

Roberto Scarciglia

Diritto globale e metodologia comparativa: verso un approccio verticale?*

Global Law and Comparative Methodology: Towards a Vertical Approach?

Different forms of global phenomena and pluralism involve reconsidering the adequacy of the methods in comparative law. To what extent comparative law and comparative methodology are instrumental to the formation of a lawyer? What is the role of the Supreme Courts with respect to global law? Do Courts use comparative methodology? Though the horizontal comparison is certainly a widespread tendency for comparative analyses, from a methodological point of view, we need to consider the importance of forms of vertical comparison, both a top-down and bottom-up approach.

Keywords: Global Age, Methodology of Comparative Law, Vertical Comparison.

1. Premessa

Qual è lo spazio assegnato alla metodologia nelle analisi giuridiche a carattere comparativo? È opinione condivisa da molti che la risposta a questa domanda sia strettamente legata all'oggetto della comparazione¹, alle sue finalità, nonché all'interesse e alla formazione accademica e professionale di coloro che ne fanno uso. Tali soggetti sono stati recentemente definiti "clienti della comparazione"². In proposito, ci si chiede spesso se i metodi, con cui nel passato sono stati analizzati i sistemi giuridici (sovente di matrice occidentale) o le loro componenti, siano adeguati in un contesto globale³. Si tratta di un tema ricorrente, che riguarda lo studio della metodologia in rapporto ai meccanismi dinamici di trasformazione di istituti, regole e sistemi giuridici. Se si guarda a questo problema da una prospettiva più ampia, sia dal punto di vista geopolitico che da quello storico, ci si accorge che lo studio del diritto – e, in particolare, del diritto comparato – non può più focalizzarsi esclusivamente sul "*municipal law of nation states*", dovendo tale studio ricomprendere fonti diverse da quelle nazionali (sovra-statali, non-statali – come il diritto religioso, il diritto transnazionale, il diritto ctonio, il diritto consuetudinario – e altre forme di *soft-law*⁴). Il dibattito sul metodo può assumere sfaccettature diverse ove le analisi provengano, ad esempio, dalla dottrina statunitense, europea, asiatica o islamica⁵, come è ragionevole attendersi da forme di pensiero e ragionamento derivanti da scuole e tradizioni giuridiche profondamente diverse. Di conseguenza,

* Il saggio è dedicato alla memoria di H. Patrick Glenn.

¹ Nella sterminata bibliografia, fra i contributi più recenti, v. J.-P. Derosier, "*La fin justifie les moyens*" ou la détermination d'une méthode comparative par l'objectif de la comparaison (2010), in www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/17/308.pdf.

² J. Basedow, *Comparative Law and its Clients*, in 62 *Am. J. Comp. L.*, 821 ss. (2014); v. anche J. Husa, *About the Methodology of Comparative Law - Some Comments Concerning the Wonderland...*, in 5 *Maastricht Working Papers - Faculty of Law*, 4 (2007). Per una distinzione fra "obiettivi" e "metodi" si rinvia a D.J. Gerber, *System Dynamics: Toward a Language of Comparative Law?*, in 46 *Am. J. Comp. L.*, 720 (1998).

³ E. Hey, E. Mak, *Introduction: the possibilities of comparative law methods for research on the rule of law in a global context*, in 2 *Erasmus L. Rev.*, 287 (2009).

⁴ W. Twining, *Globalisation and Comparative Law*, in E. Örucü and D. Nelken (eds.), *Comparative Law: A Handbook*, Oxford and Portland, 2007, 71; Id., *Globalization and Legal Theory*, London, 2000, 51; J. Basedow, *Comparative Law and its Clients*, cit., 824; R. van Gestel, H.-W. Micklitz and M. Pojares Maduro, *Methodology in the New Legal World*, in *EU Working Paper LAW*, 14 (2012).

⁵ H. Arasani, *Islamic Law as a Comparable Model in Comparative Legal Research*, in 3 *Global J. Comp. Law*, 186 ss., (2014).

anche la prospettiva metodologica può subire dei mutamenti, con conseguenze visibili, ad esempio, nell'insegnamento universitario e nelle decisioni o nei ragionamenti delle corti⁶.

Si può essere evidentemente a favore o contro un metodo, per usare una espressione di Feyerabend⁷, ma, senza dubbio, i risultati che il comparatista raggiunge in molti casi costituiscono una sorte di cartina di tornasole della bontà della metodologia scelta e utilizzata in rapporto alle finalità dell'agire comparativo, sempre in bilico fra conclusioni descrittive e risultati prescrittivi.

La conoscenza non può limitarsi, infatti, all'uso dei termini (o all'influenza) della dottrina, ma ha bisogno di tradursi in interessi di ricerca, concetti, teorie e metodi di altre discipline, e deve essere collegata a dibattiti culturali di più ampio respiro⁸. Per gli studiosi del diritto potrebbe, dunque, non essere facile adeguarsi, anche sul piano definitorio, a una idea di globalizzazione, che tenga conto, da una parte, di piani diversi di analisi – come potrebbero esserlo quello locale, regionale, nazionale o internazionale – e, dall'altra, della necessità di considerare che le interrelazioni fra attori globali, tanto pubblici quanto privati, si caratterizzano per la loro «estensione [...], intensità, velocità e impatto»⁹. Come osserva Michaels, questi fattori relazionali incidono sullo sviluppo del diritto contemporaneo, e, in particolar modo, su quel fenomeno che è stato definito «il diritto oltre lo Stato»¹⁰. La globalizzazione pone, inevitabilmente, sfide interdisciplinari. Da questo punto di vista, molte analisi giuridiche sono sorprendentemente carenti, o di taglio puramente dottrinale, emergendo, piuttosto che tale idea di relazione o cooperazione, «una semplice idea di internazionalizzazione che influenza in qualche modo la legge»¹¹, senza considerare altri fattori come la interconnessione di mercati, società, culture e sistemi politici¹² e la crescente permeabilità delle frontiere del diritto. L'espansione del diritto trans-nazionale modifica le regole, i principi, le procedure e lo stesso modo di essere delle istituzioni pubbliche¹³.

I processi di globalizzazione costituiscono «qualcosa in più di una semplice espansione dell'influenza occidentale che si imbatte in forme locali e particolari di resistenza»¹⁴. La complessità del fenomeno non può certamente essere semplificata in una contrapposizione fra diverse tradizioni legali, tenuto conto che «ciascuna delle tradizioni maggiori [...] ha al suo interno tutto il potenziale necessario per globalizzarsi ed esser impiegata a fini di dominio, così da sopprimere con molteplici mezzi l'opinione divergente»¹⁵. Ai tre principali attori della globalizzazione, l'Occidente, l'Islam e l'Asia orientale, non è dato prevedere quali saranno gli sviluppi di questa competizione, né tanto meno se vi sarà una singola cultura mondiale e cosmopolita, che ottenga un dominio onnicomprensivo¹⁶, anche per il verificarsi di molti processi di

⁶ Su questo ultimo punto, v. *ex multis*, M. Ambrus, *Comparative Law Method in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Light of the Rule of Law*, in 2 *Erasmus L. Rev.*, 353 ss. (2009).

⁷ P.K. Feyerabend, *Against Method: Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge* (1975), London, 1978, 66. V. anche M. Adams and J. Griffiths, *Against 'comparative method': explaining similarities and differences*, in M. Adams and J. Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, Cambridge, 2012, 279-301. Come ricorda M. Ferraris, in *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, 2012, 20, si tratta «della parte *destruens* di *A favore e contro il metodo*, un libro progettato con Imre Lakatos e mai scritto»; H.P. Glenn, «*Against Method*», in M. Adams and D. Heirbaut, *The Method and Culture of Comparative Law*, cit., 177 ss.

⁸ V. il progetto *Law and Neuroscience at Vanderbilt*, consultabile in <http://www.vanderbilt.edu/neurolaw/>.

⁹ D. Held, A. McGrew, D. Goldblatt and J. Perraton, *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture* Stanford, 1999, 15, ripreso da R. Michaels, *Globalization and Law: Law Beyond the State*, in R. Banakar and M. Travers (eds.), *An Introduction to Law and Social Theory*, 2nd ed., Oxford, 289 ss. (2013).

¹⁰ R. Michaels, *Globalization and Law*, cit. 4; S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009.

¹¹ R. Michaels, *Globalization and Law*, cit., 4.

¹² J. Basedow, *Comparative Law and its Clients*, cit., 4.

¹³ J. Husa, *Turning the Curriculum Upside Down: Comparative Law as an Educational Tool for Constructing the Pluralistic Legal Mind*, in 10 *Germ. L. Rev.* 914 (2010).

¹⁴ H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford, 4th. ed., 2010, 104.

¹⁵ Ancora H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, cit., 104.

¹⁶ E.P. Thompson, *Custom in Common*, New York, 1993, 86. Cfr. anche W. Twining, *Jurisprudence, Globalisation and the Discipline of Law: A New General Jurisprudence*, 2009, consultabile in SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1490104>, 4 ss.

globalizzazione a livello sub-globale. Questi processi possono essere inter-dipendenti fra di loro e, di conseguenza, lo studio comparato del diritto ha bisogno di indirizzarsi anche verso specifici contesti culturali¹⁷, da cui possono partire processi di circolazione di regole e soluzioni, *bottom-up*, che, partendo dal basso, si diffondano, successivamente, in contesti trans-nazionali o globali.

Nella prima parte di questo breve saggio prenderò in considerazione l'uso della metodologia nell'insegnamento del diritto comparato e in che misura possa contribuire alla formazione del giurista e, in particolar modo, a sviluppare le sue capacità di interpretazione¹⁸. Un paragrafo è, successivamente, dedicato al modo in cui il giudice di Corti sovranazionali dedica attenzione a questo problema. La seconda parte del saggio è dedicata alla utilità di una integrazione degli strumenti della metodologia classica – e, in particolar modo del metodo funzionale – con altri approcci, come, ad esempio, quello verticale. Pur essendoci diverse alternative tecnico-metodologico, si ritiene che la integrazione delle metodologie, anche attraverso la valorizzazione dell'approccio verticale, possa adattarsi ai recenti fenomeni di trasformazione che investono il diritto e molte delle sue categorie concettuali.

Sul piano stipulativo, non è facile definire il termine “diritto globale”¹⁹. L'aggettivo “globale” si presta a molteplici critiche, come osserva William Twining²⁰. Infatti, piuttosto che essere considerato un ordinamento giuridico indipendente, al di sopra dei singoli ordinamenti statali – una sorta di diritto universale –, secondo la prospettiva kelseniana, l'espressione “*Global Law*” indica l'emergere di fenomeni giuridici diversi, a carattere sovra-nazionale o trans-legale, che rendono strettamente interconnessi livelli sub-globali a carattere regionale o sub-nazionale²¹.

2. Il diritto globale *in the Classroom*

Le considerazioni fin qui svolte introducono due ambiti significativi in cui temi come il diritto globale, il pluralismo giuridico²² o le tradizioni legali possono essere sviluppati sul piano della ricerca comparativa. Per usare un'espressione di Basil Markesinis, si potrebbe dire che il diritto globale si può sviluppare “*in the Courtroom and Classroom*”²³. Il “diritto oltre lo Stato” se, da una parte, pone, infatti, interrogativi sul piano contenutistico tanto ai giudici quanto ai professori universitari, dall'altra, impone un ripensamento della stessa formazione dei giuristi, proprio alla luce delle diverse forme di globalizzazione che interessano il diritto²⁴. William Twining ha individuato molto dettagliatamente gli elementi strutturali dell'idealtipo della cultura giuridica e accademica occidentale, che, fatte alcune eccezioni, egli ritiene «*state-oriented, secular, positivist, 'top-down', Northo-centric, unempirical, and universalist in respect of morals*»²⁵. Egli ha, altresì, proposto un grande progetto scientifico, e cioè la creazione di una “*General Jurisprudence*”²⁶,

¹⁷ W. Twining, *Globalisation and Comparative Law*, cit., 81.

¹⁸ Su questo punto si fa espresso rinvio al saggio di O. Pfersmann, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, in 53 *Rev. intern. dr. comp.*, 275 ss. (2001).

¹⁹ S. Musa and E. de Volder, *Reflections on Global Law*, Leiden, 2013.

²⁰ W. Twining, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, Oxford, 2008, xviii, 14 s.

²¹ M. Xifaras, *Après les Théories Générales de l'État: le Droit Global?*, in 8 *Jus Politicum* (2008). Fra i numerosi scritti che fanno riferimento alla “Global Law”, G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, 1997, (che contiene il noto saggio *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, 3 ss.); S. Cassese, *Il diritto globale*, cit., W. Twining, *General Jurisprudence*, cit., 14.

²² Solo sul piano metodologico sia consentito rinviare a R. Scarciglia, *Methodological Pluralism and Legal Comparison*, in R. Scarciglia and W. Menski (eds.), *Islamic Symbols in European Courts*, Padova, 21 ss. (2014); Id., *Comparative Methodology and Pluralism in Legal Comparison in a Global Age*, in 6 *Beijing L. Rev.* 42 ss. (2015).

²³ B. Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom*, Oxford, 2003.

²⁴ Cfr. S. Cassese, *Il diritto globale*, cit., che utilizza l'espressione “Nel labirinto delle globalizzazioni”, 3 ss.

²⁵ W. Twining, *A Cosmopolitan Discipline? Some Implications of 'Globalisation' for Legal Education*, in 1 *J. Commonw. Leg. Ed.*, 6 (2009).

²⁶ V. anche B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford, 2001.

necessaria a interpretare i cambiamenti che stanno attraversando il diritto. Il saggio è noto e, per tale ragione, riprenderò soltanto alcuni spunti di riflessione. Credo che gli artefici di tale progetto possano essere principalmente due categorie di soggetti e cioè i professori universitari e i giudici. Quale contributo gli stessi possono dare allo sviluppo del diritto globale e, conseguentemente, alla formazione di un *global jurist*²⁷?

Partendo dalle aule universitarie, la prima considerazione riguarda, in primo luogo, i contenuti degli insegnamenti, in particolar modo comparatistici. È opinione condivisa che tanto il diritto comparato, quanto il diritto straniero, abbiano uno spazio limitato nel curriculum di studi dei corsi di giurisprudenza e, a maggior ragione, ancora minore spazio è dedicato alla metodologia²⁸.

Fra i contenuti dei principali insegnamenti comparativi, ritenuti necessari alla formazione del giurista, un posto di preminenza occupa il sistema delle fonti, tradizionalmente studiate dal punto di vista del diritto interno o regionale, termine questo con cui intendo aree estese geograficamente, come, ad esempio, quella dell'Unione Europea. Le fonti, e la loro interpretazione, rappresentano un passaggio obbligato, tanto nel diritto pubblico che in quello privato, per gli studenti dei corsi di base in queste materia. Ciò vale evidentemente sia per il diritto interno e, a maggior ragione, per il diritto comparato. Se questo fondamentale ambito di studio è analizzato dal punto di vista globale, il "campo visivo" – per usare l'espressione di Wittgenstein – si allarga vistosamente, estendendosi a regole non statali, fra cui leggi religiose, consuetudini, discipline giuridiche provenienti da soggetti tanto pubblici quanto privati. Nella letteratura giuspubblistica, pur rinvenendosi analisi riferibili a singoli ordinamenti oppure ad aree geografiche determinate, mancano, pur con qualche autorevole eccezione²⁹, studi ampi sulle fonti del diritto di taglio comparativo, che tengano conto non soltanto delle differenze sul piano della soluzione delle antinomie normative, ma anche dell'ampliamento degli spazi di regolazione in ambito globale, come dell'interpretazione delle fonti non statali e, in particolare, di quelle religiose.

Le trasformazioni del diritto hanno rivoluzionato il modo di studiare le fonti, ma soprattutto di compararle interpretando i fattori di differenziazione delle diverse tradizioni giuridiche che ne condizionano l'esistenza, l'operatività, la gerarchia, come la soluzione delle stesse antinomie. Inoltre, il confronto fra culture giuridiche diverse, impone, in qualche misura, l'esigenza di considerare non solo il modo di produzione delle fonti, ma anche, come si è detto, quello di interpretarle. L'accelerazione impressa ai fenomeni globali e la mobilità delle frontiere del diritto potrebbe rendere, di conseguenza, meno interessante una visione "parrocchiale" delle fonti, insufficiente a spiegare, sul piano interpretativo, i meccanismi di bilanciamento dei diversi fattori, che ne determinano contenuti e prevalenze, anche in rapporto alle istituzioni e ai soggetti che producono regole globali.

Regole giuridiche prodotte da poteri normativi (o paranormativi) attraversano lo spazio giuridico globale, mettendo in crisi le costruzioni dottrinali che vedono, nel paese destinatario di quelle regole, il soggetto autorizzato a produrre fonti legali per il loro ingresso. Accanto al diritto dei trattati internazionali o a quello consuetudinario, vi sono infatti norme non derivate da accordi, ma prodotte da autorità dotate di poteri normativi o i cui atti sono dotati di particolare forza nei confronti dei destinatari. Queste norme sono dirette non soltanto ai poteri pubblici, ma anche alla società civile all'interno degli Stati, come pure ai seguaci di una determinata religione.

²⁷ Cfr. C. Valcke, *Global Law Teaching*, in 54 *J. Leg. Educ.* 160 (2004).

²⁸ J. Husa, *Turning the Curriculum Upside Down*, cit., 918.

²⁹ Fra le poche eccezioni sul piano della manualistica, H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, cit.; ma anche in questa prospettiva M. Reimann and R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2008, in cui sono ricompresi i contributi di H. Muir Watt, *Comparative Law and the Process of Globalization*; C. Maillat, *Comparative Law and Islamic Legal Culture*; T. Bennett, *Comparative Law and African Customary Law*; M. Bussani and U. Mattei, *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, in cui alcuni saggi sono dedicati a tradizioni giuridiche non occidentali: cfr. T. Ruskula, *The East Asian Legal Tradition*; A.J. Jacobson and J.D. Bleich, *The Jewish Legal Tradition*; K.A. El Fadl, *Islamic Legal Tradition*; R. Sacco, *The Sub-Saharan Legal Tradition*.

Allo sguardo del comparatista appare abbastanza evidente come il confronto orizzontale fra regole, istituzioni e procedure, appartenenti allo stesso livello ordinamentale, non sia più soddisfacente, ove sui fenomeni giuridici e le soluzioni oggetto di analisi incidano fattori provenienti da attori globali, come si vedrà nel prosieguo di questo breve contributo. Peraltro, si può qui osservare che, se i presupposti con cui un tempo si affrontava, ad esempio, lo studio di istituti classici del diritto costituzionale – come sono, appunto, le fonti del diritto – appaiono inadeguati a interpretare questioni costituzionali che nascono al di fuori di uno Stato sovrano e che con esso possono scontrarsi, occorre rendere maggiormente dinamici e variegati gli strumenti di analisi utilizzati dal ricercatore.

La globalizzazione produce forme di reazione da parte degli Stati nazionali, sia a livello generale, che nella prospettiva della scienza giuridica. Dal primo punto di vista, possono verificarsi almeno tre approcci diversi: a) gli Stati si adeguano e sostanzialmente accettano la penetrazione dei problemi di carattere globale; b) gli Stati resistono al processo di globalizzazione; c) gli Stati producono, attraverso le loro politiche, problemi globali. In relazione al punto a), un ruolo significativo sul piano dell'interconnessione, e dell'integrazione fra ordinamenti giuridici, oltre lo Stato è svolto dalle corti, le quali hanno, per alcuni versi, un atteggiamento simile a quello degli Stati, come si avrà modo, a breve, di osservare a proposito del rapporto fra diritto globale e corti costituzionali o supreme. Si tratta di un primo approccio classificatorio, che, tuttavia, mette in evidenza come, in una dinamica verticale, appaia più difficile eliminare il campo interpretativo dalle variabili possibili. Come esempio, può essere indicata la diffusione – quale conseguenza dei fenomeni migratori –, del pensiero e del credo religioso in molte parti del mondo, compresi i Paesi a tradizione occidentale³⁰. In precedenza, si è posto in evidenza come l'Islam sia uno dei principali attori dei fenomeni di globalizzazione, anche tenuto conto che la religione islamica è la seconda religione del mondo dopo quella cristiana. Le migrazioni di cittadini stranieri di religione musulmana sono state studiate da molti profili, come quello sociologico³¹, economico, politico e giuridico e, da tutte queste analisi emerge l'importanza delle fonti del diritto e della *Sharia*'h, sia che si affrontino questioni attinenti ai valori costituzionali, alla libertà religiosa e di espressione, sia alla *rule of law*, come anche ai diritti umani.

Dopo l'11 settembre 2001, il fenomeno delle migrazioni dei cittadini stranieri e, in particolare, di religione islamica, è ritornato a essere oggetto di ampio dibattito per i gravissimi fatti di terrorismo verificatisi in Europa e in altre parti del mondo. Cresce di conseguenza l'importanza dello studio delle religioni “non occidentali” e delle altre tradizioni legali, come Patrick Glenn ha ampiamente dimostrato nel suo *Legal Traditions of the World*³². Nella formazione del giurista, appare sempre più difficile escludere questi ambiti di conoscenza, per le numerose implicazioni che vi sono sottese. Sul punto sono convinto, come altri comparatisti, che l'approccio con questi problemi, come sopra è stato rilevato, non possa che essere dinamico³³, per analizzare le trasformazioni degli istituti e dei fenomeni giuridici implicati nei meccanismi di globalizzazione, «*in light of the relativization of jurisdictional boundaries as markers of rule-generating and rule-administering*

³⁰ W. Twining, *Jurisprudence, Globalisation and the Discipline of Law*, cit., 7. Le Nazioni Unite stimavano che nel 2005, 191 milioni di migranti (corrispondenti al 3% della popolazione mondiale) vivevano al di fuori del Paese di nascita: v. UN DESA, 2006, *Trends in the Total Migrant Stock 2005*, New York: United Nations Economic and Social Affairs: Population Division, consultabile in www.un.org/esa/population/publications/migration/migration2005.htm.

³¹ Per tutti R. Inglehart and P. Norris, *Muslim Integration into Western Cultures: Between Origins and Destinations*, in Harvard Kennedy School, *Faculty Research Working Papers Series*, March 2009, consultabile in SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1354185>, 2.

³² H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, cit., 104.

³³ Su questo tema la bibliografia è molto vasta, cfr. fra i contributi più recenti: M. Adams, *Comparative Law in a Globalizing World*, in S. Musa and E. de Volder, *Reflections on Global Law*, Leyden, 2013, 131. Cfr., in tale prospettiva, la *Preface* di M. Bussani e U. Mattei, in M. Bussani and U. Mattei (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, cit.; A.E. Platas, *The Functional and Dysfunctional in the Comparative Method of Law*, in 12 *Electronic J. Comp. Law*, 2 (2008).

spaces»³⁴. L'aspettativa di chi sta dall'altra parte della cattedra è quella di ricevere gli strumenti necessari a compiere questo percorso, fra cui le conoscenze metodologiche, che diventano imprescindibili nel passaggio da un modo di comparare soltanto orizzontale a un approccio anche verticale, fra soggetti che non appartengono allo stesso livello nazionale o sovranazionale, come si dirà nel prosieguo di questo scritto. Da questo punto di vista, ci si chiede se lo stesso procedimento comparativo – che anima i corsi universitari di diritto comparato – non debba essere decostruito e ricostruito in una chiave globale. L'insegnamento del metodo sta assumendo un ruolo crescente nelle aule universitarie come dimostra la pubblicazione di opere scientifiche che vi dedicano ampio spazio e che, ad avviso di chi scrive, rappresentano una necessaria propedeusi per la comprensione dei fenomeni complessi che riguardano il diritto, sia in chiave micro che macro-comparativa³⁵.

Se il tema delle fonti del diritto assume una valenza così significativa in una prospettiva globale, analoga caratterizzazione assume la tutela dei diritti e, in particolare, la protezione dei diritti umani. Come osserva, in proposito, Alyson Brisk, le fonti che prevedono e garantiscono questi diritti non sono mai state così numerose e sviluppate, e gli attori transnazionali favoriscono in ogni modo lo sviluppo di diritti umani in una prospettiva globale³⁶. E allora come si spiega che si assiste assai frequentemente a nuove forme di violazione, che la rete ci trasmette con una velocità mai vista in precedenza? L'ampiezza dei fenomeni migratori, dovuta non solo alla ricerca delle migliori condizioni sociali, ma anche alla fuga di territori di guerra e di genocidio, riporta all'attenzione dei *legal scholars* la ricerca di soluzioni giuridiche che possano bilanciare i diritti dei migranti con la sostenibilità della loro tutela.

Pur non essendoci delle soluzioni completamente condivise – considerate le diverse variabili economiche, sociali, politiche e religiose implicate –, è opportuno, tuttavia, chiedersi se la globalizzazione favorisca prevalentemente meccanismi di convergenza oppure di divergenza fra gli Stati³⁷ e possa contribuire in modo significativo al formarsi di una *global rule of law*³⁸. Un altro fattore che incide in maniera significativa su tali processi è rappresentato dal gran numero di attori – sia pubblici che privati – che operano nell'arena globale, che contribuiscono alla definizione di una comune zona di impatto. In proposito, con riferimento proprio alla comparazione verticale, di cui al § 4, il patrimonio costituzionale di singoli Stati – e delle aree regionali in cui sono ricompresi, come ad esempio, nell'Unione europea – può essere trasposto dal basso (dagli Stati) verso l'alto (il livello globale), con un approccio di tipo *bottom up*. Questo passaggio può avviare un percorso giuridico e sociale verso la costruzione dal basso di un “*Global Basic Package*”, un insieme di diritti politici, sociali ed economici, a loro volta garantiti da un diritto globale, cui darebbero vita istituzioni globali, sovranazionali e statali, sia pubbliche che private, all'interno della surrichiamata zona di impatto comune³⁹. In tale prospettiva, il contributo dei comparatisti è senz'altro fondamentale a costruire le basi democratiche di un bene pubblico globale, non soltanto nelle arene internazionali, ma soprattutto in *classroom*, attraverso l'insegnamento del diritto e delle tradizioni giuridiche e culturali dell' “altro”.

3. ... and Courtroom

³⁴ K. Knop, R. Michels and A. Riles, *Transdisciplinary Conflict of Laws: Introduction*, in 71 *Law & Contemp. Probs.*, 1 ss. (2008).

³⁵ V., ad esempio, M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge, 2014, che dedica spazio significativo ai metodi classici del diritto comparato (111 ss.), anche in chiave “post-moderna” (97 ss.) e al *Global Comparative Law* (191 ss.).

³⁶ Cfr. ex multis M. Siems, *Comparative Law*, cit., 214 ss.; J. Raz, *Human Rights in the Emerging World Order*, in 1 *Transnat'l Leg. Th.*, 31-47 (2010); A. Brisk (ed.), *Globalization and Human Rights*, Berkeley and Los Angeles, 2002.

³⁷ D.S. Law, *Globalization and the Future of Constitutional Rights*, in 102 *Nw. U. L. Rev.*, 128 (2008).

³⁸ In tale prospettiva v. lo studio di R. Peerenboom (ed.), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, 2010.

³⁹ F.J. García, *Between Cosmopolis and Community: Globalization and the Emerging Basis for Global Justice*, in 54 *B. C. L. Rev.*, 40 (2013).

Un altro angolo visuale, da cui riflettere sulla metodologia comparativa, riguarda la c.d. giustizia globale⁴⁰, che si ricollega ai temi di cui si è fatto breve cenno e cioè le fonti giuridiche e i diritti. Non si tratta qui di prendere in esame, sul piano comparativo, istituzioni giudiziarie appartenenti a medesimi ordini (nazionali, sopranazionali, globali), ma piuttosto relazioni fra ordini giuridici nazionali e globali, come anche soltanto fra ordini globali. Ciò implica, necessariamente, che l'approccio del comparatista non possa limitarsi soltanto all'esame di analogie e differenze, ma tenga conto di fattori come la "sostenibilità della differenza"⁴¹ oppure la costruzione di un *common core* di principi e valori appartenenti alle diverse tradizioni giuridiche⁴². Da più parti, si è fatto, in proposito, riferimento al dialogo fra i giudici costituzionali e alla migrazione delle idee costituzionali, anche se diverso per intensità può essere il contributo di alcune giurisdizioni rispetto ad altre⁴³. Ritorna anche in questo caso l'immagine di un insieme intersezione in cui principi e valori si integrano, secondo schemi volontari di cooperazione intersoggettiva. Siamo ancora nella prospettiva anche verticale della comparazione. In particolare, anche sul tema della giustizia, è possibile valorizzare un approccio dal basso verso l'alto, che trasponga, a livello globale, principi, regole e valori condivisi⁴⁴.

Tuttavia, che cosa può accadere se una controversia riguardante un cittadino appartenente a uno Stato nazionale, la cui Costituzione garantisce le sue posizioni soggettive e il suo diritto a essere giudicato da una giurisdizione dello Stato cui come cittadino appartiene? «Se interviene un organismo terzo [...] è lecito interrogarsi sulla legittimazione di quest'autorità sovranazionale? [...] vi sono garanzie sufficienti nei confronti dell'attività dell'organismo internazionale?»⁴⁵. Preliminarmente, si può osservare che il rapporto fra autorità o corti, rispettivamente a carattere nazionale o internazionale, pur avendo differenti tratti peculiari⁴⁶, ha un carattere potenzialmente bidirezionale, per cui il giudice può utilizzare la comparazione «*in cases of legal rules with an international [or national] element*»⁴⁷. Rispetto al tema oggetto di analisi, possono essere prese in considerazione due diverse ipotesi: a) una corte o un organismo a carattere sovranazionale (o globale) può assumere una decisione che ricadrebbe nell'ambito della giurisdizione delle corti domestiche, oppure: b) una corte domestica può influenzare decisioni di ambito sopranazionale e/o imporre regole che possono incidere su attività transnazionali⁴⁸.

Per quanto riguarda il primo caso, una riflessione preliminare riguarda il carattere strutturale o funzionale della primazia del diritto globale. Questa seconda prospettiva sembra maggiormente convincente, ove si osservi che l'ordinamento inferiore – quello nazionale – non tenderebbe ad aprire completamente le porte a quello superiore⁴⁹, tenuto conto che, ad esempio, i soggetti che operano all'interno di uno spazio giudiziario globale «hanno una legittimazione solo indiretta, attraverso gli Stati»⁵⁰. Le reazioni degli Stati e le prassi delle corti nazionali possono essere diverse e la prevalenza delle regole imposte a livello globale non può ritenersi assoluta, «c'è, dunque, un ordine scalare, non una precisa gerarchia, fondata su criteri uniformi e rigidi di definizione dei diversi livelli e della forza giuridica delle norme»⁵¹. In relazione alla seconda ipotesi, è stato

⁴⁰ Su questo tema, v. P. Schiff Berman, *The Globalization of Jurisdiction*, in 151 *U. Pa L. Rev.*, 311 (2002).

⁴¹ H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, cit., 331.

⁴² S. Cassese, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, 6.

⁴³ S. Choudhry, *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2007, 6.

⁴⁴ S. Cassese, *I Tribunali di Babele*, cit., 7.

⁴⁵ Cfr. S. Cassese, *Il diritto globale*, cit., 19.

⁴⁶ E. Tjong Tjin Tai, *Global Law for Private Law*, in 17 *Tilburg L. Rev.*, 72 (2013).

⁴⁷ Sul punto cfr. M. Bobek, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, 2013, 20, e la distinzione nell'uso del diritto straniero da parte delle Corti in "Mandatory", "Advisable" e "Voluntary".

⁴⁸ C.A. Whytock, *Domestic Courts and Global Governance*, in 84 *Tul. L. Review*, 67 ss. (2009).

⁴⁹ Così S. Cassese, *I tribunali di Babele*, Roma, 2009, 82 s., secondo cui: «la prospettazione dei rapporti tra i due ordini giuridici, compiuta dalla Corte di giustizia, ricorda quella fatta dalla Corte costituzionale italiana dei rapporti tra ordine interno e ordine della Convenzione dei diritti dell'uomo».

⁵⁰ S. Cassese, *Il diritto globale*, cit., 144.

⁵¹ S. Cassese, *Il diritto globale*, cit., 146, con significativi richiami alla giurisprudenza delle corti nazionali e transnazionali, cui si fa espresso rinvio.

osservato che se tribunali o altre istituzioni domestiche interpretano una specifica norma nazionale perché si affermi a livello trans-nazionale, la stessa può realmente consolidarsi soltanto ove altri attori a carattere trans-nazionale – come gli Stati o altre istituzioni internazionali o globali – la facciano propria facendola circolare nei rispettivi ordinamenti giuridici⁵².

4. *Diritto globale e comparazione verticale*

Nei paragrafi che precedono, si è fatto cenno al problema della funzionalità degli strumenti metodologici utilizzati dalle diverse scienze per affrontare la complessità connaturata ai diversi fenomeni di globalizzazione e alla contestuale necessità di una lettura diacronica delle origini ctonie dei fattori giuridici. Come si è detto, il dibattito sul metodo risente di queste problematiche e non sorprende che vi possa essere una “*sliding scale of methods*” come mette in evidenza V.V. Palmer⁵³, pur tenendo conto del ruolo centrale svolto dal metodo funzionale per la comparazione giuridica di cui lo stesso rappresenta una sorta di paradigma⁵⁴. Tuttavia, come osserva Husa, il funzionalismo è piuttosto legato al contesto, ma non sarebbe seriamente in grado di prenderlo in considerazione in maniera completa⁵⁵. Del resto, se consideriamo che con l’espressione “metodo” si possono indicare tecniche con cui comparare, le quali hanno «ormai acquisito lo status di metodi caratterizzati da una propria autonomia, possiamo distinguere comparazioni sul piano storico, funzionale, evolutivo, strutturale, tematico, empirico, statistico, quantitativo e tutte queste forme di comparare possono essere considerate in una prospettiva micro o macro-comparativa, tanto orizzontale quanto verticale»⁵⁶. La presenza di metodologie diverse all’interno di contesti nazionali e internazionali favorisce la ricerca di elementi da iscrivere in un *common ground*, una *common zone of impact* – un insieme intersezione – dove può essere utilmente impiegata l’analisi comparatistica e unità elementari del diritto possono incontrarsi⁵⁷. In questa prospettiva, Patrick Glenn ha sostenuto l’esistenza di un “*New Common Law*” – diverso dal *Common Law* classico –, basato sull’idea che ogni sistema giuridico è composto da un insieme reversibile caratterizzato dalla comunicazione⁵⁸. Sul piano diacronico, della prospettiva della comparazione verticale nel diritto pubblico fa uso Felix Frankfurter, in un breve saggio pubblicato nel 1927 nella *University of Pennsylvania Law Review*, dal titolo *The Task of Administrative Law*, in cui analizzando i rapporti fra *judicial review* e diritto amministrativo, metteva in luce la necessità di studiare le trasformazioni del diritto amministrativo non soltanto da una prospettiva orizzontale, ma anche da una verticale⁵⁹.

⁵² C.A. Whytock, *Domestic Courts*, cit., 67 ss.

⁵³ V.V. Palmer, *From Leretholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology*, in 53 *Am. J. Comp. L.*, 262 ss. (2005); v. anche M. Reimann, *The Progress and Failure of Comparative Law*, in 50 *Am. J. Comp. L.*, 671 (2004).

⁵⁴ R. de La Grasserie, *Concept général et définition de la science du droit comparé*, (s.n.), consultabile in ftp://ftp.bnf.fr/580/N5809674_PDF_1_-1DM.pdf, 199 ss.; K. Zweigert e H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (trad. ing.), 3rd ed. a cura di T. Weir, Oxford, 1998, 34 ss.; M. Graziadei, *The Functionalist Heritage*, in P. Legrand e R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, 101 ss., secondo cui «We constantly resort to functional comparisons in daily life, to play, to work, to teach and learn, and, yes, to communicate with people who share beliefs about the world very different from our own».

⁵⁵ J. Husa, *Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility?* in 58 *Rev. intern. dr. comp.*, 1110 (2006).

⁵⁶ V.V. Palmer, *From Leretholi to Lando*, cit., 2.

⁵⁷ G. Mazzarella, *Le unità elementari dei sistemi giuridici*, Messina, 1922, 186 ss.

⁵⁸ H.P. Glenn, *On Common Laws*, Oxford, 2007, 19, che le definisce «multiple, interactive common laws; each radiating out from major centers [...], law common in relation to law that was particular».

⁵⁹ Secondo Frankfurter, “Therefore, a subject like “judicial review”, in any scientific development of administrative law, must be studied not only horizontally, but vertically, e.g., “judicial review” of Federal Commission orders, “judicial review” of postal fraud orders, “judicial review” of deportation warrants. For judicial review in postal cases, for instance, is coloured by the whole structure of which it forms a part, just as in land office cases, or in immigration causes or in utility valuations or in insurance license revocations, it derives significance from the nature of the subject matter under review as well as from the agency which is reviewed”. Da questa prospettiva v. in tempi recenti il *Global*

Ancora sul piano stipulativo, per “comparazione verticale” intendo non soltanto l’analisi di forme successive dello stesso sistema giuridico, secondo l’insegnamento di Bachofen nella magistrale opera *Mutterrecht*⁶⁰, ma anche la comparazione fra sistemi giuridici non appartenenti allo stesso livello e, addirittura, in senso diacronico e sincronico, come nella nota opera di Henry Wigmore, *A Kaleidoscope of Justice*, del 1941⁶¹. La comparazione verticale, intesa in questa ultima prospettiva, può essere affrontata da due diversi piani di analisi e, in primo luogo, partendo dall’alto verso il basso (‘top-down’), ad esempio, nel contesto di internazionalizzazione di norme e regole provenienti dagli ordinamenti nazionali, in cui il diritto dei singoli Stati incorpora concetti giuridici e istituti provenienti da un superiore livello ordinamentale⁶². In una seconda accezione prospettica, dal basso verso l’alto (‘bottom-up’), può ritenersi che la comparazione verticale abbia come finalità la trasposizione di regole, norme e concetti giuridici dal livello nazionale a quello internazionale⁶³.

Anche se la comparazione di tipo orizzontale è prevalente nella letteratura scientifica comparatistica, sia per quanto riguarda il diritto pubblico, che quello internazionale, alcuni autori interessati allo studio del diritto globale, hanno messo in evidenza la necessità di utilizzare il metodo comparativo anche da una prospettiva verticale, nelle due accezioni del “top-down” e del “bottom-up”, sopra richiamate. È stato osservato, in proposito, che la comparazione classica è stata sovente caratterizzata da un confronto in prevalenza orizzontale –, fra singoli ordinamenti, famiglie di ordinamenti statali, regole o singoli istituti. Questo tipo di comparazione, talvolta, trascura l’esistenza di regimi regolatori a livello internazionale, l’imposizione da parte di soggetti ultrastatali di regole globali, come anche di principi e valori che incidono sugli ordinamenti domestici⁶⁴ o che da questi potrebbero trarre matrici o fattori di sviluppo in ambito globale. Del resto, ove si consideri che vi sono diverse categorie di soggetti che fanno uso della comparazione (ad esempio, gli studiosi, a diverso titolo, all’interno dell’accademia universitaria, i giudici nelle corti, i tecnici all’interno delle istituzioni parlamentari, gli operatori pratici del diritto, in ambito pubblico e privato), appare evidente che per il raggiungimento del fine (o dei fini) che la comparazione persegue, si possono usare metodi diversi.

Da questi diversi interpreti e operatori del diritto ci si attende un contributo sempre più attivo, giacché, attraverso l’insegnamento, l’applicazione nelle aule di giustizia, l’interpretazione e la creazione di norme giuridiche, possono crescere la sensibilità e l’apertura verso altre tradizioni legali e culturali diverse da quella occidentale.

5. Conclusioni

A conclusione di questo contributo, svolgerò alcune brevi osservazioni che riguardano l’interrogativo posto nel titolo e cioè se, nella comparazione giuridica, la dimensione verticale si stia sviluppando, accanto ad altri metodi della comparazione giuridica – e, in primis, con il metodo funzionale – quale conseguenza di fenomeni globali. La risposta non può che essere positiva. La

Administrative Law Project dell’Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, in <http://www.iilj.org/gal/>; S. Cassese et Al. (eds.) IRPA-IILJ, 2012, *Global Administrative Law: The Casebook*, 3rd Ed., consultabile in SSRN: <http://ssrn.com/abstract=21140384>; B. Kingsbury, N. Krisch, R. Stewart e J.B. Wiener (eds.), *The Emergence of Global Administrative Law*, in 68 *Law & Contemp. Probs.*, 15 ss. (2005); S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, 2008, e, in particolare, il saggio *Dalla crisi dello Stato alla globalizzazione*. Per una visione critica, v. B. Singh Chimni, *Co-Option and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law*, in 37 *N.Y.U. J. Int’l L. & Pol.*, 799 (2005).

⁶⁰ J.J. Bachofen, *Mutterrecht*, Stuttgart, 1861.

⁶¹ J.H. Wigmore, *A Kaleidoscope of Justice: containing authentic accounts from all times and climes*, Washington, 1941.

⁶² A. Momirov, N. Fourie, *Vertical Comparative Law Methods*, cit., 295.

⁶³ A. Momirov, N. Fourie, *Vertical Comparative Law Methods*, cit., 296. Cfr. anche H.C. Gutteridge, *An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge, 1946.

⁶⁴ Cfr. A. Momirov, N. Fourie, *Vertical Comparative Law Methods: Tools for conceptualizing the International Rule of Law*, in 2 *Erasmus L. Rev.*, 291 ss. (2009).

presenza di metodologie diverse all'interno di contesti nazionali e sovranazionali favorisce la ricerca di elementi da iscrivere in un *common ground*, una *common zone of impact* – e cioè un insieme intersezione unità elementari del diritto, appartenenti a tradizioni giuridiche diverse possono incontrarsi. Per quanto riguarda i comparatisti, la metodologia orizzontale e, in particolar modo, l'approccio funzionale, hanno caratterizzato la maggior parte degli studi sino all'inizio del nuovo secolo. I fenomeni globali sul piano economico, giuridico, sociale e della comunicazione, hanno messo in rilievo come «*rules and institutions in a functional sense should be a part of the larger, cultural, social, economic and ideological whole*»⁶⁵.

Il comparatista si misura, oggi, con la complessità dei fenomeni globali e con l'esigenza di avviare un dialogo con altre culture e con altre scienze, per apprendere contesti in cui interpretare regole ed enunciati normativi. Non appare più sufficiente l'analisi di questi fattori relazionali con la semplice idea di internazionalizzazione, che, in qualche misura, influenza la legge. Appare, dunque, legittimo chiedersi se in molti, fra i *legal scholars*, riusciranno a convivere con una idea di globalizzazione che, inesorabilmente, trasforma, anche in senso cognitivo, il modo di guardare i fenomeni giuridici e lo stesso suo linguaggio. La mobilità delle frontiere del diritto ha prodotto, da una parte, meccanismi e strumenti sempre più efficaci di 'interconnettività globale'⁶⁶, e, dall'altra, gli stessi fenomeni globali hanno messo in crisi alcuni dei concetti giuridici alla base della tradizione giuridica occidentale – come nel caso dei "diritti umani", violati in molte parti del mondo –, pur costituendone parte del nucleo duro del patrimonio costituzionale⁶⁷. Le interrelazioni fra attori globali, che si caratterizzano per la loro «estensione [...], intensità, velocità e impatto»⁶⁸ incidono sullo sviluppo del diritto contemporaneo⁶⁹. L'approccio verticale alla comparazione ha sicuramente il merito di ricercare, implementando l'eredità funzionalista, un *common ground*, in cui il riconoscimento dell'"altro" sia maggiormente comprensibile. Del resto, a questa prospettiva ci riporta una rilettura della teoria di Santi Romano dell'esistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici coesistenti e interconnessi fra loro⁷⁰, e che, oggi, ci consente di valorizzare lo stesso modo di percepire il diritto comparato: non come meccanismo di "*domination and discrimination of the Other*"⁷¹, ma, piuttosto come strumento del pluralismo giuridico e del progressivo riconoscimento di un "diritto oltre lo Stato".

Roberto Scarciglia

Università di Trieste

Dipartimento di Scienze politiche e sociali

Piazzale Europa, 1, Trieste

roberto.scarciglia@dispes.units.it

⁶⁵ J. Husa, *Methodology of Comparative Law Today*, cit., 1102.

⁶⁶ R. Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014, 21.

⁶⁷ La bibliografia su questo tema è molto vasta, cfr. *ex multis*, C. Bunch, *Women's Rights as Human Rights: Towards a Revision of Human Rights*, in *12 Hum. Rts. Q.*, 486 ss. (1990); P. Sun, *Human Rights Protection in China*, Berlin, 2014, part. 137 ss.; L. Juma, *Human Rights and Conflict Transformation in Africa*, Mankon, 2013. Il dibattito non riguarda soltanto il patrimonio costituzionale occidentale, ma anche il rapporto fra stato costituzionale e diritti fondamentali nel mondo islamico: v. E. Mikunda Franco, *Derechos Humanos y Mundo Islámico*, Sevilla, 2001, 135 ss.

⁶⁸ D. Held, A. McGrew, D. Goldblatt and J. Perraton, *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture* Stanford, 1999, 15, ripreso da R. Michaels, *Globalization and Law*, cit., 4.

⁶⁹ R. Michaels, *Globalization and Law*, cit., 4.

⁷⁰ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918. Per una rilettura attuale della teoria, v. M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné (les forces imaginantes du droit, t. 2*, Paris, 2006; J.-L. Bergel (dir.), *Le plurijuridisme*, Marseille, 2005; .

⁷¹ A. Peters and H. Schwenke, *Law beyond Post-Modernism*, in *49 Int'l & Comp. L. Q.*, 822 (2000).