contrario, l'approccio della Corte europea si sostanzia in una interpretazione innovativa della lettera della Convenzione, alla luce della più recente normativa europea e dell'evoluzione sociale, giunta a un *self-restraint* temporaneo in attesa che certe condizioni, cioè un consenso ampiamente condiviso, si realizzino. La Corte, non risolvendo la questione, evita così la contrapposizione fra le diverse istituzioni coinvolte (europee e nazionali), lasciando aperta la strada per arrivare gradualmente a una soluzione condivisa che possa risolversi in un vantaggio per tutti i soggetti coinvolti.

Non a caso, la nostra Corte di cassazione si è fondata sulla stessa interpretazione dei materiali giuridici operata dalla Corte di Strasburgo per affermare che è venuto meno il requisito della diversità di sesso e pertanto le coppie dello stesso sesso possono rivolgersi ora anche al giudice per far valere in presenza di «specifiche situazioni» il diritto a un trattamento omogeneo a quello della coppia coniugata³⁶.

Senza sacrificare il pluralismo, la Corte può così ridurre i margini di azione del legislatore nazionale³⁷.

Così in ogni caso in cui non è possibile – per varie ragioni – identificare attraverso l'argomento comparativo un contenuto sufficientemente condiviso del diritto in discussione, la Corte può rimandare alla discrezionalità dei singoli Stati.

La possibilità di fare ricorso al 'margine di apprezzamento' ovviamente è destinata a variare a seconda della natura del diritto in esame e dell'intensità della violazione³⁸. Ad esempio, nei casi in cui

è in gioco il diritto alla vita privata, come in ogni altro caso in cui è possibile attrarre la pretesa nel nucleo duro di un diritto fondamentale, la Corte europea non si è fatta scrupoli di mettere in discussione le legislazioni degli Stati nazionali senza ricorrere al 'margine di apprezzamento'³⁹.

8. Attraverso l'argomento comparativo i giudici dovrebbero cercare allora il consenso, ispirandosi alle virtù civiche dell'*adjudication*. I giudici devono tenere conto che le loro soluzioni sono destinate ad essere integrate nel particolare contesto culturale, sociale e giuridico di ogni Stato membro.

Alla luce di questo approccio, una parte consistente della dottrina ha apprezzato la preoccupazione delle corti di legittimare il proprio operato, assicurando l'autonomia alla cultura giuridica di un determinato Stato nazionale e la possibilità di arrivare a elaborare gradualmente nuove soluzioni. In questo senso, l'operato della Corte può essere considerato di tipo *jurisgenerative*, per usare l'espressione di Cover, volto cioè alla riconciliazione delle opposte posizioni e alla creazione delle condizioni per uno spontaneo superamento delle differenze in futuro⁴⁰.

sions from the Maruko Case, in Dignity in Change. Exploring the Constitutional Potential of EU Gender and Anti-discrimination Law, a cura di S. Niccolai, I. Ruggiu, Epap, Florence 2010, e Id., *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli 2011.

³⁵ *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45; *Norris v. Ireland*, 26 October 1988, Series A no. 142. Sul punto G. Repetto, *I diritti all'identità sessuale e il ruolo della morale pubblica, in Diritti fondamentali europei*, a cura di A. Vespaziani, Giappichelli, Torino 2009, p. 91.

⁴⁰ F.I. Michelman (*The Supreme Court, 1985 Term – Forward: Traces of Self-Government* cit. [non è citato] e *Law's Republic*, in «Yale L.J.», 97, 1988, p. 1493) e R. Cover (*The Supreme Court, 1982 Term – Forward: Nomos and Narrative*, in «Harv. L. Rev.», 97, 1983, p. 4) sottolineano il ruolo «jurispathic» dei conflitti tradizionali. In questa prospettiva il risultato è offerto da una soluzione che 'sopprime' una delle posizioni in conflitto. Michelman argomenta contro questo genere di soluzione per la sua capacità di esacerbare la tensione fra i due valori costituzionali: assumendo una posizione sovrastante, il giudice nega la libertà a una delle comunità e con essa la possibilità di una cittadinanza per i suoi componenti. Contro questo approccio, Michelman sposa la visione *jurisgenerative*, in cui il giudice offre una riconciliazione e l'opportunità di «dissolvere le differenze» fra le comunità. Soltanto ridefinendo il problema oppure offrendo opportunità per la trasformazione delle preferenze o mediante ambedue le vie, il giudice protegge il *self-government* e la cittadinanza delle comunità.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Cass. 2012 n. 4184/2012 (reperibile on line http://www.cortecassazione.it/Documenti/4184_03_12.pdf), intervenendo a proposito della domanda di trascrizione del matrimonio contratto all'Aja da due cittadini italiani nei registri dello stato civile italiano, ha affermato che, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale ed europea, quel matrimonio non è «inesistente» per l'ordinamento interno, ma è solo inidoneo a produrre effetti giuridici.

³⁷ Per una interessante ricostruzione in questo senso cfr. G. Repetto, «Non perdere il proprio mondo». *Argomenti dei giudici e matrimonio «same-sex» tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2010, p. 525.

³⁸ Per una attenta analisi del ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo in questa prospettiva, consapevole del suo potenziale e dei rischi, si veda G. Repetto, *Discrimination against Homosexuals and «Integration by Reasonableness»*: Saggi-

I valori e i principi espressi dalle parti in conflitto (in questo caso, anche i diversi Stati) vengono riconosciuti e rispettati, il processo decisionario è volto all'individuazione di un compromesso tra le due posizioni in contrasto e le decisioni espresse tendono piuttosto alla costruzione di una comunità (europea, in questo caso) di regole e principi condivisi, piuttosto che all'affermazione di determinati diritti⁴¹.

A contare sembra allora più la procedura che la sostanza. Invece di ricorrere alla coercizione o all'affermazione di un diritto sulla base dell'interpretazione dei testi o del consenso politico, le corti dovrebbero affidarsi a un ragionamento pratico, che si sviluppi su base dialogica. Il ricorso ad esso legittima le corti ad assumere anche un compito di *decision-maker* nei casi più difficili.

Questa concezione trova spazio all'interno della tendenza più generale secondo la quale lo studio del diritto dovrebbe occuparsi del *legal process*, delle procedure mediante i quali sono raggiunte le decisioni che riguardano il modo in cui le diverse società si organizzano.

La questione principale riguarda allora la legittimazione del processo attraverso il quale si arriva alla decisione. Il 'dovere essere' rappresentato dal diritto, in questa prospettiva, coniuga sempre la soluzione di una determinata questione con la corrispondente procedura che dovrebbe essere utilizzata per risolverla. L'istituzione deve assicurare la coerenza di una particolare procedura con il tipo di problema che la stessa procedura è razionalmente adatta a risolvere.

Il diritto è considerato funzionale e dinamico, ma la sua legittimità e obiettività è assicurata attraverso la procedura e le istituzioni con le quali si evolve. Il consenso deve essere trovato non nei principi sostanziali, ma nelle procedure.

Nelle decisioni acquistano importanza fondamentale quelle argomentazioni che mirano a verificare l'eventuale convergenza o divergenza tra le legislazioni e i materiali giurisprudenziali che formano il diritto nei diversi paesi membri.

Questa tendenza si iscrive in una nuova visione nella quale l'argomentazione è diventata davvero decisiva e, al suo interno, la com-

parazione costituisce un argomento ragionevole per decidere anche i casi più difficili.

Una volta che tutte le diverse posizioni (nazionali) siano tenute 'empaticamente' in considerazione – quale surrogato del processo deliberativo –, la Corte può raggiungere un risultato che assicura la natura apolitica delle sue decisioni.

Sia il metodo deduttivo, che aveva caratterizzato il periodo classico formalista, sia il carattere strumentale dell'interpretazione proprio del momento sociale sono stati definitivamente abbandonati. In questo senso il diritto presuppone una forma di conoscenza fondamentale diversa da quella scientifica. Nel diritto, la conoscenza non è mai conclusa ed è sempre soggetta a una revisione. Le regole dell'argomentazione hanno le medesime caratteristiche delle regole di condotta e assumono una colorazione etica: qualunque sbaglio non sarà soltanto un errore logico, ma anche e soprattutto un'ingiustizia, un abuso.

9. Gran parte degli sviluppi, ai quali abbiamo fin qui fatto riferimento, possono essere analizzati e letti alla luce della risposta del mondo liberale statunitense alla crisi del *legal process*, il movimento che aveva monopolizzato la dottrina americana nel secondo dopoguerra⁴².

La fine del *legal process* ha comportato l'emergere di due diverse tendenze, entrambe caratterizzate da una forte enfasi riposta sul linguaggio e sul modo in cui viene articolato il processo decisionale del giudice. Tali tendenze sono andate fondendosi tra loro e sono diventate davvero determinanti in questa fase della globalizzazione.

La prima è strettamente collegata al *linguistic turn* che ha caratterizzato tutti i campi delle scienze umane. Secondo queste tesi, ogni pratica culturale può essere definita come un «act of communication in a kind of social language» che è prodotto da una varietà di «interpretative communities»⁴³. Ciò significa, in termini estremamente sintetici, che il diritto può essere identificato come una pratica interpretativa, profondamente radicata in una determinata comunità, e

⁴² H.M. Hart, Jr., A.M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (1958), ripubblicato parzialmente in *The Canon of American Legal Thought*, a cura di Da. Kennedy, W. Fisher, Princeton University Press, Princeton 2006, pp. 241 sgg.

⁴³ In tema di *interpretive communities theory* si veda S. Fish, *Is There A Text in This Class?*, Harvard University Press, Cambridge 1980, pp. 147-174.

l'analisi delle caratteristiche con cui operano tali pratiche comunicative diventa fondamentale anche per la ricerca in campo giuridico⁴⁴.

La seconda tendenza si è sviluppata attraverso una critica del *right talk*, che poneva particolare attenzione sul modo in cui i diritti venivano elaborati e fatti valere in giudizio, enfatizzando la dimensione retorica dei diritti, come argomenti per persuadere gli altri. Secondo questa dottrina critica, il linguaggio è uno delle diverse pratiche mediante le quali si estrinseca l'azione umana, un'attività creativa e simbolica, sempre aperta alla creazione di nuovi significati e capace di consentire la comunicazione e la persuasione.

In virtù di queste teorie, secondo le quali il diritto è questione di linguaggio e argomentazione, l'autonomia del diritto doveva essere restaurata, segnando una significativa differenza rispetto alla visione strumentale e a quella che criticava la coerenza interna e la determinazione dei materiali giuridici.

Entrambe le posizioni non negavano l'influsso dell'ideologia sui giudici, né il fatto che possano perseguire finalità politiche; riconoscevano però che le convenzioni linguistiche della comunità degli interpreti avrebbero costituito un freno a questa spinta, evitando confusioni tra diritto e politica⁴⁵.

10. La profonda influenza esercitata sulla dottrina giuridica da questi sviluppi, non ha evitato però critiche.

Da una parte, questa tendenza permette di mettere in evidenza le varie diversità, le tensioni e i conflitti ancora presenti nell'ordine sociale europeo. L'attività giurisdizionale delle corti sottolinea infatti il carattere aperto della loro competizione fra le visioni giuridiche e culturali che animano lo spazio europeo.

Dall'altra, però, l'enfasi attribuita alla riconciliazione delle diverse prospettive, che vengono espresse dagli Stati membri, può comportare la sottovalutazione di eventuali conflitti che rimangono latenti. A questo livello, inevitabilmente, la necessità di salvaguardare le varie identità nazionali tende ad assumere un rilievo preponderante.

⁴⁴ Per i diversi approcci, si veda R. Dworkin, *Law as Interpretation*, in «Texas Law Review», 60, 1982, p. 373; O. Fiss, *Conventionalism*, in «Southern California Law Review», 58, 1985, p. 1; J.B. White, *Law as Language: Reading Law and Reading Literature*, in «Texas Law Review», 60, 1982, p. 415.

⁴⁵ Da Kennedy, *The Politics and Methods of Comparative Law* cit.; Cover, *The Supreme Court, 1982 Term – Forward: Nomos and Narrative* cit.

È bene ricordare che l'enfasi sul linguaggio giuridico come parte di una conversazione fra un pubblico ampio e sulla funzione simbolica delle norme e delle argomentazioni giuridiche può facilmente condurre a mettere in ombra altre conseguenze essenziali del processo decisionale.

Il diritto infatti può essere giustamente concepito come una conversazione, capace di dare voce a una pluralità di attori, ma lo studio dell'attività del giudice e del modo in cui interpreta il diritto non deve far dimenticare che il diritto produce anche effetti tangibili nel mondo 'of pains and death'. Ogni qualvolta si sceglie una regola, tale scelta produrrà vincitori e vinti⁴⁶.

Rivolgere l'attenzione al carattere interpretativo dell'evento e al significato che assume la decisione all'interno di una determinata comunità che condivide i medesimi valori, tende inevitabilmente a sottovalutare gli effetti che questa comporta per i soggetti coinvolti e soprattutto le conseguenze distributive che si innescano che rimane assolutamente fuori della loro considerazione. Si perde così l'opportunità di poter approfondire in modo costruttivo e lavorare sui conflitti distributivi tra individui e gruppi che vanno al di là dei confini nazionali⁴⁷.

11. Nella nuova tendenza che si è servita del diritto comparato vi è certo anche una critica del metodo comparativo tradizionale che si dipana su diversi piani. Principalmente, la critica coinvolge la scarsa attenzione, sia in ambito funzionalista che strutturalista, verso gli aspetti culturali e politici che caratterizzano i diversi sistemi giuridici, nonché la ricerca di unità del diritto da raggiungere al prezzo di ignorare altre soluzioni ritenute non conformi.

⁴⁶ J. Halley, K. Ritich, *Critical Directions in Comparative Family Law: A Report from the Up Against Family Law Exceptionalism Conference*, in «American Journal of Comparative Law», 58, 2010, p. 753; M.R. Marella, *Critical Family Law*, in «American University J. of Gender, Social Policy & Law», 19, 2011, p. 721; F. Nicola, *Another View on European Integration: Distributive Stakes in the Harmonization of European Law*, in *Progressive Lawyering: Globalization and Markets: Rethinking Ideology and Strategy*, a cura di C. Dalton, William S. Hein & Co., Buffalo (N.Y.) 2007, p. 235.

⁴⁷ R. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, in «Pol. Sci. Q.», 38, 1923, p. 470; Du. Kennedy, *The Stakes of Law, or Hale and Foucault*, in *Sexy Dressing Etc. Essays on the Power and Politics of Cultural Identity*, Harvard University Press, Cambridge 1993, p. 83.

Questa dottrina critica si basa su un'idea di pluralismo giuridico che, allo stesso tempo, esalta le differenze tra i vari sistemi, ma favorisce il dialogo, creando le premesse per raggiungere un più vasto consenso. Mentre da una parte si esaltano le possibilità del diritto comparato, una prospettiva ricostruttiva del genere potrebbe cadere negli stessi errori, esaltando esclusivamente le virtù inclusive della comparazione. D'altra parte, se è pur vero che i comparatisti si lasciano sovente cullare dall'idea di ricercare soluzioni definitive e universali a questioni interpretative rimaste irrisolte, è bene ricordare che il diritto comparato è principalmente servito come strumento di studio critico del diritto.

L'approccio funzionale, trainato dalla diffusione del pensiero sociale, proponeva una critica dei modi di concepire categorie e concetti da parte della scienza giuridica, che ne evidenziava il carattere limitato, contingente e certamente non necessitato.

Un profilo critico era rinvenibile anche nell'impostazione strutturalista, sviluppatasi più tardi all'interno del diritto comparato. Questo approccio, proponendosi di mettere in evidenza la circolazione dei modelli, sottolineava la dissociazione tra le regole operazionali e le formule declamatorie utilizzate dai giuristi per descrivere, rappresentare e collocare all'interno del proprio sistema giuridico una particolare regola. In questo modo la comparazione metteva in luce le ambiguità, l'indeterminatezza e i conflitti che sorgono all'interno del diritto e rivelava come, in conclusione, l'attività del giurista fosse essenzialmente ideologica⁴⁸. Il diritto comparato veniva così ad essere utilizzato per rivelare ciò che rimane 'occulto' nella pratica ufficiale e criticare i processi di produzione dei significati che avvengono al suo interno⁴⁹.

12. Non c'è bisogno di sottolineare che questa nuova tendenza, a sua volta, corre il rischio, nelle sue ricerche, di dare per scontati i rapporti che coinvolgono il diritto, la cultura e la società⁵⁰, eludendo di rispondere all'interrogativo se le costituzioni e di conseguenza i

⁴⁸ Sul metodo funzionale e strutturale, in questa prospettiva, sia permesso il richiamo al mio, già citato, *Diritto e politica*.

⁴⁹ P.G. Monateri, *Black Gains. A Quest for the Multicultural Origin of Western Legal Tradition*, in «Hastings Law J.», 51, 2000, p. 479; Id., *Everybody's Talking. The Future of Comparative Law*, in «Hastings Int. Comp. Law Rev.», 21, 1998, p. 825.

⁵⁰ Frankenberg, *Critical Comparison* cit.

diritti fondamentali siano un prodotto della cultura politica o se, al contrario, siano le costituzioni stesse e i diritti fondamentali a definire e influenzare la cultura⁵¹.

La cultura infatti non è un dato che pre-esiste, né tantomeno qualcosa che si evolve organicamente a partire da una certa origine. Al contrario, la cultura è essa stessa una costruzione degli interpreti, i quali la definiscono attraverso le loro rappresentazioni. Al pari della tradizione, una definizione totalizzante di cultura non riuscirebbe a prendere in considerazione il ruolo giocato dagli autori individuali nel generare quei significati e contenuti e, in particolare, non riuscirebbe a dare conto delle interpretazioni e delle visioni conflittuali che la riguardano e che convivono all'interno di ogni cultura⁵². In questo senso, la cultura non può essere considerata un blocco unitario, impermeabile e impenetrabile dall'esterno; al contrario, è un'entità ibrida, prodotta dall'intreccio pluralistico di differenti elementi⁵³.

Il processo mediante il quale la cultura viene a formarsi è di tipo dinamico. Un processo nel quale la cultura è riprodotta e trasformata attraverso le varie pratiche che essa stessa consente e le resistenze che generano. Il controllo del processo attraverso il quale la cultura si forma, come si crea cioè il più vasto consenso sociale sul suo significato, permette di esercitare un'egemonia. L'egemonia non è comunque mai totale e assoluta, in quanto all'interno di una particolare rappresentazione sono sempre presenti elementi e posizioni capaci di intaccare l'ortodossia del discorso dominante⁵⁴.

⁵¹ Il diritto è in una relazione complessa con la società e la cultura, una relazione biunivoca, poiché il diritto non è solo il loro prodotto, ma contribuisce a sua volta a produrle. La forza del diritto non è soltanto coercitiva, ma anche discorsiva e produttiva, così nella prospettiva della comparazione già Frankenberg, *Critical Comparison* cit.

⁵² Per uno studio critico di come le tradizioni lavorano, si adattano e mantengono la propria unicità, come è rielaborata la loro mitologia fondante e quale uso strumentale si fa del diritto in relazione con le altre culture, si veda *The Construction of Legal Tradition. A Conference. Spec. in Co. L. R. 2.1* [che cos'è? Una rivista, un'opera collettiva, gli atti di un convegno?] (2011) con i contributi di G. Martini, T. Giario, G. Frankenberg, L. Abu-Odeh, J. Esquirol.

⁵³ G. Martini, *Foreword - Legal Traditions. A Critical Appraisal*, in *Co. L. R. 2.1* [vedi nota prec.] (2011), disponibile al sito: <http://www.comparativelawreview.com/ojs/index.php/CoLR/article/view/15/19>. P.G. Monateri, *Deep Inside the Bumble Bush. Complex Orders and Humanities*, in «Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte», 11, 2007, p. 172.

⁵⁴ Su queste vicende, volendo, cfr. Martini, *Diritto e politica* cit.; Id., *La costruzione delle tradizioni giuridiche ed il diritto latinoamericano*, in «Riv. crit. dir. priv.»,

Il modo più interessante per analizzare il processo di costruzione di una cultura giuridica, come quello delle tradizioni che vi sono collegate, diventa allora quello rappresentato dalla ricerca delle genealogie. Ciò richiede di percorrere a ritroso il cammino con cui la cultura viene ricostruita per individuarne tutte le componenti e il modo in cui sono state combinate, nei momenti di cambiamento, per accreditare le nuove versioni⁵⁵.

Ricostruire la genealogia permette anche di individuare lungo il percorso altri possibili itinerari ricostruttivi che avrebbero potuto essere seguiti, ma non lo sono stati, e così di mettere in luce che la strada della costruzione della cultura, come della tradizione, è segnata dalla storia, dal conflitto e dalla contingenza⁵⁶.

Questo genere di studi opera una critica del modo in cui vengono normalmente ricostruite le origini, illuminando i processi (genealogici) con cui vengono continuamente costruite e ricostruite dagli interpreti⁵⁷.

13. Al contrario, l'uso dell'argomento comparatistico, nella fase attuale, sembra invece recuperare il tema della scientificità dello studio del diritto e della comparazione. La critica infatti doveva inaugurare una nuova fase in cui non vi è niente di simile alle idee guida che hanno caratterizzato le fasi precedenti, ma una complessa sedimentazione degli elementi provenienti dalle fasi precedenti.

Nel corso del XIX secolo, la prima generazione di comparatisti associava la comparazione prevalentemente con la storia. La scuola storica tedesca sviluppò la tesi secondo la quale il diritto fosse for-

temente radicato nelle tradizioni e nelle convinzioni e consuetudini che appartenevano allo 'spirito' di un particolare popolo.

Il diritto comparato diventava così il mezzo per respingere una concezione razionale e universalistica del diritto e, allo stesso tempo, per proporre un'alternativa⁵⁸.

In quegli anni, il diritto comparato era perlopiù concepito quale «storia universale del diritto» (*Universalrechtsgeschichte*), secondo questa tesi, il diritto era inteso come un processo dinamico e incessante, intellegibile solo attraverso lo studio comparato dei diversi sistemi giuridici. Lo scopo di questa comparazione era quello di indagare e scoprire da dove il diritto traeva origine e come si sviluppava nelle diverse società e nelle varie epoche storiche.

Alla luce di tali obiettivi, il diritto romano assumeva particolare rilevanza; in quanto la presunta perfezione della quale veniva ammantato lo elevava a modello al quale il diritto moderno doveva ispirarsi. Questa rappresentazione produsse un "ideologia" dell'unicità del diritto romano, che comportò la totale esclusione di qualsiasi altra tradizione giuridica. La stessa distinzione tra diritto romano e diritto tedesco si ridusse gradualmente in modo che il secondo potesse assumere i tratti e la perfezione che contraddistingueva il primo⁵⁹.

Non è difficile vedere all'opera già l'influsso del mito della tradizione giuridica che qui assume le caratteristiche della «theory of the renewal of the old». La comparazione fu impiegata principalmente non tanto per superare le ristrette visioni nazionali del diritto, bensì per crearle e alimentarle⁶⁰. L'impiego di un simile approccio storiocostituzionale si sposava perfettamente con le conquiste coloniali in cui erano impegnati i maggiori Stati europei a quel tempo.

2011, 163. P.G. Monateri ha sottolineato a più riprese che il diritto comparato, occupandosi del modo in cui si disegnano i confini fra i sistemi, è in grado di decifrare anche i progetti e le strategie che si possono perseguire, attraverso la raccolta e la selezione dei dati da comparare: cfr. *La costruzione giuridica del globale e lo scontro delle giurisdizioni*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2007, pp. 677-702, ma ora *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Roma-Bari 2013.

⁵⁵ Lungo questo itinerario diventa evidente che il processo non sia segnato da uno sviluppo graduale, ma sia caratterizzato invece da una serie di rotture. In questa prospettiva è ovvio che le tradizioni si presentino come una sedimentazione complessa, una serie di stratificazioni cioè in cui lo strato più recente poggia sui frammenti di quelli più vecchi: cfr. Du. Kennedy, *Coerenza, valori sociali e tradizione nazionale nel diritto privato europeo*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2006, p. 205.

⁵⁶ Du. Kennedy, *A Critique of Adjudication* cit. (non è citato) 248.

⁵⁷ Lopez Medina, *Teoría impura del derecho* cit.; Du. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought* cit.

⁵⁸ K. Savigny, *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, in «Zt. ges. Rw.», 1815, p. 6, e più tardi, J. Köhler, *Das Recht als Kulturerscheinung*, Stahel, Würzburg 1885. Secondo Savigny esiste un rapporto organico tra il diritto e l'essenza della nazione. Sul ruolo di Savigny si vedano W. Ewald, *Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat?*, in «Penn. L. Rev.», 143, 1995, p. 1189, 2012 [????]; Du. Kennedy, *Savigny's Family/Patrimony Distinctions and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought*, in «Am. J. Comp. L.», 58, 2010, p. 811.

⁵⁹ È interessante notare come la corrispondenza tra diritto romano e diritto tedesco venne ripresa successivamente anche [????] Si veda Monateri, *Everybody's Talking* cit.

⁶⁰ La creazione di una mentalità giuridica occidentale risiede nelle caratteristiche strutturali che la contraddistinguono quale prodotto dell'animo umano. Le analogie tra i diversi diritti sono evidenti in ragione dei valori, della cultura e dei legami che condividono questi popoli. Si veda Monateri, *Black Gates* cit.

Duncan Kennedy ha colto il momento politico dell'epoca quando, riferendosi agli ordini normativi che gli scienziati giuridici nazionali stavano creando e ricreando, ha scritto: «Every country with Western legal heritage shared the Roman legacy along with Savigny's Germans. Every people could develop 'slightly modified national versions of the Civil and Commercial Codes of the commercially, financially and militarily dominant European powers, facilitating integration into the world market, without seeing themselves as traitors to their national constituencies»⁶¹.

14. Nel corso della seconda globalizzazione, il diritto comparato ha giocato un ruolo fondamentale nello spezzare la separazione del diritto dalla politica e dalla società.

Secondo questa prospettiva, lo studio del diritto dovrebbe riguardare le reali problematiche che emergono dalla società e non le astratte costruzioni concettuali elaborate con lo scopo di risolvere tali questioni.

A partire dagli studi di Gény e dal suo approccio critico del paradigma che contraddistingueva la scuola dell'esegesi, il diritto comparato divenne uno strumento con il quale mettere in discussione l'autonomia del diritto e la dimensione statica della scienza giuridica, sottolineare la crescente importanza dei casi giurisprudenziali e del diritto vivente, proporre riforme sociali ed economiche⁶².

Il diritto comparato poteva rivelarsi molto utile alla luce del fatto che i diritti nazionali, a dispetto delle numerose declamazioni, abbondavano di lacune e ambiguità alle quali i materiali giuridici disponibili non potevano porre rimedio. Saleilles era convinto che lo scopo del diritto comparato fosse l'individuazione di istituzioni e di principi giuridici in grado di poter rivelare quegli elementi «ideali» comuni a tutte le «nazioni civilizzate», capaci di condurre a un «droit commun a l'humanité civilisée».

⁶¹ Du. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought* cit., p. 31.

⁶² Si veda R. Saleilles, *Conception et objet de la science du droit comparé*, in «Bull. leg. comp.», 1900, p. 383; Id., *La fonction juridique du droit comparé*, in *Festschrift J. Kohler*, Stuttgart 1909, p. 164; E. Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, Paris 1903; Id., *L'enseignement du droit comparé, sa coopération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence anglo-américaine*, in «Annales Lyon», 1919, II, 32; C. Jamin, *Le vœux rêvés de Saleilles et Lambert revivés. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris*, in «Rev. Int. Dr. Comp.», 2000, p. 733.

La comparazione, alla luce di questa prospettiva, si proponeva di svincolare la scienza giuridica dalla base comune costituita dal diritto romano e, allo stesso tempo, di elaborare un regime capace di tutelare meglio gli interessi che emergevano dalla società o, secondo una diversa concezione, un sistema maggiormente favorevole a quei soggetti socialmente meno avvantaggiati o appartenenti ad altre culture.

I comparatisti francesi con questo non abbandonarono l'idea generale di esaltare le differenze tra i sistemi giuridici; si limitarono a perseguirla attraverso un progetto più elaborato. L'assimilazione delle «novità» tedesche veniva così accompagnata da una negazione a livello declamatorio; nella maggior parte dei casi, una volta assimilate le concezioni tedesche, gli studiosi francesi le sminuivano dimostrando come queste fossero già state anticipate dalle pronunce delle corti francesi⁶³. Ad esempio, nel suo studio del Bgb, Saleilles descrisse la scienza giuridica tedesca come diversa e «filosofica», mentre importava molte delle sue concezioni e soluzioni. Un classico caso di imitazione associato a un apparente rifiuto.

Allo stesso tempo, l'identificazione di una base comune che poteva assumere molteplici peculiarità locali costituiva una profonda critica alla struttura dogmatica delle costruzioni giuridiche nazionali. La comparazione diveniva così un efficace antidoto all'eccessiva fiducia nelle categorie giuridiche formali. Il diritto comparato rendeva possibile l'adozione di un particolare approccio critico, basato sulla storicità che contraddistingue il diritto e sull'uso dinamico delle categorie giuridiche che venivano continuamente ridefinite. In questo senso, il diritto comparato rivelava la relatività delle categorie giuridiche e dei concetti con i quali gli interpreti lavoravano e i giudizi di valore che si celavano all'interno delle costruzioni dogmatiche.

15. L'attuale fase della globalizzazione ha dato nuovo impulso alle discussioni di metodo sull'oggetto e gli scopi del diritto comparato. L'obiettivo primario è divenuto, al pari delle altre scienze, la conoscenza. In particolare, il diritto comparato si proponeva di realizzare una precisa ed esauriente analisi delle eguaglianze e delle differenze

⁶³ P.G. Monareti, *Comparer les comparaisons: la légitimité culturelle et le Nomos du droit*, in «Op. J.», I, 2009, paper n. 1, pp. 1-26, disponibile anche al sito: <http://issn.com/abstract=1354055>.

tra i diversi sistemi giuridici⁶⁴. Questa nuova posizione non si allontana dall'antiformalismo tradizionale, ma lo usa in modo diverso: non più per sostenere un progetto di cambiamento all'interno di un sistema giuridico, ma per identificare i fenomeni giuridici che potrebbero costituire oggetto di comparazione allo scopo di raggiungere un risultato veramente scientifico.

L'importanza dell'antiformalismo risiede rigidamente nella necessità di diversi confronti con il cosiddetto diritto vivente. Per fare ciò i comparatisti devono adottare il *factual approach* e non farsi 'distarre' dalle idee che ogni sistema ha delle proprie categorie giuridiche, dalle questioni tecniche tipiche e anche dalle particolari propensioni culturali⁶⁵. Per utilizzare una frase di David Kennedy, riferita agli studi compiuti da Schlesinger, si può dire che «instrumentalism was instrumental only to his descriptive endeavor»⁶⁶.

In questa prospettiva, la comparazione era rivolta all'individuazione sia di quegli strumenti che, nei vari sistemi giuridici, realizzano la stessa funzione, sia delle diverse soluzioni che vengono date a una stessa questione fattuale. Lo studio di queste differenti unità di analisi avrebbe dovuto condurre a una migliore conoscenza delle differenze e delle somiglianze tra i sistemi giuridici, attraverso la liberazione dei comparatisti dal loro legame con le categorie concettuali dei diritti dei paesi oggetto di comparazione.

La novità più importante emersa nel corso dell'attuale fase di globalizzazione è rappresentata dall'approccio strutturale di Sacco. Questa impostazione, come abbiamo già accennato, critica il carattere strumentale assunto dal diritto comparato ed elabora un insieme di strumenti analitici, quali i formanti, le regole operazionali e i crittoripi, allo scopo di indagare le dinamiche interne del discorso giuridico.

L'approccio metodologico promosso da Sacco si basa essenzialmente su due punti fondamentali: l'indeterminatezza delle regole

giuridiche e la dissociazione esistente tra regole operazionali e formule discorsive declamatorie. All'interno di un sistema giuridico gli strutturalisti tracciano una distinzione tra le regole operazionali che offrono la soluzione ai singoli casi giurisprudenziali e le rappresentazioni con le quali tale regole sono giustificate. Le prime sono costituite da tutti gli elementi di fatto e diritto necessari per produrre quel determinato risultato giuridico. Le seconde sono l'insieme di argomenti mediante il quale i giuristi giustificano e razionalizzano l'utilizzo di una determinata regola e assegnano un significato ai testi. Lo scopo è l'elaborazione di una critica del diritto inteso come insieme coerente di proposizioni giuridiche gerarchicamente connesse le une alle altre e dal suo uso per la comprensione del fenomeno giuridico. Secondo Sacco, il diritto è prodotto dall'agire concorrente di diversi formanti – espressi ed impliciti⁶⁷ – all'interno dei vincoli e del contesto creato da una determinata tradizione giuridica.

La comparazione non è più assimilabile a un semplice metodo, ma è più un'impresa scientifica che coinvolge diversi campi di interesse degli studi giuridici: la circolazione dei modelli, la loro dissociazione e le relazioni nascenti al loro interno, la loro omologazione e le loro corrispondenze.

Il diritto comparato è uno strumento volto alla scomposizione del diritto, facilita l'identificazione delle sue singole componenti, dipana le loro relazioni e agevola la comprensione delle interazioni che avvengono tra i formanti. Lo strutturalismo è impegnato nel tentativo di spiegare come il diritto funziona e di svelare i processi nascosti che governano il suo cambiamento (in modo da poterlo forse finalmente prevedere).

⁶⁷ All'interno di ciascuna tradizione giuridica vi sono componenti implicite (crittoripi) che rimangono inespresse ma sono fondamentali, taciti elementi che permangono nella *forma mentis* del giudice. Si veda a tal proposito Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)* cit. e Id., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)* cit.; Id., *Mute Law, in «Am. J. Comp. L.», 43, 1995, p. 464*; Du. Kennedy, *Thoughts on Coherence, Social Values, and National Traditions*, [questo secondo me è l'originale inglese del testo italiano citato qualche nota prima, ma non voglio approfondirne...] in *The Politics of European Civil Code*, a cura di M.W. Hesselink, Kluwer, Alphen aan den Rijn 2006, p. 9; M. Lasser, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford 2004; Id., *The Question of Understanding*, in *Comparative Legal Studies* cit., pp. 197-239.

La concezione, tipica dello strutturalismo, per la quale i processi che avvengono all'interno del diritto non sono mai il frutto di un singolo fattore, ma sono piuttosto il risultato di un amalgama di (a volte taciti) componenti, che sfuggono al controllo degli stessi operatori, può risultare un elemento fondamentale per comprendere i fenomeni giuridici più complessi⁶⁸. È chiaro che un utilizzo in questo senso del diritto comparato è stato fatto allo scopo di individuare quel *common core* attorno al quale costruire un'identità giuridica europea e per gestire l'imponente circolazione transnazionale di modelli necessari ad armonizzare il diritto europeo⁶⁹.

Allo stesso tempo, l'approccio strutturalista può essere letto come una forma di critica (interna) radicale, assimilabile per certi versi al realismo giuridico americano; il ricorso ai formanti permette non soltanto di individuare le regole operazionali e il funzionamento della *law in action*, ma anche il ruolo delle narrazioni e delle rappresentazioni elaborate dai giuristi per giustificare. In questo senso, il diritto comparato incontra il pensiero critico e illumina il ruolo che la comparazione può svolgere nei progetti di governance e come geopolitica del diritto.

16. Il nuovo modello scientifico neutrale, generatosi all'interno degli studi comparatistici, può ora essere volto a perseguire scopi differenti. Il carattere innegabilmente scientifico e l'eclettismo metodologico che lo caratterizzano autorizzano varie applicazioni. La sottile relazione delle premesse intellettuali, sulle quali si basa la metodologia comparativa, ha suscitato però un intenso dibattito.

⁶⁸ La maggior parte degli studi ha notato come spesso le stesse norme codicistiche conducano a pronunce giurisprudenziali contraddittorie o come, viceversa, diverse norme codicistiche portino a identiche pronunce. Si veda Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)* cit. e *Id., Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)* cit.; *Id., La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, *Economica*, Paris 1991, p. 33; P.G. Monateri, *The «Weak Law»: Contaminations and Legal Cultures*, in «Global Jurist Advances», 1, 2001, ma si veda anche Du. Kennedy, *A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law* cit.

⁶⁹ Si veda U. Mattet, *The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco: A Study in Legal Influence*, in *Rethinking the Masters of Comparative Law*, a cura di A. Riles, Hart, Portland-Oxford 2001, p. 238; M.R. Marella, *The NON-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonization of Family Law*, in «Eur. L. J.», 12, 2006, p. 78; G. Frankenberg, *How to do Projects with Comparative Law*. Notes of an Expedition to the Common Core, in «Global Jurist Advances», 6, 2006.

Il sistema pluralistico che fonda il diritto europeo e la crescente influenza di regimi giuridici transnazionali necessitano un ripensamento dell'approccio metodologico alla comparazione.

La necessità di accompagnare il processo di integrazione europea ha fatto emergere una nuova funzione di carattere pratico che si riconduce al diritto comparato⁷⁰. Alla funzione cognitiva, che era propria sia della comparazione in ambito pubblico, sia di quella in ambito privatistico, si è sommata una funzione argomentativa, che caratterizza tipicamente le decisioni prese dalla Corte di Giustizia europea (Eg) e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Echr)⁷¹. Il diritto comparato, inteso come utilizzo di conoscenze scientifiche oggettive, acquisite mediante la comparazione e l'esercizio di un equilibrato giudizio accademicamente legittimato, è sempre più utilizzato dalle corti appena citate, come valido argomento tecnico per sostenere le loro pronunce 'di profilo costituzionale' più importanti.

Queste corti hanno una relazione ambigua con l'autorità e il potere giurisdizionale di cui sono investite. Se da una parte infatti sono pienamente consapevoli di esercitare, attraverso le proprie decisioni, una funzione importante all'interno di un dibattito politico, ampio e complesso, come quello attuale, dall'altra la posizione che prendono è perlopiù tollerante e cosmopolita, ma spesso indefinita.

Lo scopo del diritto comparato non è più quello di identificare i diversi livelli di sviluppo giuridico o di suggerire soluzioni per i nuovi problemi economici o sociali, né di studiare i modelli giuridici e la loro circolazione, ma quello di fornire argomenti in grado di giustificare una determinata pronuncia giurisprudenziale.

Il diritto comparato è impiegato quale strumento in grado di individuare l'*overlapping consensus* che viene a crearsi nella sfera pubblica e di renderlo utilizzabile dagli organi decisionali⁷². Il frequente

⁷⁰ P. Ridola, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, a cura di G. Alpa, Giuffrè, Milano 2006, p. 15; M.C. Ponthoreau, *L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique*, in *Comparer les droits, résoudre, a cura di P. Legatad*, Puf, Paris 2009, p. 540; M. Carabia, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei «nuovi diritti»*, in «Quaderni costituzionali», 2009, p. 5.

⁷¹ Si veda A. Vespaziani, *Comparison, Translation and the Making of a Common European Constitutional Culture*, in «German Law Journal», 9.5, 2008, p. 547.

⁷² Nel caso riguardante le coppie dello stesso sesso, la Corte non sembra interessata ad una più attenta esame dei diversi sistemi giuridici, allo scopo di indagare il modo in cui i diritti degli omosessuali vengono tutelati da ciascuno Stato, dal

ricorso all'argomento comparatistico dimostra la sua ampia accettazione da parte della comunità dei giuristi che lo considera una idea preziosa attraverso la quale strutturare e dibattere le questioni che si pongono. Il diritto comparato arricchisce il catalogo e la lista dei metodi ai quali ci si rivolge per affrontare un determinato problema interpretativo. Come strumento intellettuale che può essere largamente utilizzato per risolvere numerose questioni, la comparazione non è in grado predeterminarne l'esito, ma è però capace di definire e circoscrivere le modalità con cui l'analisi viene svolta.

Attraverso il riferimento alle disposizioni contenute nella legislazione degli Stati e alle pronunce dei relativi tribunali nazionali, le decisioni delle corti europee si sono assicurate la propria neutralità. In questo senso, la comparazione non è stata però semplicemente trasformata in un'argomentazione, ma è stata trasformata nell'incontro. La sensazione appunto è che l'incontro abbia portato a una ridefinizione del significato della comparazione che la riporta indietro verso le fonti positive e l'unità del diritto.

L'utilizzo del diritto comparato come argomentazione implica il ritorno a una comparazione più statica, circoscritta a determinate disposizioni e paradossalmente con riferimenti assai limitati all'analisi della cultura giuridica.

Nonostante il carattere formalistico e le critiche conseguenti, questo modello che ricorda assai da vicino la 'comparative law by columns' o l'encyclopedic comparison' è assai largamente utilizzato in diversi campi di ricerca e ha una portata globale⁷³. Un esempio famoso è certamente rappresentato dall'approccio impiegato per la stesura dei rapporti *Doing Business*, da parte della Banca mondiale. Questi studi, attraverso la creazione e il frequente ricorso a indicatori quali strumenti di conoscenza e mezzi per incrementare il numero di informazioni a disposizione per decidere, mostrano un tipo di approccio assai semplificato.

In questo modo il diritto comparato non solo rinuncia a esercitare una critica verso i materiali normativi e le pronunce giurisprudenziali, ma anche a conseguire i più classici risultati della ricerca

momento che è garantito, a tali soggetti, un uguale accesso a tutti i privilegi che sono collegati al matrimonio. L'accesso a tali benefici infatti consente alle comunità gay e lesbiche di poter affermare la propria identità e difendere le proprie posizioni.

⁷³ F. Nicola, *Family Law Exceptionalism in Comparative Law*, in «Am. J. Comp. L.», 58, 2010, p. 777.

comparatistica tradizionale. La comparazione non è più lo studio attento delle varie unità di analisi e dei diversi componenti che coesistono all'interno dei diversi sistemi giuridici e del modo in cui si pongono in relazione di conflitto o di accordo fra di loro – operazione cruciale per la comprensione delle somiglianze e delle differenze esistenti tra i vari sistemi giuridici –, ma tende a trasformarsi in una semplice ricognizione delle fonti del diritto positivo e dei testi giuridici stranieri.

17. La questione della distribuzione di potere a livello orizzontale fra corti, legislatura e altri attori processuali si interseca con la distribuzione di potere a diversi livelli, locali, regionali, nazionali, sovranazionali⁷⁴. E l'intreccio rende ancora più difficile apprezzare la portata delle singole decisioni.

⁷⁴ Du. Kennedy, *Coerenza, valori sociali e tradizione nazionale* cit.