

DIRITTO TRANSNAZIONALE: Prospettive della circolazione dei modelli Giuridici

DIREITO TRANSNACIONAL: Prospectiva da circulação dos modelos jurídicos

Jacopo Paffarini¹

Riassunto

Nel linguaggio dei giuristi, quando si parla di «diritto transnazione» si intende far riferimento ad una particolare espressione della produzione normativa, i cui tratti caratteristici sono costituiti dall'assenza di un "legame territoriale stabile", da un lato, e dal pluralismo sistemico, dall'altro. Sotto il primo profilo, il diritto transnazionale si connota per la capacità di promuovere convergenze e dialoghi piuttosto che diversità, pertanto, gli enunciati che lo compongono si candidano ad essere applicati a prescindere dalla nazionalità dei soggetti coinvolti, oltre che dal contesto territoriale in cui si colloca la fattispecie concreta. In altre parole lo spazio coincide con il globo terrestre e la comunità di riferimento delle norme diviene l'intera umanità. Sotto l'aspetto sistematico, lo sviluppo del diritto transnazionale sfrutta i canali (economici, informatici, ecc...) che la globalizzazione stessa crea per penetrare nel tessuto normativo degli ordinamenti nazionali, imponendone la rinnovazione. Se ciò costituisce uno dei principali punti di forza del diritto transnazionale, allo stesso tempo dà luogo al suo limite più rilevante: esattamente come la globalizzazione non ha coinvolto tutti i campi della vita umana, gli enunciati normativi che operano oltre i confini statali, si raccolgono in una pluralità di ordinamenti la cui sfera d'intervento è circoscritta a determinati settori e restano pertanto privi di un'istanza unificatrice.

Parole chiave. Diritto Transnazionale. Comparazione. Diritti Fondamentali; Interpretazione. Lex Alii Loci.

Resumo

Na linguagem dos juristas, quando se fala de "direito transnacional" se entende fazer referência a uma particular expressão da produção normativa, e cujo trato característico somente constitui-se pela ausência de uma "conexão territorial estável", de um lado, e do pluralismo sistêmico, do outro. Somente no primeiro perfil, o direito transnacional se conota

¹ Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Mestre em Direito com a colaboração do Centro Tecnológico de Monterrey (Campus Ciudad de México). Bacharel em Direito pela Università degli Studi di Perugia. Pesquisador Visitante do Instituto Max-Planck de Direito Público Comparado - Heidelberg (Alemanha). Membro pesquisador do Grupo Internacional de Pesquisa "Corte, Doutrina e Sociedade Inclusiva: o impacto das fontes doutrinárias nas Cortes Superiores", financiado pelo Ministério de Instrução, das Universidades e Pesquisa (Decreto n. 719/2012). Colaborador assistente na Cátedra de Direito Constitucional e Direito Público Comparado, de titularidade do Prof. Dr. Maurizio Oliviero, junto ao Curso de Direito da Università degli Studi di Perugia. Coorientador do módulo de Direito Transnacional no curso de Direito Público Comparado. Participante do Projeto de Lei Transnacional na London Law School of Economics (Inglaterra). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: direito transnacional, constitucionalismo, direitos humanos, hermenêutica do direito e instituições judiciais.

pela capacidade de promover convergência e diálogo bastante diversificado, portanto, demonstrações que compõem a aplicação independentemente da nacionalidade das pessoas envolvidas, bem como a partir do contexto local em que ela aparece no caso específico. Em outras palavras o espaço coincide com o globo terrestre e a comunidade de referência da norma torna-se a humanidade inteira. Abaixo o aspecto sistemático, o desenvolvimento do direito transnacional explora canais (econômicos, eletrônicos, etc.) que a globalização mesma cria para penetrar no tecido normativo do ordenamento nacional, impondo a renovação. Se o que constitui um dos principais pontos de força do direito transnacional, ao tempo dá lugar a limites mais relevantes: exatamente como a globalização não há envolvido todos os campos da vida humana, os enunciados normativos operam outros limites estatais, se inserindo em uma pluralidade de ordenamentos cuja esfera de intervenção é circunscrita a determinados setores, portanto, privado de uma instância unificadora.

Palavras-chave: Direito Transnacional. Comparação. Direitos Fundamentais. Interpretação. *Lex alii loci*.

PREMESSA

L'analisi del "contesto normativo globale" costituisce, oggi, un punto di partenza imprescindibile per comprendere le direzioni in cui si stanno evolvendo le categorie del diritto pubblico. La rilevanza del diritto derivante dagli accordi internazionali, così come dalle Corti e dall'insieme degli organi a cui essi danno vita, cresce in maniera proporzionale alla *progressiva riduzione dei costi e dei tempi necessari per gli spostamenti e per il contatto comunicativo* dovuta allo straordinario sviluppo e alla massiccia diffusione delle tecnologie telematiche e di trasporto.

Il processo di "apertura" degli ordinamenti nazionali è fortemente connesso al rinnovamento delle tecniche di produzione industriale (dal "*fordismo*" al "*just in time*" o "*toyotismo*") e all'apertura generalizzata delle frontiere allo scambio economico. Il risultato più evidente, sotto il profilo geopolitico, è rappresentato dalla formazione di una serie di macroaree commerciali comprendenti diversi Stati nazione e dotate di un assetto di organi pubblici con compiti di coordinamento e di ravvicinamento delle normative: l'Unione Europea, il North Free Trade Agreement, l'Association of South-East Asian Nations e il Mercosur.

La nascita delle organizzazioni e del diritto sovranazionali, dunque, contraddistingue gli ultimi anni del XX secolo, mentre il nuovo millennio si è aperto all'insegna della rapida diffusione su scala planetaria della rete *internet* che generalizza l'accesso ad una comunicazione "istantanea" e permette di concepire per la prima volta il "globale" e il "transnazionale" come *dimensioni di sviluppo* distinte da quella precedente, basata sul sistema delle "relazioni internazionali"². Il "progresso" (economico e scientifico *in primis*) diviene un interesse comune a tutta la comunità mondiale. La strategia per il suo conseguimento si articola nella lotta alla povertà ed alle politiche illiberali, in nome della dignità e dei diritti umani.

² Vedi, A BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002, p. 17-18: «ciò che è a-locale e a-nazionale come la Rete non può essere considerato una forma di internazionalizzazione».

Le categorie giuridiche non sono immuni alla crescente interazione tra persone e Stati di differenti luoghi del pianeta: comunicazione “in tempo reale” e spostamenti sempre più rapidi e meno costosi, in primo luogo, si associano al superamento degli schemi classificatori del diritto civile e internazionale privato, aprendo la strada al ritorno del “diritto consuetudinario” mercantile (la c.d. *lex mercatoria*) nascente dalla prassi contrattuale adottata dalle più importanti *law firms*³. Nella sfera pubblica, invece, l’epoca “globale” si differenzia dalle altre fasi storiche per la velocità con la quale correnti di pensiero, movimenti di opinione e stili di vita si diffondono e si radicano in luoghi in cui un tempo erano sconosciuti. Mentre, da un lato, la “narrazione” di una società cosmopolita stimola la ricerca di schemi e strumenti di “condivisione del territorio urbano” da parte di culture differenti⁴; dall’altro, la diffusione dei fenomeni migratori⁵ impone agli Stati il reciproco riconoscimento di un “nucleo” di diritti inviolabili che divengono, pertanto, “patrimonio di ogni essere umano”.

Questo processo incentiva la formazione di *nuovi spazi pubblici di confronto* che si estendono *oltre* le frontiere nazionali e interferiscono nel tradizionale monopolio statale in materia di produzione e applicazione delle norme giuridiche⁶. A titolo di esempio possono essere menzionati i vertici dei governanti dei paesi più importanti del pianeta (che, in base ai partecipanti, assumono il nome di “G8”, “G20”, ecc...); le conferenze internazionali relative ai sempre più urgenti temi ambientali (i c.d. *Summit della Terra*, iniziati con la Conferenza di Rio del 1992); le molteplici sedi di confronto istituzionale e non che hanno avuto ad oggetto la tutela dei diritti umani.

Il quadro giuridico uscente dall’insieme delle trasformazioni subite dalla sovranità statale disegna una situazione complessa, nella quale lo spostamento dal baricentro della produzione normativa dai Parlamenti nazionali agli “organismi comuni” rappresenta solo un aspetto, tanto decisivo quanto limitato. Il paradigma post-moderno, infatti, mette a dura prova la possibilità di inquadrare gli ordinamenti giuridici (statali e non) come “*self-contained regimes*”, ossia come complessi normativi che auto-definiscono il loro limiti *contenutistici* ed i *parametri ermeneutici* che presiedono l’interpretazione delle disposizioni in essi contenute.

Nel linguaggio dei giuristi, gli aggettivi “transnazionale” e “sovranaazionale” vengono entrambi utilizzati per descrivere il superamento della tradizionale “misura territoriale” del *potere normativo*: lo Stato. Tuttavia, mentre il “diritto sovranazionale” (come, ad esempio, quello dell’U.E. e delle altre macroaree politiche) mantiene un rapporto con i confini ed è

³ Una quantità oramai notevole di opere descrive questo processo, ovviamente utilizzando tratti e chiavi di lettura differenti. Per quanto riguarda il ritorno a forme di diritto consuetudinario nella finanza e nel commercio globali, si veda: F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010; F. MARRELLA, *La lex mercatoria: principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale dell’economia*, Padova, 2003. Sullo sviluppo di nuove forme di *self-regulation* con aspirazione globale, si veda S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009; M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel nuovo mondo globale*, Roma-Bari, 2006; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008. Per un quadro più generale: cfr. A. PIZZORUSSO, *La produzione giuridica in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008. p. 26 e ss. Nell’ambito della dottrina straniera, molto rilevante è il contributo offerto da P.M. CRUZ e J. STELZER (organizadores), *Direito e Transnacionalidade*, Curitiba-Paraná, 2010.

⁴ Tra le più recenti ricostruzioni, cfr. Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007.

⁵ Sulla crisi del legame tra il cittadino ed il territorio statale e sullo sviluppo di nuove forme di migrazione di matrice diversa rispetto al passato, si rimanda a J. ATTALI, *L’homme nomade*, Fayard, Parigi, 2003.

⁶ Vedi P.M. CRUZ e Z. BODNAR, *A Transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais*, in P.M. CRUZ e J. STELZER (organizadores), *Direito e Transnacionalidade*, Curitiba-Paraná, 2010, p. 64: «A “desterritorialização” do Direito Transnacional acontece em virtude da existência incontestada de estruturas de poder econômico, político, social e cultural transnacionais descentradas, sem qualquer localização neste ou naquele lugar, região ou estado».

pienamente riconducibile ad una certa area geografica, il termine “transnazionale” indica un “andare oltre” che si traduce in un collegamento tra luoghi non definibili *a-priori*⁷.

Alla globalizzazione dei mercati e dei modelli di sviluppo è seguito l'emergere di nuovi temi nei discorsi della scienza politica e giuridica, condivisi progressivamente dalle differenti comunità di esperti a livello planetario. Il diritto transnazionale si connota per la capacità di promuovere *convergenze* e *dialoghi* piuttosto che diversità, pertanto, gli enunciati che lo compongono si candidano ad essere applicati a prescindere dalla nazionalità dei soggetti coinvolti, oltre che dal contesto territoriale in cui si colloca la fattispecie concreta. In altre parole lo «spazio della norma» coincide con il globo terrestre e la «comunità di riferimento» diviene l'intera umanità.

Lo sviluppo del diritto transnazionale sfrutta, pertanto, i canali (economici, informatici, ecc...) che la globalizzazione stessa crea per penetrare nel tessuto normativo degli ordinamenti nazionali, imponendone la rinnovazione. Ciò costituisce uno dei principali punti di forza e, allo stesso tempo, il principale limite di questa forma di produzione giuridica: esattamente come la globalizzazione non ha coinvolto tutti i campi della vita umana, gli enunciati normativi che operano oltre i confini statali, si raccolgono in una *pluralità di ordinamenti* la cui sfera d'intervento è circoscritta a determinati settori. Si può distinguere, infatti, una *lex mercatoria*, una *lex informatica* e una *lex sportiva* "globali", alle quali va affiancato il progressivo sviluppo di un'*etica transnazionale in materia di diritti umani*, riscontrabile nelle convergenze relative alla scelta degli argomenti interpretativi delle corti nazionali.

Il diritto transnazionale costituisce, pertanto, una particolare espressione della produzione normativa, i cui tratti caratteristici sono rappresentati dall'assenza di un “legame territoriale stabile”, da un lato, e dal pluralismo sistemico, dall'altro.

In conclusione, si parla abitualmente di diritto transnazionale in due casi: in primo luogo, per indicare le ipotesi in cui un giudice liberamente decide di utilizzare formanti giuridici di altri paesi (leges alii loci) per interpretare il diritto vigente nel proprio (dialogo “orizzontale”, ossia non necessitato da processi di integrazione sovranazionale tra stati); in secondo luogo, per indicare una produzione consuetudinaria (attualmente limitata alla materia commerciale, informatica e sportiva), la cui applicazione coinvolge i privati in assenza o in sostituzione di regole statali⁸.

⁷ Vedi M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006, p. 25-26. L'A. delinea le differenze tra le due forme di produzione giuridica attraverso due metafore: «il *diritto sovranazionale* sta sul territorio come una macchia che si spande sul foglio, quando dell'acqua cade su una figura disegnata. In tal caso si creano due effetti [...]: i contorni del disegno diventano meno netti e talvolta si perdono, toccando anche figure vicine; al contempo il colore della figura disegnata, spandendosi, scolorisce, ossia diventa più chiaro, meno netto, ma anche variegato perché si mescola con i colori sottostanti ad altre figure, dando luogo a colorazioni miste. Il *diritto transnazionale* si potrebbe rappresentare attraverso la mappa mondiale dei collegamenti aerei: un'intricatissima sovrapposizione di traiettorie lineari, più o meno lunghe, spesso lunghissime, che collegano punti lontani e spesso lontanissimi di territori diversi e si intersecano variamente. E' come se solo i punti di partenza e di arrivo tenessero collegate al terreno quelle linee, che per il resto navigano nello spazio. E' da sottolineare come tale intreccio di linee non sia riconducibile a qualcosa di simile ad una ragnatela: non a caso, forse non si parla di “rete aerea”. Esso manca infatti di due aspetti propri della rete: sia dell'elemento della tessitura, più o meno fitta, che è tipico della ragnatela, sia di quel filo di contorno, che generalmente racchiude la rete e la rende una figura (sia pur temporaneamente) chiusa e conclusa. La mappa dei collegamenti aerei è un a struttura *sempre aperta a cambiamenti* e i punti di partenza e di arrivo possono cambiare continuamente».

⁸ Cfr. A. PIZZORUSSO, *La produzione giuridica in tempi di globalizzazione*, Pisa, 2008, p. 64-65.

Il primo profilo fa riferimento l'utilizzo di formanti⁹ giuridici stranieri (legislazione, giurisprudenza e dottrina) per definire il significato di una disposizione da applicare al caso concreto. Talvolta il richiamo è giustificato da "motivi di merito", ossia da una valutazione delle corti, compiuta in base a criteri di giustizia che i giudici stessi provvedono ad "estrarre" dal proprio ordinamento giuridico (spesso dal testo costituzionale). È il caso della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti dei casi *Atkins v. Virginia* (2002), *Lawrence v. Texas* (2003) e *Roper v. Simmons* (2005), nei quali la maggioranza dei giudici sostengono l'opportunità di integrare la lettura dell'Ottavo Emendamento alla luce degli «*evolving standards of decency*» rinvenibili nelle legislazioni dei «paesi civili». Sullo stesso filone si colloca la giurisprudenza della Corte Costituzionale del Sudafrica, di recente istituzione, legittimata dall'art. 39 della Costituzione stessa a prendere in considerazione il diritto straniero quando lo ritenga opportuno «*to promote values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom*».

La citazione delle fonti straniere rappresenta una pratica che ha coinvolto diverse corti nel mondo e che diviene particolarmente significativa nelle controversie riguardanti la tutela dei diritti fondamentali. È evidente che, in questi casi, la trasformazione delle società occidentali in senso multiculturale impone il tema del rispetto delle minoranze e della pluralità di opinioni: in tal senso, nel lavoro di ridefinizione del contenuto delle tutele individuali, il diritto straniero e la giurisprudenza delle più autorevoli Corti occidentali rappresentano sia un'importante "fonte d'ispirazione" che una "prova" di come hanno funzionato concretamente determinate soluzioni giuridiche.

L'analisi dei modelli extrasistemici, sebbene sia spesso motivata dall'esigenza di diffondere una «cultura comune in materia di diritti umani», non costituisce, tuttavia, una pratica pacificamente accettata dalla dottrina europea ed anglosassone, nella misura in cui mette in discussione sia la certezza del diritto che la tenuta delle tradizioni giuridiche locali e la "sovranità normativa" dei Parlamenti nazionali.

GIUDICI E COMPARAZIONE

Nella prassi giudiziaria il metodo della comparazione ha trovato spazio in condizioni ed in circostanze storiche differenti: attraverso un'analisi casistica è possibile cogliere il ruolo fondamentale svolto da questo strumento all'interno dei processi di "avvicinamento" delle normative nazionali verificatisi negli ultimi decenni.

La comparazione, infatti, presuppone l'esistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici che vengono messi a confronto, o da cui si estraggono le norme che si desidera mettere a confronto, al fine di farne emergere le analogie e le differenze. *Tale risultato, poi, si presta ad utilizzazioni differenti a seconda di chi ha condotto l'analisi stessa.*

In primo luogo, la comparazione viene utilizzata dalla **dottrina** allo scopo di cogliere il significato e la finalità di concetti e istituti giuridici comuni a più ordinamenti, rendendo possibile una loro classificazione. E' tramite la comparazione degli ordinamenti

⁹ «L'espressione *formanti*, utilizzata nella fonetica per qualificare lo spettro acustico di un suono vocalico, corrisponde a un concetto giuridico da tempo conosciuto nel diritto comparato, con cui si suole indicare l'insieme di regole di diritto e preposizioni che sono alla base della soluzione di un problema o della disciplina di un istituto o di un fenomeno giuridico, in un ordinamento dato e in un determinato momento storico», vedi R. SCARCIGLIA, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Bologna, 2006, p. 56.

costituzionali, ad esempio, che si sono potuti individuare gli elementi che contraddistinguono le differenti forme di governo e, di conseguenza, elaborare i criteri di identificazione che permettano di ricondurre ogni modello storico ad una categoria convenzionalmente stabilita. Più spesso i giuristi si servono della comparazione per lo studio del diritto nazionale: la comprensione degli istituti giuridici di diritto interno, infatti, può ricevere un contributo importante dal confronto con la normativa di istituti analoghi degli ordinamenti stranieri.

In secondo luogo, il metodo comparativo può venire in ausilio agli **organi parlamentari** dello Stato nello svolgimento delle proprie funzioni. Così le assemblee legislative o costituenti, nella misura in cui sono legittimate a creare “nuovo diritto”, sono libere di cercare “ispirazione” nell’impianto normativo o costituzionale di altri paesi. Tra i numerosi casi che si potrebbero qui riportare, si osservi, ad esempio, la circolazione del modello di “controllo preventivo di legittimità costituzionale”, di origine francese, il quale è stato mantenuto da diverse ex-colonie dopo il conseguimento dell’indipendenza. Ancora, si noti la somiglianza (in alcune disposizioni si potrebbe parlare di veri e propri trapianti) tra le previsioni del *Bill of Rights* e della Costituzione sudafricana del 1996 e quelle della Legge Fondamentale tedesca: emblematica, in tal senso, è l’affinità della formulazione degli artt. 22 della prima e 12 della seconda relativamente alla “libertà di lavoro”.

In relazione all’uso della comparazione da parte dei **giudici**, invece, sono sorti una serie di problemi. L’istituzione giudiziaria, infatti, è stata concepita dal costituzionalismo moderno come l’organo chiamato a dare applicazione concreta alle formulazioni del diritto interno secondo il significato grammaticale da esse espresso (*criterio linguistico*), le finalità perseguite dal potere normativo (*criterio teleologico*) con riferimento alle restanti disposizioni “compatibili” dell’ordinamento giuridico (*criterio sistematico*). Pertanto, sebbene si è ormai distanti dai tempi in cui i giudici venivano definiti “bocca della legge”, è evidente che utilizzando la comparazione il giudice allarga a sua discrezione lo spettro dei possibili significati che la formulazione in esame può assumere, con la possibilità di “forzare” i limiti imposti dai criteri ermeneutici previsti dall’ordinamento e quelli comunemente accettati.

Si è affermato a riguardo che «la comparazione costituzionale, quando viene trasferita dal piano dell’ispirazione e dell’ausilio nei processi di riforma a quello dei canoni di interpretazione e applicazione del testo costituzionale, “scardina” sia il “sistema Westfalia” e le gerarchie normative interne alla statualità che le consolidate certezze sul ruolo del giudice costituzionale e sui confini della sua attività interpretativa»¹⁰. Per comprendere le ragioni di simili conclusioni, pare opportuno compiere un breve *excursus* in merito alla *ratio* dell’attività interpretativa e al ruolo che ricoprono i soggetti che la eseguono.

La *previsione* normativa è di regola seguita da un’*attuazione*, ossia da un comportamento conforme tenuto dal destinatario del comando, sia esso un organo dello Stato, la Pubblica Amministrazione, una persona fisica o giuridica. Il rapporto che passa tra la previsione e l’attuazione, tra la norma e il comportamento, non è mai un rapporto unico, ma si articola normalmente in più passaggi, attraverso i quali la formulazione viene progressivamente specificata. In altre parole, l’attuazione del comando giuridico presuppone necessariamente un’attività di interpretazione che, pertanto, potrà operare o sul versante della *formazione delle norme* (ad es. norme costituzionali che vengono specificate da norme

¹⁰ Vedi, P. RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in G. ALPA (a cura di), *Il giudice e l’uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, 2006, p. 24.

ordinarie “di interpretazione autentica”) o sul versante della loro *attuazione in senso stretto* (ad es. la decisione giudiziaria)¹¹.

All'interno di questi passaggi si realizza la distinzione tra *diritto teorico* e *diritto vivente*, ovvero, tra disposizioni e norme. L'operatività del diritto, pertanto, trova nell'attività interpretativa il suo punto di maggior criticità: a ciascuna disposizione non necessariamente corrisponde una sola norma, poiché nessuna disposizione potrà essere tanto precisa da prestarsi ad una sola interpretazione¹².

Quanto maggiore sarà la vaghezza linguistica delle formulazioni, tanto più l'interprete sarà legittimato ad andare “oltre il testo” e scegliere gli ulteriori criteri (storico, teleologico, sistematico, ecc...) in base ai quali definire il significato della formulazione. Uscendo dal tracciato semantico della previsione, dunque, si va incontro ad una serie di *riferimenti esterni*: l'operatore giuridico, sia esso un giudice o un giurista, sarà chiamato a dare valore all'uno piuttosto che all'altro nell'opera di ricostruzione della *ratio legis* e ciò, inevitabilmente, ricade sul risultato finale dell'interpretazione: la norma giuridica. È semplice dedurre, da tali premesse, che le disposizioni costituzionali contenenti dei principi o degli obbiettivi programmatici producono i problemi più rilevanti sul piano dell'attuazione pratica. Nei casi in cui entrino in gioco principi diversi o diversi valori protetti dallo stesso principio i giudici saranno chiamati ad operare una “ponderazione”, determinando quale tra essi, nel caso in esame, acquista una posizione di primazia.

Ritornando alle considerazioni fatte in apertura, risulterà ora evidente perché l'uso della comparazione nell'interpretazione delle norme costituzionali susciti i problemi a cui si è accennato: con essa l'interprete supera i limiti rappresentati dal sistema e dalla cultura giuridica nazionale, “creando” una nuova regolamentazione in base a riferimenti “esterni”. La comparazione, infatti, allarga lo spettro di significati che può assumere la previsione normativa in quanto immette nel processo interpretativo contenuti e valori provenienti dalle tradizioni costituzionali di altri paesi.

Il problema diviene ancor più complesso quando ad utilizzare la comparazione sono le Corti Costituzionali (o le massime istanze giudiziarie dei paesi di *common law*), in quanto tale interpretazione, così come emerge dalla *ratio decidendi* della sentenza, è destinata ad assumere valore “*erga omnes*”.

Ovviamente, occorre distinguere i casi in cui il ricorso alla comparazione sia *obbligatorio* dai casi in cui invece non lo sia. Vi sono, infatti, delle ipotesi in cui il giudice deve compiere tale operazione per poter decidere su di un caso concreto, ossia deve tener conto necessariamente di un altro ordinamento giuridico. In primo luogo, al di là dei tradizionali rinvii al diritto straniero operati in virtù del sistema di diritto internazionale privato, lo scenario giuridico a cui facciamo riferimento è quello “sovranzionale”, il quale si è affermato in maniera progressiva a partire dal secondo dopoguerra con la proliferazione degli accordi internazionali e, in modo ancor più pregnante, con la nascita della Comunità Economica Europea. In secondo luogo, nelle tradizioni giuridiche occidentali è oramai riscontrabile una generale concordanza sul fatto che le fonti internazionali comportino un'integrazione del parametro di costituzionalità e che, pertanto, la legittimità della legislazione ordinaria interna *deve* essere valutata (anche) alla luce del contenuto delle

¹¹ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Corso di diritto comparato*, Milano, 1983, p. 10.

¹² In questa sede, utilizzeremo il termine “disposizione” per indicare «ogni enunciato appartenente ad una fonte del diritto». Per “norma”, invece, si intenderà «il suo contenuto di senso, il significato, che è una variabile dipendente dell'interpretazione». Vedi. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2010, p. 3.

disposizioni degli accordi stipulati dagli Stati. I processi di avvicinamento tra gli ordinamenti giuridici che si sono manifestati in seguito a queste due tendenze hanno profondamente influito tanto sul sistema delle fonti quanto sull'interpretazione delle norme costituzionali. Le fonti sovranazionali e internazionali, infatti, hanno complicato notevolmente l'interpretazione costituzionale nel giudizio di legittimità, aggiungendo ulteriori elementi di cui tener conto nel valutare la concreta operatività della norma. È accaduto così, ad esempio, che norme in precedenza ritenute conformi alle disposizioni costituzionali, venissero riconosciute illegittime a seguito dell'integrazione del parametro di giudizio con fonti provenienti da un ordinamento internazionale¹³.

Il diritto transnazionale, come si è visto, interessa un altro settore della fenomenologia giuridica: quello del “*libero impiego di modelli extrasistemici*”. Viene utilizzata questa espressione per distinguere i casi di cui si è appena detto da quelli in cui il richiamo del diritto straniero nell'attività interpretativa e di risoluzione delle controversie avviene in assenza di un qualsiasi “legame giuridico”, ossia in assenza di disposizioni del diritto interno che facciano riferimento a *quell'ordinamento*. Il diritto richiamato, pertanto, viene inteso come “straniero”, nel senso di estraneo e sconosciuto al contesto normativo di partenza.

DIRITTO TRANSNAZIONALE E COMPARAZIONE

Nei confronti del diritto transnazionale, la comparazione costituisce un “*prius logico*”: i “dialoghi” tra le corti e le comunità di esperti dei vari paesi, infatti, necessitano che diversi sistemi o istituti giuridici siano stati messi a confronto, al fine di evidenziarne la “compatibilità”, anzitutto rispetto ai principi ispiratori dell'ordinamento nazionale di partenza.

L'analisi del diritto straniero può essere motivata da diversi obiettivi. In prima approssimazione, si può osservare che la comparazione giuridica è stata praticata principalmente nella giurisprudenza relativa alla tutela dei diritti fondamentali, in riferimento a tematiche in cui si registra una certa sensibilità morale dell'opinione pubblica ed in cui, soprattutto rispetto ai paesi emergenti, si è trattato di adeguare i livelli di protezione locali agli standard consolidati nei paesi democratici. È opportuno osservare tuttavia che, sebbene in maniera meno frequente, il diritto straniero è stato oggetto di analisi anche in decisioni relative agli assetti di potere all'interno dello Stato (ad esempio, nella sent. 303/2003 della nostra Corte Costituzionale si è fatto riferimento ai principi del sistema federale tedesco). In queste ultime ipotesi, il diritto straniero è stato preso in considerazione quando risultava utile a gettare una luce empirica sulla controversia ed osservare come altri ordinamenti hanno affrontato uno stesso problema, nonché le conseguenze che si sono verificate nel caso in cui essi hanno adottato diverse soluzioni normative per lo stesso problema.

In definitiva, la comparazione può essere uno *strumento* del diritto transnazionale, ma quest'ultimo si differenzia dalla prima in quanto individua delle modalità ben precise di *produzione normativa*.

¹³ Le sentenze della Corte Costituzionale italiana n.348 e 349 del 2007, costituiscono l'esempio più rilevante rispetto al modo in cui gli “obblighi internazionali”, di cui all'art.117 Cost., operano sull'interpretazione delle disposizioni della Carta fondamentale, integrando il parametro del giudizio di legittimità (nella fattispecie, l'art.42).

(segue) Utilizzo dei modelli extrasistemici e processi di democratizzazione

I principali casi di richiamo giudiziale del diritto straniero si sono verificati, storicamente, in occasione di transizioni dalla forma di Stato autoritaria a quella democratica. La pratica comparativa viene di regola legittimata dall'esigenza di armonizzare determinati settori della legislazione con i valori ed i principi emergenti dal nuovo assetto costituzionale. Infatti, in presenza di una "fase di passaggio" normalmente si dà luogo ad una riforma più o meno ampia dell'ordinamento e all'abrogazione delle precedenti norme divenute incompatibili con nuovi principi fondamentali dello Stato.

Per quanto ampio ed articolato sia il lavoro del legislatore, tuttavia, non potrà non lasciare in vita qualche norma divenuta illegittima alla luce del nuovo corso democratico intrapreso dal paese. Anzi, spesso è avvenuto che il legislatore, preferisse lasciare ai giudici di legittimità buona parte del lavoro di "pulizia". Ciò per motivi più vari, quali la presenza di forti attriti ideologici all'interno dell'assemblea legislativa e la conseguente incapacità di formare un accordo tra i gruppi parlamentari (come è stato per l'Italia) o, piuttosto, perché semplicemente si ritiene che tale compito potesse essere più efficacemente svolto da un organo creato appositamente per garantire la stabilità del regime costituzionale democratico. Un ultimo fattore che ha giocato spesso a favore del protagonismo dei giudici è rappresentato dalla sfiducia dell'opinione pubblica verso la classe politica del paese, la quale può verificarsi nei casi in cui, anche dopo la transizione, in Parlamento continuano a sedere personaggi che hanno collaborato con le istituzioni della precedente fase autoritaria.

Ai giudici di legittimità, quindi, è spesso spettato il compito di rimuovere gli "elementi di discontinuità" dal sistema normativo dando effettività all'assetto democratico dei poteri e dei diritti dei cittadini. Nel far questo, in maniera non infrequente, le Corti costituzionali, da un lato, hanno dovuto affinare i propri strumenti decisionali, ad esempio, ricorrendo all'emanazione di sentenze additive o interpretative (come la nostra Corte); dall'altro, hanno rivolto il loro sguardo verso le soluzioni adottate da altri paesi.

Consideriamo, ad esempio, quanto è avvenuto in Germania nei primi anni di vita della Repubblica Federale. Nella fase di transizione iniziata sotto la Legge Fondamentale di Bonn, scritta con la supervisione delle potenze Alleate vincitrici della guerra, il Tribunale Costituzionale ha avuto un'importanza notevole non solo per l'opera di pulizia dell'ordinamento, ma anche, e soprattutto, per l'opera di mediazione svolta al fine di garantire l'effettività e l'accettazione del nuovo testo costituzionale.

Tra le decisioni più importanti in materia segnaliamo il caso *KPD* del 1956, in cui la Corte si ritrova a dover vagliare la legittimità dell'art. 21 c.2 della Costituzione tedesca che bandiva il partito comunista dalla Germania Occidentale. Nell'affermazione di apertura della motivazione della sentenza, si può leggere:

«Non è una coincidenza che le democrazie liberali occidentali non abbiano previsioni, simili all'articolo 21 (2) della Costituzione [...]La logica costituzionale di tali democrazie [...] sta nel fatto che i cittadini sono liberi o, come per la Costituzione Italiana del 1947, perfino incoraggiati a formare partiti politici senza limitazioni, e che il rischio di un partito che si opponga all'ordinamento costituzionale esistente è consapevolmente accettato».

Il Tribunale tedesco, dunque, nel valutare la legittimità di una previsione limitativa di uno dei più importanti diritti politici ha ritenuto opportuno volgere uno sguardo all'esterno,

nello specifico, ai paesi di tradizione liberale. Non riscontrando una disposizione simile all'art. 21 c.2 nelle Costituzioni dei paesi democratici, decide comunque di approfondire l'analisi. Ed osserva:

«i recenti sviluppi hanno, tuttavia, mostrato che le libere democrazie possono ugualmente non ignorare i problemi pratici e politici derivanti dall'escludere dalla vita pubblica i partiti che siano ostili all'ordine costituzionale qualora la minaccia allo Stato raggiunga un certo livello di intensità. Le soluzioni non sempre sono uguali. Se l'ostilità verso l'ordinamento costituzionale può essere derivata con certezza dall'esperienza storica, i partiti potrebbero essere, a volte, già proibiti dalla costituzione stessa (come ad esempio il partito fascista in Italia); più spesso a parte interventi sanzionatori penalistici che sono limitati a casi estremi l'azione amministrativa contro i partiti ostili alla Costituzione viene autorizzata da statuti speciali o in base a poteri costituzionali generali. Così il partito comunista è stato proibito in Francia e in Svizzera nel 1939 e nel 1940 da regolamenti governativi. Negli Stati Uniti al partito è chiesto di registrarsi per consentire alle pubbliche autorità di controllare efficientemente le sue attività in quanto organizzazione sovversiva».

Dalla prassi amministrativa, dunque, emerge ciò che la Costituzione “non dice” e che consente al Tribunale di Karlsruhe di “salvare” il divieto costituzionale di costituzione del partito comunista. Alcuni hanno osservato come i giudici tedeschi in questa decisione sembrano utilizzare gli argomenti comparatistici con lo scopo di supportare soluzioni già maturate¹⁴, pertanto, gli “esempi stranieri” sarebbero riportati al solo fine di rafforzare e di provare la validità di un determinata soluzione normativa.

La giurisprudenza di legittimità della Germania del dopoguerra, ad ogni modo, rappresenta una fonte di studio molto interessante per l'utilizzo consapevole che il Tribunale compie del metodo comparatistico. Al di là delle numerose decisioni in cui i giudici hanno fatto ricorso a formanti extrasistemici, infatti, la comparazione viene, non solo praticata apertamente, ma addirittura elogiata dallo stesso Tribunale Costituzionale. Nel 1953 commentando il rapido ampliamento del diritto di famiglia da parte delle corti tedesche, il Tribunale include il diritto comparato nella lista di tecniche giudiziarie accettate e ben consolidate:

«Le corti hanno ritenuto giustamente non essere loro compito ristrutturare completamente l'area del diritto del matrimonio e della famiglia.[...] hanno fatto uso di tecniche giudiziali conosciute e sperimentate, cioè l'interpretazione giuridica e il riempimento di lacune di diritto, anche con l'aiuto del metodo comparatistico, ed hanno preso in considerazione le richieste sostanzialmente unanimi a favore dell'uguaglianza di uomo e donna cruciale anche per gli scopi di interpretazione delle norme».

Per tornare a tempi più recenti, l'attuale tendenza della giustizia costituzionale sudafricana, può essere posta sullo stesso piano dell'esperienza tedesca, sebbene con alcune dovute precisazioni. Questo paese, uscito dal regime di *apartheid*, ha iniziato il suo cammino verso la democrazia nel 1993 con l'emanazione Costituzione transitoria (le cui disposizioni sono state in gran parte confermate nella Costituzione definitiva del 1996) ed ha guardato con grande attenzione all'esperienza tedesca del dopoguerra. La Corte Costituzionale ha svolto, anche in questo paese, un ruolo di fondamentale importanza: la fiducia dei costituenti verso quest'organo di garanzia è testimoniata dal fatto che essa è stata investita del compito di vagliare la compatibilità della Costituzione del 1996 con i 34 Principi Costituzionali

¹⁴ Cfr. B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, 2009, p. 122-123.

Fondamentali precedentemente codificati da un'assise multipartitica composta da un numero uguale di rappresentanti per ogni formazione politica accreditata.

La particolarità del Sudafrica rispetto alle precedenti esperienze di transizione democratica, tuttavia, è data dal fatto che il metodo comparatistico è stato addirittura costituzionalizzato all'art. 39 della Carta fondamentale (rubricato: *Interpretation of the Bill of Rights*). In esso si dispone che la Corte Costituzionale, nel processo di attribuzione di significato agli enunciati normativi del *Bill of Rights* «deve» promuovere i «valori di società aperte e democratiche», «deve» considerare il diritto internazionale pubblico (a cui tutti gli Stati sono vincolati) e «può» prendere in considerazione il diritto straniero. Si tratta, dunque, dell'unico testo costituzionale esistente che fa riferimento alla possibilità di richiamare fonti extrasistemiche nel procedimento di interpretazione-applicazione delle disposizioni in esso contenute.

La dottrina sudafricana e statunitense *in primis* motivano l'introduzione di tale previsione nella Costituzione del 1996 alla luce di tre ragioni principali. In primo luogo, la necessità di legittimazione internazionale dello Stato sudafricano dopo decenni di isolamento dovuto al regime di *apartheid* che aveva ignorato gli standard internazionali in materia di diritti umani. In secondo luogo, la ricerca di riferimenti internazionali capaci di coadiuvare l'opera di interpretazione di un testo costituzionale completamente nuovo. In ultimo, la consapevolezza che l'introduzione in Sudafrica del sistema di controllo di costituzionalità necessitava di un periodo di apprendimento giuridico culturale, magari, alla luce delle più importanti esperienze americane ed europee¹⁵.

Queste osservazioni ci permettono di capire come sia connaturale ad una fase di transizione costituzionale la necessità che i giudici di legittimità maturino una nuova cultura giuridica in armonia con il riformato assetto costituzionale. In tal senso, lo studio della giurisprudenza e delle normative dei paesi occidentali rappresenta per i giudici un aiuto notevole ai fini dello svolgimento delle funzioni che sono chiamati a ricoprire. L'influenza del diritto occidentale, tuttavia, non sempre risulta dalle sentenze delle corti: talvolta è presente soltanto in maniera "sottile" e "sfumata", ad esempio, attraverso un vago riferimento alle prassi costituzionali degli "ordinamenti democratici" considerate sempre di più come una base indispensabile per la formazione di un'idea comune dei diritti dell'uomo.

Human rights and «evolving standard of decency»

Per completare il quadro è necessaria un'ultima considerazione. Fino a poco tempo fa si riteneva che il ricorso al diritto straniero, in assenza di vincoli internazionali, fosse una tendenza propria delle democrazie giovani e che essa, al contrario, divenisse recessiva nella fase matura delle esperienze di giustizia costituzionale. In altre parole, via via che le Corti si dotano di un apparato concettuale ed argomentativo autonomo, esse diventano sempre più autoreferenziali e si emancipano dalla comparazione.

In realtà recenti sentenze provenienti dalle più alte istanze giurisdizionali delle c.d. democrazie mature sembrano gettare un'ombra su queste convinzioni: sebbene si possa notare una rilevante diminuzione dell'uso della comparazione nelle esperienze che più sono state

¹⁵ Cfr. J. DUGARD, *International Law and the Final Constitution*, in *S. Afr. J. Human Rights*, 1995, 11, 241-251; G. CARPENTER, *The South African Constitutional Court: Tacking Stock of the early decisions*, in *Human Rights & Const. L. J. South Afr.*, 1996, 1, 24-29.

attive in questo versante (come quella del Tribunale Costituzionale tedesco) v'è tuttavia osservato che l'analisi del diritto straniero non è stata completamente abbandonata e sembra tornare in ausilio ai giudici soprattutto nelle controversie concernenti i c.d. diritti umani.

Si può approssicare un *excursus* a grandi linee citando alcuni esempi.

La giurisprudenza canadese, per iniziare, tuttora dimostra una tendenza a richiamare «i principi ed i valori comuni delle nazioni democratiche»: tale pratica può essere inquadrata nel *background* culturale misto del Canada che, a livello politico, è causa di molti disaccordi e promuove un approccio giurisprudenziale spesso favorevole alla protezione delle minoranze. In particolare, l'influenza più forte nelle decisioni delle Corti canadesi oggi sembra essere esercitata dal diritto statunitense, a cui esse si rivolgono per trovare ispirazione soprattutto all'indomani dell'introduzione della *Charter of Rights and Freedoms* (1983). Sullo stesso filone si colloca l'Inghilterra in cui diversi episodi di comparazione si sono verificati dopo l'approvazione dello *Human Rights Act* nel 1998. Addirittura la Corte Costituzionale italiana, che non ha mai manifestato particolare attenzione per le soluzioni giuridiche straniere, dopo la revisione del Titolo V della Costituzione, ha ritenuto opportuno accostare il nuovo assetto dei rapporti fra legge statale e legge regionale alle esperienze del federalismo statunitense e tedesco, al fine di mettere in luce le analogie e le differenze con esse:

« [...] limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principî nelle materie di potestà concorrente, come postulano le ricorrenti, significherebbe bensì circondare le competenze legislative delle Regioni di garanzie ferree, ma vorrebbe anche dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze [basti pensare al riguardo alla legislazione concorrente dell'ordinamento costituzionale tedesco (*konkurrierende Gesetzgebung*) o alla clausola di supremazia nel sistema federale statunitense (*Supremacy Clause*)]. Anche nel nostro sistema costituzionale sono presenti congegni volti a rendere più flessibile un disegno che, in ambiti nei quali coesistono, intrecciate, attribuzioni e funzioni diverse, rischierebbe di vanificare, per l'ampia articolazione delle competenze, istanze di unificazione presenti nei più svariati contesti di vita, le quali, sul piano dei principî giuridici, trovano sostegno nella proclamazione di unità e indivisibilità della Repubblica» (sent. 303/2003).

L'uso della comparazione nell'interpretazione del testo costituzionale, tuttavia, non sembra aver provocato in Europa un acceso dibattito in dottrina, alla stregua di quanto accaduto, invece, negli Stati Uniti. Nella giurisprudenza della Corte Suprema dell'ultimo decennio, infatti, sembrano intravedersi importanti aperture alle soluzioni giuridiche straniere: la sentenza *Lawrence vs. Texas* del 2003, ad esempio, richiama, fra l'altro, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Sullo stesso piano, deve essere notato il richiamo, «generico ma significativo», agli orientamenti della legislazione delle nazioni civili («*evolving standards of decency*») che «segnano il progresso di una società che matura», in base ai quali i giudici della Corte Suprema, nella sentenza *Atkins v. Virginia* (2002), rilevano che l'esecuzione capitale di individui mentalmente ritardati costituisce una «pena crudele ed inusuale» e, pertanto, contraria all'Ottavo Emendamento. L'integrazione di questo parametro costituzionale alla luce degli «*evolving standards of decency*» porta, altresì, nella successiva decisione *Roper v. Simmons* (2005), all'abolizione della pena di morte nei confronti di persone risultate minorenni nel momento in cui il crimine è stato compiuto.

Queste decisioni hanno visto i giudici della Corte Suprema dividersi e intraprendere un'aspra polemica dottrinale rispetto al senso ed agli obbiettivi dell'interpretazione costituzionale. Nei primi anni del 2000 si è assistito a vivaci dibattiti tra i magistrati bendisposti all'uso della comparazione (Stevens, Breyer, O' Connor) e quelli che invece hanno manifestato dubbi più o meno forti (Scalia, Rehnquist e Thomas). Il metodo comparativo, come è già stato rilevato, è diretto a superare sia un approccio strettamente legato ai *testi*, che studia il solo "contesto semantico" e considera l'applicazione del diritto "un problema di linguistica", sia l'orientamento che viene definito "*expressivism*", il quale si differenzia dal precedente poiché sostiene che l'interpretazione debba tener conto della storia del paese e, pertanto, delle condizioni, politiche e sociali, che ne connotano l'impianto costituzionale. Queste due linee di pensiero, contrarie al richiamo a riferimenti normativi esterni, pur partendo da punti di vista differenti, precludono qualsiasi lettura comparativa del testo costituzionale per il pericolo che essa comporterebbe alle esigenze di certezza del diritto, da un lato, e alla tutela del patrimonio giuridico e culturale nazionale, dall'altro. Il metodo comparativo viene, pertanto, di volta in volta ricondotto ad una utopica visione cosmopolita della tutela dei diritti umani o, come nelle parole di Scalia, al tentativo di scardinare le basi concettuali di uno dei sistemi giuridici più avanzati del mondo.

Data la centralità di un organo come la Corte Suprema nell'assetto istituzionale degli Stati Uniti, il dibattito nato tra i giudici si è ben presto spostato sul piano politico. Ciò è avvenuto con la presentazione di una proposta al Congresso nel 2004, il *Constitution Restoration Act*, che imporrebbe il divieto di utilizzare fonti straniere nell'interpretazione della Costituzione per tutte le corti degli Stati Uniti, con l'unica, e peraltro, significativa eccezione del *common law* britannico. Questo progetto ha suscitato reazioni prevalentemente negative, a cui va aggiunto il monito del *Chief Justice* Rehnquist alla prudenza e le obiezioni di incostituzionalità fondate sull'alterazione dell'equilibrio fra i poteri del Congresso e delle istituzioni giudiziarie.

Prediamo uno dei casi concreti per osservare in che modo il diritto straniero ha ispirato le decisioni della Corte Suprema di cui si è detto sopra. Nel caso *Lawrence vs. Texas*, come già anticipato, viene in rilievo una legge di uno Stato membro che qualifica come reato il rapporto sessuale tra due persone dello stesso sesso. La Corte suprema, opera prima un *excursus* storico, evidenziando come nel 1961 tutti 50 gli Stati avevano dichiarato illegale la sodomia ma che, solo pochi anni prima, nel 1955, l'*American Law Institute* promulgò il *Model Penal Code* rendendo chiaro che non raccomandava né prevedeva pene per relazioni sessuali consensuali intrattenute in privato. La determinazione dell'*A.L.I.* fu motivata su tre livelli: (1) tali divieti minavano il rispetto della legge criminalizzando condotte tenute da molte persone; (2) tali norme concernevano condotte private non dannose per i terzi e (3) tali norme erano imposte arbitrariamente e pertanto provocavano il pericolo di ricatti. Sulla base di queste considerazioni, le leggi in questione venivano spesso disapplicate o venivano applicate solamente nel caso in cui uno dei soggetti del rapporto fosse un minore.

La Corte passa dunque a prendere in considerazione la sua decisione più recente in materia: il caso *Bowers vs. Hardwick* (1986). In tale ipotesi era stata vagliata la legittimità, alla luce del XIV Emendamento della Costituzione americana che stabilisce i principi del giusto processo (*Due Process Clause*), di una normativa del Codice Penale della Georgia che puniva gli atti di sodomia. La Corte, allora presieduta dal giudice Burger, aveva "fatto salve" le disposizioni penali sostenendo che la disparità di trattamento fondata sull'orientamento sessuale dell'individuo avesse delle profonde radici storiche nel diritto federale.

Diciassette anni dopo, la Corte Suprema ritiene che siano maturati i tempi per un cambio di orientamento in materia di libertà sessuale e procede ad una nuova interpretazione della *Due Process Clause*:

«*Gli ampi riferimenti del Presidente Burger alla storia della civiltà occidentale e ai principi etici e morali Giudaico-cristiani non hanno tenuto conto di altre fonti che puntavano nell'opposta direzione. Una commissione, in un parere al Parlamento inglese, raccomandò nel 1957 di abrogare le norme contro l'omosessualità. Il Rapporto Wolfenden: Rapporto della commissione sui reati concernenti l'omosessualità e la prostituzione (1963). Il Parlamento concretizzò quelle raccomandazioni 10 anni dopo. Sexual Offences Act 1967, § 1.*

Di importanza ancora maggiore, quasi 5 anni prima che il caso Bowers fosse deciso, la Corte Europea dei diritti dell'Uomo prese in considerazione un caso simile sia al caso Bowers che al caso odierno. Un uomo maggiorenne residente nell'Irlanda del Nord dichiarò di essere un omosessuale praticante e che desiderava intrattenere rapporti sessuali consensuali. Le leggi dell'Irlanda del Nord gli precludevano quel diritto. Dichiarò di essere stato interrogato, che la sua casa era stata perquisita e che temeva di essere incriminato. La Corte decise che le norme che condannavano quella condotta erano contrarie alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo [Dudgeon c. United Kingdom, 45 CEDU (1981), p. 52]. La decisione avente valore in tutti i Paesi membri del Consiglio d'Europa (21 stati allora, 47 oggi) non è conforme alla premessa del caso Bowers ossia che l'azione proposta non era fondata alla luce della nostra tradizione occidentale».

La tecnica tipica della *common law*, ovvero la citazione del precedente giudiziario, questa volta fuoriesce dai confini nazionali e prende in considerazione, oltre al diritto inglese, un precedente della Corte Europea di Strasburgo del 1983. *Justice Kennedy*, infatti, critica apertamente l'operato del suo predecessore *Burger*, in quanto non aveva tenuto in debita considerazione i cambiamenti di costume ed i nuovi orientamenti di politica del diritto di cui la sentenza della Corte Europea era una chiara testimonianza. Come già detto, la *querelle* che seguì la redazione di questa motivazione fu talmente aspra che portò poi alla presentazione di un progetto di legge, il *Constitution Restoration Act*, che proponeva una drastica risoluzione alla disputa, vietando alle Corti statunitensi qualsiasi riferimento al diritto straniero nell'interpretazione della Costituzione.

Per un quadro completo della vicenda, sembra opportuno richiamare le parole degli stessi giudici della Corte Suprema, a partire da quelli che si oppongono apertamente all'uso della comparazione. Il maggior esponente di questi, per anzianità e autorevolezza, è il giudice *Scalia* che nella sua *dissenting opinion* nel caso *Lawrence vs. Texas* afferma:

«*La legittimità costituzionale non viene ad esistere in virtù del fatto che alcuni Stati [membri] hanno scelto di attenuare o di eliminare le sanzioni penali di un certo comportamento. E tantomeno nasce, come sembra ritenere la Corte, perché nazioni straniere depenalizzano tali condotte. [...] La discussione della Corte su queste opinioni straniere [...] è quindi un'affermazione del tutto priva di significato. Un'affermazione pericolosa, tuttavia, perché questa Corte non dovrebbe imporre agli americani mode, tendenze o opinioni straniere».*

Non si può fare a meno di notare, nelle parole di *Justice Scalia*, l'utilizzo di sostantivi quali «mode, tendenze, opinioni» per indicare la decisione di un'importante corte internazionale come quella di Strasburgo: è evidente che la sua presa di posizione, si associ ad una presunzione di autosufficienza, se non proprio di superiorità, del diritto americano.

La parabola del diritto transnazionale

Rimane da chiarire quale ruolo può essere ascritto oggi al diritto transnazionale. Lo spazio progressivamente acquisito dalle organizzazioni globali della politica, della finanza e del commercio potrebbe far pensare ad un suo superamento a favore di forme più integrate e sistematiche di produzione giuridica: in questo senso, si è parlato di «diritto globale»¹⁶. Le risoluzioni dell'O.N.U., i piani di aggiustamento strutturale e le raccomandazioni del Fondo Monetario Internazionale e dell'Unione Europea, sottopongono agli occhi del giurista il problema della dissociazione tra la *forza* normativa che è ad esse attribuita sul piano della gerarchia delle fonti (in relazione alla quale vengono qualificate come “*soft laws*”) e l'*effettività* che esse invece esprimono sul piano dell'indirizzo politico e applicativo.

Il diritto transnazionale, come emerge da quanto detto sin qui, inizia la suo percorso nel secondo dopoguerra, con il moltiplicarsi delle occasioni di contatto e di relazione tra persone fisiche e culture prima isolate nel loro contesto nazionale. La ricerca della pace e la responsabilità assunta dai governi occidentali a rispettare i diritti dei propri governati¹⁷ sono stati i principali incentivi al superamento dei particolarismi nazionali e all'analisi del diritto straniero, sebbene ben presto osteggiati dalle tensioni tra le due maggiori potenze vincitrici che hanno portato due blocchi di nazioni a fronteggiarsi, per quasi 50 anni, in uno scenario di guerra più o meno aperta.

Il superamento del c.d. socialismo reale ha riportato al centro dell'attenzione il tema della pace mondiale e della lotta alla povertà. La crescita economica diviene l'obiettivo primario delle organizzazioni globali che la promuovono quale condizione necessaria per l'affermazione della democrazia nei paesi in via di sviluppo. Ciò spiega il motivo per cui il recepimento dei modelli occidentali di tutela delle situazioni giuridiche soggettive (*in primis*, la “riserva di giurisdizione”) si è verificato a seguito dell'apertura delle frontiere al commercio e alle imprese dei paesi industrializzati¹⁸. La linea di pensiero delle istituzioni globali in materia è ben sintetizzata dal *World Bank Development Report* del 1999, nel quale viene affermato che «nessuno sviluppo equo è possibile se i diritti umani e i diritti di proprietà non sono salvaguardati e se manca un quadro giuridico adeguato».

Lo spazio giuridico globale, tuttavia, nonostante la crescente importanza assunta dalla *soft law* e dalle organizzazioni internazionali rimane privo di un'autorità centrale, un'istanza in grado di avocare a sé la definitiva risoluzione delle dispute. Per questo motivo esso continua ad essere dominato da un pluralismo sistemico, mentre le Corti (nazionali ed internazionali) si fanno interlocutori di un “dialogo” volto ad avvicinare gli standard di tutela previsti dai diversi ordinamenti.

¹⁶ Vedi, S. CASSESE, *Diritto Globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Roma, 2009.

¹⁷ Si ricordi che il secondo conflitto mondiale si chiude con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, firmata a Parigi il 10 dicembre 1948 e che le nuove costituzioni di Italia e Germania esprimono un deciso disconoscimento dei precedenti governi autoritari e della loro ideologia in materia di rapporti tra Stato e cittadini.

¹⁸ Il processo di apertura delle frontiere richiede, normalmente, un periodo di riforme della legislazione civile e commerciale sotto l'egida e la supervisione degli organi di controllo dell'FMI e della Banca Mondiale. Su questo versante, la tattica di espansione del diritto occidentale oggi rimane identica a quella del secolo precedente: si ricordi, infatti, che la Banca Mondiale nasce nel 1945 in seno agli accordi di Bretton Woods con il nome di “Banca Mondiale per la Ricostruzione e lo Sviluppo” e aveva come finalità principale quella di coadiuvare gli Stati europei ed il Giappone nell'attività di risanamento delle economie stremate dallo sforzo bellico. Questo scopo è stato mantenuto e implementato in occasione dei processi di decolonizzazione degli anni '70, nei quali i beneficiari dei prestiti erano gli stati che acquistavano l'indipendenza, e torna ad emergere nella fase attuale, sulla spinta della crisi economica e delle forti tensioni che hanno portato ai mutamenti di regime nelle zone mediterranee ed asiatiche.

La legge statale, dunque, rimane la fonte quantitativamente prevalente di produzione normativa perché non esiste (ancora) un'idea o un'opinione condivisa sul ruolo delle istituzioni comuni. Il contenuto tradizionale del concetto di "sovranità normativa", tuttavia, continua ad essere progressivamente ridotto dalla pratica comparativa dei giudici: la ricerca di "nucleo comune di diritti inviolabili" necessita ancora del diritto transnazionale.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

ATTALI J., *L'homme nomade*, Fayard, Parigi, 2003.

CAMERLENGO Q., *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007.

CARPENTER G., *The South African Constitutional Court: Tacking Stock of the early decisions*, in *Human Rights & South Africa Constitutional Law Journal*, 1996, 1.

CASSESE S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009.

CRUZ P.M. e STELZER J. (organizadores), *Direito e Transnacionalidade*, Curitiba-Paraná, 2010.

DUGARD J., *International Law and the Final Constitution*, in *Human Rights & South Africa Constitutional Law Journal*, 1995.

FERRARESE, M.R. *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel nuovo mondo globale*, Roma-Bari, 2006.

GALGANO F., *Lex mercatoria*, Bologna, 2010.

GUASTINI R., *Le fonti del diritto*, Milano, 2010.

MARKESINIS B., FEDTKE J., *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, 2009.

MARRELLA F., *La lex mercatoria: principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale dell'economia*, Padova, 2003.

MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.

PIZZORUSSO A., *La produzione giuridica in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008.

RIDOLA P., *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in ALPA G. (a cura di), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, 2006.

SCARCIGLIA R., *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Bologna, 2006.