

**Rapid #: -24892941**

CROSS REF ID: **13116572630002021**

LENDER: **FUOBB (University Library of Bozen/Bolzano) :: Main Library**

BORROWER: **LSD (London School of Economics & Political Science) :: Main Library**

TYPE: Article CC:CCL

JOURNAL TITLE: Rivista critica del Diritto privato

USER JOURNAL TITLE: RIVISTA CRITICA DEL DIRITTO PRIVATO

ARTICLE TITLE: SOGGETTI DI DIRITTO E DIRITTI (FONDAMENTALI) DEL SOGGETTO

ARTICLE AUTHOR: ?

VOLUME: N/A/

ISSUE: N/A

MONTH:

YEAR: 2002

PAGES: 223-243

ISSN: 1123-1025

OCLC #:

Processed by RapidX: 7/16/2025 4:08:33 AM

---

Copy provided for personal use only for study or research purposes (Italian Law 633/1941 and subsequent amendments and additions).

---

di relativismo non marginale del carattere precettivo o descrittivo dell'una o dell'altra: che l'una o l'altra la si voglia considerare, secondo le diverse opzioni, di natura precettiva o di natura descrittiva è pur vero che la dimensione (precettiva o descrittiva) dell'una include inevitabilmente quella (descrittiva o precettiva) dell'altra.

## Soggetto di diritto e diritti (fondamentali) del soggetto: autonomia, linguaggio e diritto comparato\*

Umberto-Igor A. Stramignoni\*\*

### I. INTRODUZIONE

#### 1. Il paradosso dei diritti fondamentali

L'avvento dei diritti fondamentali<sup>1</sup>, rilanciato dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, ripreso dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, riconosciuto per le relazioni Est-Ovest dall'Atto finale di Helsinki del 1975, celebrato a gran voce a seguito degli eventi del 1989, e confermato dalla Carta Europea dei Diritti Fondamentali, costituisce senza dubbio uno degli aspetti più importanti della cosiddetta modernità. In che senso, però, l'avvento dei diritti fondamentali è così importante per la modernità?

Il premio Nobel Nadine Gordimer ha descritto la Dichiarazione Universale come un 'documento essenziale, la pietra di paragone, il credo dell'umanità che certo riassume ogni altro credo che abbia come scopo quello di regolare il comportamento umano'<sup>2</sup>. Elie Wiesel ha descritto i diritti proclamati dalla Dichiarazione Universale come una 'religione secolare di carattere mondiale'<sup>3</sup>. Per Antonio Cassese, l'avvento di quei diritti (oltre al principio di autodeterminazione dei popoli) ha introdotto 'germi di sovversione, destinati prima o poi ad intaccare ed erodere le strutture e le istituzioni tradizionali'<sup>4</sup>. Secondo Stefano Rodotà, infine, l'ideologia espressa dai diritti in questione 'per i valori che incorpora e le tensioni che esprime, almeno ci conferma che

\* Testo della relazione presentata al XV Colloquio biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato (AIDC), Messina-Taormina, 31 maggio - 1/2 giugno 2001.

\*\* Department of Law, London School of Economics and Political Science.

<sup>1</sup> Qui di seguito intendo l'espressione «diritti fondamentali» in senso ampio, inclusivo di quella di «diritti umani».

<sup>2</sup> 'The essential document, the touchstone, the creed of humanity that surely sums up all other creeds directing human behaviour' - N. Gordimer, *Reflections by Nobel Laureates*, in Y. Danieli et al. (ed.), *The Universal Declaration of Human Rights: Fifty Years and Beyond*, p. VIII.

<sup>3</sup> 'World-wide secular religion' - E. Wiesel, *A Tribute to Human Rights*, in Danieli et al., cit., p. 3.

<sup>4</sup> A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, 1988, p. 19.

la ragion d'essere d'un sistema giuridico non può essere integralmente risolta nella sua capacità di razionalizzare il sistema economico<sup>5</sup>.

Queste, com'è chiaro, sono solo alcune tra le voci più autorevoli che sottolineano l'importanza dell'avvento dei diritti fondamentali per la modernità. In tutte queste dichiarazioni (diverse tra loro), il messaggio di fondo consiste in ciò che l'avvento dei diritti fondamentali segnalerebbe un ridimensionamento senza precedenti dell'idea di sovranità nazionale e la corrispondente riaffermazione della *autonomia* fondamentale dell'individuo – un individuo che, appunto, è o dovrebbe essere autonomo nei confronti di stato ed istituzioni in quelle che sono le determinazioni fondanti del proprio essere individuale. In Europa, questo avvenimento è stato rafforzato dalla creazione di una Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo e di una Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – un meccanismo operativo che, nel suo insieme, pare (già da tempo) funzionare bene<sup>6</sup>. Eppure, al di là dell'ottimismo suggerito da tali opinioni, l'avvento dei diritti fondamentali sembra tutt'altro che compiuto. Il problema non è solo che, ad esempio, la Dichiarazione Universale è rimasta, in relazione alla protezione dei diritti dell'uomo contro gli abusi più gravi, *'largely dormant, coming to life in just a small number of inter-state applications so far'*<sup>7</sup>. Il problema, più inquietante, è che gli Stati sovrani, come lo stesso Cassese ammette, sono rimasti i veri detentori del potere<sup>8</sup>, e che l'ideologia dei diritti umani è comunque, come riconosce Rodotà, *'fitta di ambiguità e tradimenti'*<sup>9</sup>.

L'avvento dei diritti fondamentali, in altre parole, sembra essere accompagnato da un notevole *paradosso*. Da una parte, esso sembra avere avuto successo nel cominciare ad intaccare la sovranità degli stati nazionali. Oggi, chiunque (indipendentemente, cioè, dalla propria nazionalità) può iniziare un procedimento per la violazione dei diritti umani di coloro che fanno parte di quegli stati. Inoltre, l'avvento dei diritti umani sta funzionando da catalizzatore per un determinato tipo di riforme nazionali ed,

<sup>5</sup> S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, 1992, p. 31.

<sup>6</sup> A. Dzremczewski, *The Domestic Application of ECHO as European Security Law*, in 30 «International and Comparative Law Review», 1981; J.G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, 1990.

<sup>7</sup> D.J. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention of Human Rights*, 1995, p. 2. Per ulteriori aspetti del problema, v. Harris, O'Boyle, Warbrick, *loc.cit.*, pp. 34-36.

<sup>8</sup> Cassese, *I diritti umani etc.*, *ibidem*.

<sup>9</sup> Rodotà, *Repertorio etc.*, *ibidem*.

in questo senso, sta probabilmente contribuendo in misura considerevole all'armonizzazione delle leggi europee. I risultati, in particolare, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, in questo senso, sono buoni (anche se non ottimi). Nell'Irlanda del Nord, ad esempio, la posizione presa dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in *Dudgeon v U.K.*<sup>10</sup> ha fornito al governo un aiuto decisivo per superare la opposizione di una certa parte dell'elettorato nei confronti di leggi che garantissero l'attuazione del principio di eguaglianza tra cittadini per il caso di rapporti tra persone dello stesso sesso. In altri casi, peraltro, la Convenzione e le decisioni prese a Strasburgo non hanno avuto l'impatto sperato. Così, ad esempio, ci sono voluti quindici anni dalla decisione in *Tyler v U.K.*<sup>11</sup> prima che il Tynwald della Isle of Man arrivasse ad abolire le punizioni corporali<sup>12</sup>. Nell'insieme, comunque, non vi è dubbio che l'avvento dei diritti umani abbia cominciato ad intaccare, almeno in parte, il vecchio principio per cui quello che avviene all'interno dei confini nazionali è di competenza esclusiva dello stato interessato, a cominciare da quello che avviene a danno dei propri cittadini.

D'altra parte, però, l'avvento dei diritti fondamentali sembra avere allo stesso tempo *rafforzato* il potere degli Stati sovrani in maniera decisamente preoccupante. Per fare un solo, chiaro, recentissimo esempio, in un rapporto di 400 pagine, pubblicato il 22 febbraio 2001, l'organizzazione *Human Rights Watch* ha denunciato il fatto che in Africa, dove si trova il più alto numero per continente di commissioni governative per la protezione dei diritti umani – tali commissioni, in realtà, servono, molto spesso, a coprire ogni genere di abuso da parte di alcuni dei regimi più autoritari del mondo<sup>13</sup>. Il punto, dunque, è che se, ad esempio, la Dichiarazione Universale ha probabilmente favorito l'emergere – anche se debole, tenue ed impacciato – dell'individuo, all'interno di uno spazio prima riservato esclusivamente agli Stati sovrani<sup>14</sup>, è vero anche che, poi, questo individuo sembra spesso scomparire nella visibilità delle politiche umanitarie nazionali ed internazionali. Così, tra il 1948 e il 1992, l'Assemblea Nazionale delle Nazioni Unite ha adottato otto convenzioni sui diritti

<sup>10</sup> A 45 (1981).

<sup>11</sup> A 26 (1978).

<sup>12</sup> Criminal Justice (Penalties, etc.) Act 1993.

<sup>13</sup> *The Guardian*, 23 febbraio 2001.

<sup>14</sup> Cassese, *I diritti umani etc.*, cit., p. 49.

umani. Nello stesso periodo, però, una giunta militare ha annullato in Algeria i risultati delle elezioni generali. In Mynamar, un'altra giunta militare non solo ha annullato i risultati delle elezioni generali ma ha anche messo agli arresti domiciliari il nuovo leader eletto, Daw Aung San Suu Kye. Infine, buona parte del Medio Oriente rimane a tutt'oggi retto da governi autocrati che sembrano insensibili al discorso dei diritti umani (Siria, Arabia Saudita, Kuwait, Iraq, e Iran). Per fare un esempio arcinoto, una parte della società iraniana (il cui governo fu, peraltro, tra i firmatari della Dichiarazione Universale del 1948) è stata capace di emettere una condanna a morte «valida» per tutti i fondamentalisti islamici (dentro e fuori dall'Iran) ai danni di Salman Rushdie per il suo romanzo *Versi Satanici*, ritenuto dai *leaders* musulmani offensivo e blasfemo.

A che cosa è dovuto, dunque, questo paradosso?<sup>15</sup> In una certa misura, esso è dovuto, com'è chiaro, ad una serie di ragioni «tecniche». Così, ad esempio, per l'art. 29 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo,

Nell'esercizio dei suoi diritti e libertà, ognuno può essere sottoposto soltanto alle limitazioni stabilite dalla legge e dirette ad assicurare il riconoscimento e il rispetto dei diritti e delle libertà degli altri, ed a soddisfare le giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica.

Altre ragioni «tecniche» sono state identificate, ad esempio, in una crescita incontrollata della popolazione; in un aumento generale di xenofobia di carattere religioso, etnico e nazionalista; in una ecologia mondiale abbastanza fragile; e negli eccessi raggiunti da un commercio d'armi indiscriminato reso possibile da una industrializzazione continua a livello globale<sup>16</sup>. Al di là, però, di queste ed altre ragioni tecniche (valide in misura diversa a seconda dell'ambito geo-politico preso in considerazione), il paradosso rappresentato dall'avvento dei diritti fondamentali sembra essere dovuto ad un problema più serio. Una indicazione formale di quanto serio sia il problema è data dal fatto che, anche volendo limitare il nostro sguardo alle democrazie ad industrializzazione avanzata, i sostenitori dei diritti civili e politi-

<sup>15</sup> Su questo paradosso, vedi C. Douzinas, *The End of Human Rights* (Oxford: Hart Publishing, 2000).

<sup>16</sup> L. Menand III, *Human Rights as Global Imperative*, in *Conceptualizing Global History*, 1993.

ci continuano a scontrarsi con coloro che, invece, sostengono la priorità dei diritti economici, sociali e culturali. Alla Dichiarazione Universale si sono aggiunti, com'è noto, altri testi – quali il Patto sui diritti civili e politici ed il Patto sui diritti economici, sociali e culturali (entrambi del 1966) ed, oggi, la Carta Europea dei Diritti Fondamentali. Ma tale scontro non dà cenni di diminuire in quanto, com'è stato detto, esso affonda le proprie radici in un 'forte pregiudizio ideologico'<sup>17</sup>. Nel migliore dei casi, questo 'forte pregiudizio ideologico' costituisce un ostacolo in più da superare – quando, invece, esso non fornisce addirittura una vera e propria scusa per temporeggiare. È chiaro che questo 'forte pregiudizio ideologico' va inteso come un malessere comunque interno ad una opzione essenzialmente ed irrinunciabilmente liberale (nel senso ampio di questo termine). Occorre tuttavia porsi, con serietà, una domanda: qual'è l'origine di tale malessere?

## II. QUALE HUMANITAS?

### 2. La questione dimenticata della giustizia

L'avvento dei diritti fondamentali è la conseguenza di una serie di orrori che hanno funestato il 20° secolo e che sembrano aver portato alla più profonda crisi di legittimazione etico-politica che gli stati nazionali del cosiddetto Occidente abbiano mai sofferto dalla loro formazione ad oggi. I diritti fondamentali, in altre parole, sono la risposta che l'Occidente ha dato a sé stesso di fronte all'Olocausto ed alla bomba atomica. Quello che qui interessa mettere in evidenza è come la domanda, cui tali diritti tentano di rispondere, sia – che cosa sia l'uomo dopo Dachau, Hiroshima e Nagasaki. I *gulag* sovietici ed i Balcani, per fare solo due esempi particolarmente inquietanti, indicano quanto la crisi permanga e quanto una risposta alla domanda che cosa sia l'uomo continui ad essere assolutamente prioritaria. Una risposta che consista nella formula «meno sovranità nazionale, più autonomia individuale» sembra essere insufficiente. Cosa fare allora? Occorre, a mio avviso, un ripensamento radicale della questione dell'essere dell'uomo per la civiltà occiden-

<sup>17</sup> R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, in «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 15-25.

tale – un ripensamento su cui, poi, fondare un progetto concreto ma essenzialmente diverso di democrazia.

The twentieth century is the century of massacre, genocide, ethnic cleansing, the age of Holocaust. At no point in human history has there been a greater gap between the poor and the rich in the Western world and between the north and the south globally... But should our experience of the huge gap between the theory and practice of human rights make us doubt their principle and question the promise of emancipation through reason and law when it seems to be close to its final victory?<sup>18</sup>

L'avvento dei diritti fondamentali, la crisi cui esso tenta di rispondere, ed un ripensamento radicale della questione dell'essere dell'uomo investono, com'è chiaro, non solo il politico ma anche il giurista – cui si ripropone oggi la domanda seguente: che cos'è l'uomo per il diritto? Qual è, in altre parole, la *relazione* tra uomo e diritto? Per brevità, chiamerò tale questione più generale, più originaria, la «questione dimenticata della giustizia». Tale questione investe tanto il c.d. diritto pubblico che il c.d. diritto privato. In diritto privato, essa ruota attorno al concetto di autonomia privata – rimettendola in discussione. Qual è, in particolare, il senso più profondo di tale autonomia? Qual è, cioè, la relazione fondamentale tra uomo e diritto privato che si manifesta in tale autonomia?

In apparenza, la domanda sull'essere dell'uomo è una domanda tutt'altro che «dimenticata» – al contrario, essa sembra essere da sempre al centro delle preoccupazioni del pensiero occidentale. Da sempre, il pensiero occidentale cerca di determinare che cosa sia l'uomo – ovvero in che cosa consista la sua essenza, la sua *humanitas*. Diritti fondamentali ed umanesimo sono, in questo senso, strettamente collegati tra loro. Ma qual'è il senso di questo nesso? In che senso, cioè, i diritti fondamentali costituiscono, come bene è stato detto, 'il moderno tentativo di introdurre la ragione nella storia del mondo'<sup>19</sup>? Se provassimo a pensare il nesso tra diritti fondamentali ed umanesimo con serietà, il domandarsi quali siano gli effetti dell'avvento dei diritti fondamentali per il diritto positivo (ed, in particolare, per il diritto privato) assumerebbe un aspetto fino ad ora inimmaginato.

<sup>18</sup> Douzinas, *The End etc.*, cit., p. 2.

<sup>19</sup> Cassese, *I diritti umani etc.*, cit., p. 80.

Non sarebbe possibile esaminare in questa sede l'intero corso della storia del pensiero occidentale. Intendo soffermarmi, dunque, solo sulla epoca moderna, o sulla cosiddetta «modernità», ed anche per quello che riguarda la modernità, mi limiterò esclusivamente ad un punto. Ovvero, mi interessa sottolineare come questo caparbio umanesimo occidentale (che è anche un'antropologia) sia, da sempre, un umanesimo metafisico. Nella descrizione offertane da Heidegger nell'ambito della sua analitica esistenziale ed, in particolare, della differenza tra Essere ed ente,

[o]gni umanesimo o si fonda su una metafisica o pone se stesso a fondamento di una metafisica. È metafisica ogni determinazione dell'essenza dell'uomo che presuppone già, sia consapevolmente sia inconsapevolmente, l'interpretazione dell'ente, senza porre la questione della verità dell'essere<sup>20</sup>.

In questo senso, si può dire che il tempo «moderno» occidentale comincia con Cartesio (piuttosto che con una data o con un'altra). Meglio ancora, il tempo moderno comincia con il «cartesianesimo» o «cartesianesimo». Con Cartesio, infatti, avviene un decisivo passo in avanti da parte della filosofia occidentale in quella direzione per cui 'a poco a poco la filosofia diventa una tecnica della spiegazione a partire dalle cause supreme'<sup>21</sup>. Nel suo *Discorso sul metodo* (pubblicato nel 1637 come prefazione al *De Mundo*), Cartesio cercò di spiegare in un linguaggio il più possibile accessibile ad un pubblico non specialistico quelli che erano i punti fondamentali della sua filosofia. Centrale, in questo senso, era, da una parte, la ricerca di alcune verità universali che consentissero di conoscere la realtà esterna; dall'altra, l'aver realizzato come il dubbio sistematico conduce alla scoperta della prima di tutte le verità, ovvero, il famoso '*cogito ergo sum*'.

Quello che interessa qui chiarire è come, con il suo pensiero, Cartesio riuscì nel suo intento di gettare le fondamenta di una nuova metafisica – una metafisica in grado di sostituire la storia della rivelazione, contenuta e conservata nei testi principali della Cristianità, con la rivelazione della storia – nel senso specifico della rivelazione di un mondo esterno capace di spiegare, come tale, l'essenza dell'uomo che in tale realtà esterna

<sup>20</sup> M. Heidegger, *Lettera sull'umanesimo*, p. 42 s.

<sup>21</sup> P. Prini, *Storia dell'esistenzialismo*, 1989.

nasce, si muove e muore. Cartesio pone la ragione umana e, quindi, l'uomo al centro dell'universo – e, così facendo, egli celebra un nuovo umanesimo basato sulla scoperta della radicale autonomia che può derivare all'individuo dall'uso della ragione nella vita di ogni giorno. Questa ragione, insomma, 'born of reflection on living experience... is intended to authorize a return to experience at a higher level of awareness and ultimately to a complete domination of the real'<sup>22</sup>. D'altra parte, tale umanesimo è, precisamente, un umanesimo metafisico – nel senso che, riducendo l'universo ad una serie di cause ed effetti identificabili dalla ragione umana – esso, di fatto, genera una norma esterna su cui misurare e poi giudicare l'esperienza dell'individuo in quanto tale.

Cartesianismo, prima, e – poi – critica kantiana, idealismo, romanticismo e storicismo contribuiranno, tutti, a rafforzare il rovesciamento operato da Cartesio a metà del 17° secolo. Da ora in poi, la Storia prende il posto delle Scritture e comincia ad avanzare ad un passo sempre più veloce. Al suo centro, essa mantiene saldo l'uomo, la sua ragione e, quindi, la sua *autonomia*. Quest'uomo, però, questo individuo non è più il figlio di Dio. Piuttosto, egli è diventato il dio di sé stesso.

### 3. Autonomia privata

Diritti fondamentali ed umanesimo sono, dunque, strettamente collegati tra loro. I primi non sono che una ulteriore espressione del secondo. Al centro di entrambi si trova una potente metafisica dell'uomo. Ma cosa significa questo per il diritto positivo ed, in particolare, per il diritto privato? Le risposte che, finora, sono state date a tale domanda, rappresentano indubbiamente contributi preziosi ma, da un certo punto di vista, insufficienti. Esse sono insufficienti perché non vanno fino al fondo della questione centrale – che cosa sia l'uomo per il diritto privato. Al contrario, esse presuppongono determinate idee su ciò che l'uomo è – che, però, come vedremo, finiscono per abbandonare e, poi, dimenticare la singolare esistenza della persona umana e, con essa, la sua singolare dignità.

<sup>22</sup> F.E. Sutcliffe, *Introduction*, in *Descartes on Method and the Meditations*, 1968, p. 14.

L'uomo è, per il diritto privato italiano, un ente dotato di autonoma capacità giuridica e di agire. Tale autonomia è e rimane, in questo senso, assolutamente centrale per il diritto privato e, com'è noto, essa fonda la distinzione stessa tra diritto pubblico e privato<sup>23</sup>. Essa, in particolare,

importa il potere del singolo di regolare nel modo che egli ritiene di suo interesse i molteplici rapporti giuridici che sono il contesto delle attività economiche e delle relazioni personali. In effetti, l'autonomia privata si esplica mediante negozi giuridici, e cioè dichiarazioni dispositive alle quali l'ordinamento fa seguire effetti giuridici conformi all'intento del dichiarante (si pensi al contratto, al testamento, al matrimonio e così via), e si svolge, naturalmente, entro i limiti assegnatigli dal diritto. In questa area essa viene riconosciuta e rispettata, prescindendosi da ogni valutazione di merito circa la giustizia e l'opportunità della decisione del singolo<sup>24</sup>.

I limiti di tale autonomia sono stati, nel tempo, riconosciuti e regolati. In questo senso, dunque, l'avvento dei diritti fondamentali sembra costituire una terza fase, una fase in cui tale autonomia, ed i suoi limiti, vengono rimessi ancora una volta in discussione. In particolare, molti si chiedono, oggi, quale sia il «costo» di tale terza fase per l'autonomia privata<sup>25</sup>.

Eppure, il fatto che l'avvento dei diritti fondamentali abbia inaugurato l'individuo come soggetto di diritto internazionale – non soltanto pone il problema di *misurare* l'impatto di quei diritti per l'autonomia privata, ma, com'è chiaro, ri-propone anche il problema (questo, sì, fondamentale) del senso nascosto di tale soggettività, del senso nascosto dell'essere un soggetto autonomo di diritto privato. Che cosa significa, dunque, essere un soggetto autonomo di diritto privato? In prima battuta, possiamo

<sup>23</sup> Secondo la migliore dottrina, infatti, la distinzione tra diritto pubblico e privato non si fonda né sulla qualità dei soggetti né sulla natura degli interessi in gioco – ma [d]ipende invece dal tipo di rapporto, secondo che esso si svolga su un piano di *parità giuridica* e in base a un principio di *autonomia dei soggetti*, o invece organizzati o manifesti l'esercizio di *poteri di supremazia* – P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, 1986, p. 27.

<sup>24</sup> Trimarchi, *Istituzioni* etc., cit., p. 48.

<sup>25</sup> Sugli effetti della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo sul diritto positivo, v., ad es., i lavori della II Settimana di studio del Dottorato «Diritti dell'uomo: evoluzione, tutela e limiti» (1-5 giugno 1998), organizzata presso il Dipartimento di studi su Politica, diritto e società dell'Università di Palermo – pubblicati in «Ragion Pratica», VI, 1998, n. 11. Per gli effetti della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo per il diritto privato del Regno Unito, v. A. Clapham, *Human Rights in the Private Sphere* (Oxford: Clarendon, 1996).

notare come il rapporto tra diritto e uomo moderno che si manifesta nell'essere soggetto autonomo di diritto privato sembri essere caratterizzato da una relazione di *riconoscimento* – secondo la vecchia tradizione occidentale della equivalenza tra verità e giudizio (poi incapsulata dalla definizione tomistica della *adaequatio rei et intellectus*). Ma che cosa significa, poi, tale riconoscimento? Esso significa che il singolo è *autonomo* in quanto, innanzitutto, esso sia riconosciuto, cioè *misurato*, come soggetto di diritto. La verità sul singolo corrisponde al giudizio di esso come individuo, come soggetto di diritto, in ultima analisi, al giudizio di esso come «uomo». Com'è chiaro, dunque, anche il riconoscimento della singolare esistenza dell'uomo da parte del diritto diventa una metafisica, esso fa seguito alla determinazione, più o meno esplicita, più o meno diffusa, dell'*essenza* del singolo come «uomo», come «individuo», come soggetto, appunto, di diritto. E, di là, come soggetto *autonomo* di diritto.

L'umanesimo etico-politico dei diritti fondamentali, insomma, invita a riflettere sull'umanesimo *giuridico* che caratterizza la storia del pensiero occidentale. L'avvento dei diritti fondamentali, allora, non esaurisce, anzi rilancia, la domanda (che non è una domanda di valore) sul *sensu* dell'uomo per il diritto e, in particolare, del senso stesso dell'autonomia di diritto privato. Da questo punto di vista, l'autonomia non interessa tanto come regola di una norma né, a ben vedere, come norma di una regola, piuttosto, essa interessa in ciò che rivela, e rivelandosi nasconde, della relazione tra uomo e diritto privato<sup>26</sup>.

In breve, possiamo dire che l'umanesimo giuridico che caratterizza il pensiero occidentale sta in ciò che cartesianismo, critica kantiana, idealismo, romanticismo e storicismo hanno tutti contribuito al progressivo appropriarsi da parte dello Stato e del suo ordinamento giuridico dell'uomo inteso sempre meno come un *prius* e sempre più come una creazione dello Stato e dell'ordinamento stesso. Di questa appropriazione, Kelsen, com'è noto, offre l'esempio forse più estremo ma (proprio per questo)

<sup>26</sup> Nell'ambito del pensiero occidentale, il diritto avanza da sempre la pretesa di essere esso stesso, e non la filosofia, il *locus* eminente per la determinazione della verità dell'essere. Il diritto, si è più volte e da più parti sostenuto, è *vera philosophia*. Non possiamo, qui, entrare nel merito di tale, titanica contesa tra diritto e filosofia. Possiamo chiederci, però, se ed in che senso, in Occidente, il diritto si sia sviluppato, appunto, come fonte e, ad un tempo, riflesso di un umanesimo più generale. Tali considerazioni dovrebbero condurci più in prossimità della questione del rapporto tra diritti fondamentali, autonomia privata e diritto comparato.

più chiaro<sup>27</sup>. Il paradosso, però, sta in ciò che – se tale umanesimo ha trasformato il singolo in «uomo», «donna», «coniuge», «padre», «madre», «bambino», «disabile», «proprietario», «lavoratore», «acquirente», «venditore» etc. – il singolo esiste, oggi, per il diritto privato solo più in quanto, appunto, soggetto di diritto di volta in volta così identificato.

Certo, la diffusione di principi di uguaglianza formale e la messa appunto di strategie collettive e solidali di attuazione dei diritti del soggetto di diritto ha ovunque «temperato» il rigore kelseniano. È chiaro, infatti, che

[I]e disparità di potere giocano pesantemente. Tra lavoratore e impresa... Tra cittadino schedato e banche dati... Tra consumatori e imprese... Tra vittima e autore di particolari reati<sup>28</sup>.

Eppure, tutto questo sembra aver avuto un prezzo piuttosto alto<sup>29</sup>. Di qui, il suggerimento, prezioso, di avviare la ricerca di una 'logica che, pur quando è individualistica, non è per questo proprietaria'<sup>30</sup>. Ma come impostare questa ricerca? E come includere in questa ricerca non solo il soggetto di diritto ma anche i diritti *fondamentali* del soggetto? Tali diritti, infatti, risentono anch'essi, come si è detto, dell'umanesimo metafisico che caratterizza tutta la storia del pensiero occidentale<sup>31</sup>. Si pensi, ad

<sup>27</sup> Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, tr. it., Torino, 1966, p. 173 ss. Sul tema, v. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939; Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in «Jus», 1960, p. 149 ss.; P. Barcellona, *I soggetti e le norme*, Milano, 1984; e *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 11-12, 1982-1983, Milano, 1983.

<sup>28</sup> Rodotà, *Repertorio* etc., cit., p. 98.

<sup>29</sup> Non credo che l'intera vicenda del diritto moderno possa essere spiegata adoperando il metro della creazione del soggetto astratto e dei suoi attributi come svuotamento di senso degli individui concreti ed occultamento dei reali rapporti di potere. Eguaglianza formale e universalismo dei diritti hanno avuto pure questa funzione: ma soprattutto sono apparsi, e sono stati, gli strumenti di potentissimi di disaggregazione di un ordine sociale e politico nel quale le diversità squaudente, e riconosciute come tali, chiudevano in gabbie, imponevano gravosissime servitù, lasciavano spazio solo a solidarietà elargite e duramente pagate', Rodotà, *Repertorio* etc., cit., p. 101.

<sup>30</sup> Rodotà, *Repertorio* etc., cit., p. 104 ss.

<sup>31</sup> Si pensi, ad esempio, alla seguente definizione di diritto fondamentale, utile (secondo l'autore della definizione in questione) a verificare quanto un diritto sia o meno fondamentale: '[S]ono diritti fondamentali tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a tutti gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire; inteso per diritto soggettivo qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica, e per *status* la condizione di un soggetto prevista anch'essa da una norma giuridica quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono l'esercizio' (L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, p. 3).

esempio, all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (diritto al rispetto della vita privata e familiare); o all'art. 9 (libertà di pensiero, coscienza e religione); o all'art. 10 (libertà di espressione); o all'art. 12 (diritto al matrimonio e alla famiglia); o, anche, all'art. 17 (divieto dell'abuso di diritto). O si pensi, oggi, alla Carta Europea dei Diritti Fondamentali, che, al di là della terminologia adottata (assai incerta ed oscillante), torna a dichiarare, in chiusura e quasi di «soppiatto», come

[n]essuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri<sup>32</sup>.

In tutto ciò, il linguaggio dei diritti fondamentali si unisce, dunque, a quello di diritto privato per annunciare o ripetere, ufficialmente, l'avvento ed i limiti dell'autonomia fondamentale dell'individuo. Se, infatti, diritti fondamentali ed autonomia privata appartengono entrambi ad un unico «gesto» con cui l'umanesimo etico-politico e l'umanesimo giuridico dell'Occidente trasformano il singolo in soggetto, essi, come vedremo, rischiano, allo stesso tempo, di abbandonare e poi dimenticare l'essere del singolo, cioè la singolare dignità della sua esistenza.

Insomma, l'ossessione del pensiero occidentale con la determinazione metafisica dell'essenza dell'«uomo» ha portato a trascurare il problema della verità dell'essere del singolo. Le conseguenze etico-politiche e giuridiche di questa mancanza sono state di una gravità e, ripetutamente, di una violenza inimmaginabile e, per le nuove generazioni, forse, ancora, sostanzialmente inimmaginabili. Tale mancanza, dunque, ripropone urgentemente la questione della relazione tra uomo e diritto, quella che, appunto, ho descritto come la «questione dimenticata della giustizia». Il problema che qui porrei, dunque, è se sia possibile un *pensiero non metafisico del diritto*, nel senso specifico di un pensiero che sia rammemorazione, recupero dell'essere del singolo ormai dimenticato nel funzionalismo derivante da una caparbia metafi-

<sup>32</sup> Art. 53.

sica dell'uomo. Una sempre più precisa descrizione di ciò che l'uomo è, accelerata esponenzialmente dall'avvento e poi dal trionfo della tecnica, sembra infatti aver portato alla progressiva scomparsa del singolo dal diritto. In che senso? Nel senso che un diritto ossessionato dalla determinazione di ciò che l'uomo è, ha trasformato l'uomo in soggetto di diritto, e, così, lo ha *assoggettato* al diritto stesso. In questo soggetto, in questo assoggettamento, l'essere del singolo è, però, progressivamente scomparso – la sua esistenza dimenticata<sup>33</sup>.

Qual è, dunque, la relazione tra uomo e diritto che si manifesta, in maniera originaria, nell'autonomia del soggetto di diritto privato? Che cosa *fa* il diritto (privato) dell'uomo e, quindi, della sua dignità fondamentale, cioè della dignità singolare della sua esistenza?

### III. IL COMPARATISTA COME POETA

#### 4. Linguaggio e abbandono

Altrove, ho offerto alcuni elementi iniziali di riflessione su questa domanda centrale per il diritto privato europeo ed occidentale esprimendomi in termini di relazione tra diritto e vita quotidiana, ed ho descritto tale relazione come una relazione di *abbandono*<sup>34</sup>. «Abbandono» è un termine che, naturalmente, va compreso qui in un senso ben preciso, sul quale tornerò tra breve. Qui, d'altra parte, mi preme innanzitutto chiarire come, quando si pensi al diritto privato, la cosiddetta autonomia privata, che ne costituisce il fulcro, rappresenti il *dire* di tale relazione, il *dire* di tale abbandono tra uomo e diritto, tra diritto e vita quotidiana. Questo *dire* è importante perché, in una certa misura, esso è costitutivo. Linguaggio e diritto, cioè, sono connessi in maniera essenziale, etimologicamente fondante. Nel *dire* l'autono-

<sup>33</sup> Il tema, in questo senso, della apparizione e della scomparsa della persona umana potrebbe costituire un esempio interessante. Si pensi, in particolare, alla morte fisica e alla scomparsa della personalità giuridica. La morte della persona fisica e la scomparsa della personalità giuridica non significa affatto la scomparsa, il venir meno di alcuni diritti della personalità. Il soggetto di diritto, insomma, sopravvive al singolo che ne era il *substratum* umano.

<sup>34</sup> U.-I.A. Stramignoni, 'A simple, straightforward rule': diritto, abbandono e land contracts in diritto inglese, in «Riv. dir. comm.», 7-8/9-10, 2000, pp. 417-443; *When Law Stands Still: Land Contracts in English Law and Law's Abandonment of Everyday Life*, in 12 «Law & Critique», April, 2001.

mia del soggetto e nel *dire* i diritti (fondamentali) di quel soggetto, il linguaggio del diritto privato ed il linguaggio dei diritti fondamentali sono in grado di fondare il singolo come autonomo soggetto di diritto dotato, appunto, di diritti fondamentali che ne sostengano l'autonomia. Da questo punto di vista, lo scetticismo di alcuni studiosi come R.J. Vincent (che, tra i primi, propose di parlare di diritti umani, di diritti fondamentali, come del *vocabolario* piuttosto che non come della *idea* del nostro tempo<sup>35</sup>) sembra essere decisamente fuori luogo. Diritti umani, diritti fondamentali ed, in particolare, autonomia privata sono senz'altro un qualche cosa di molto più serio che non semplice retorica. Eppure, il problema, paradossalmente, è proprio questo. Sembra, appunto, che proprio in questo nesso essenziale tra linguaggio e diritto si manifesti, nascondendosi, il paradosso più inquietante di quella autonomia privata e di quell'avvento dei diritti fondamentali che sembrano caratterizzare questa nostra modernità. Il singolo, insomma, risulta tanto più soggetto a logiche di potere quanto più se ne dichiara l'autonomia come soggetto di diritto e come portatore di diritti fondamentali del soggetto.

Ma in che cosa consiste, veramente, tale paradosso? Più precisamente, tale paradosso ha origine in ciò che il linguaggio del diritto privato e, poi, quello dei diritti fondamentali tendono a far «abbandonare» e, poi, dimenticare l'essere dei singoli, la loro esistenza, la loro particolare dignità. Questo essere, questa esistenza, è «linguaggio» esso stesso, qui, però, inteso non come mera espressione, segno o significato che (nel nostro esempio) inauguri, sostenga o riaffermi l'autonomia fondamentale del soggetto. In questo senso, infatti, il linguaggio non sarebbe altro che uno «strumento di dominio sull'ente»<sup>36</sup>. Piuttosto, l'essenza del «linguaggio» di cui si parla ora (un «linguaggio» che l'umanesimo giuridico occidentale ha lasciato da sempre in ombra e, poi, dimenticato) è il suo essere linguaggio dell'essenza, né espressione né attività dell'uomo<sup>37</sup>. Esso è avvento (*Ankunft*), l'avvento, appunto, «diradante-velante dell'essere»<sup>38</sup>. Questo linguaggio – nel quale l'uomo dimora – parla e, nel suo parlare, esso «chiama la differenza, la quale porta mondo e cose nella sem-

<sup>35</sup> R.J. Vincent (ed.), *Foreign Policy and Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986, p. 264.

<sup>36</sup> Heidegger, *Lettera etc.*, cit., p. 39.

<sup>37</sup> M. Heidegger, *Il linguaggio*, p. 33.

<sup>38</sup> Heidegger, *Lettera etc.*, cit., p. 50.

plicità della loro intimità, consentendo loro di essere se stesse<sup>39</sup>. In questi termini, l'uomo parla solo in quanto egli «corrisponde al linguaggio» e questo «corrispondere è ascoltare»<sup>40</sup>. Ecco perché, da questo punto di vista, «non ha nessuna importanza proporre una nuova concezione del linguaggio. Quel che solo conta è imparare a dimorare nel parlare del linguaggio»<sup>41</sup>.

È, dunque, nel linguaggio – e non altrove – che va cercato il senso più nascosto ed, allo stesso tempo, il senso più autentico, cioè iniziale, della soggettività di diritto privato e, con essa, della soggezione del singolo a tale diritto. Ma occorre «pensare l'essenza del linguaggio partendo dalla sua corrispondenza all'essere, e intenderla proprio come questa corrispondenza, cioè come dimora dell'essere umano»<sup>42</sup>. Il linguaggio al quale occorre volgere il pensiero non è, dunque, quello dell'uomo ma, piuttosto, quello che parla nel silenzio dell'uomo. Infatti, è «[s]olo per il fatto che nel parlare quotidiano il linguaggio *non* si fa parola, ma si trattiene piuttosto in se stesso» che «noi siamo in grado di parlare una lingua, e, parlando, di trattare e discutere di e su qualcosa»<sup>43</sup>. Solo pensando in questo modo, insomma, il paradosso fondamentale del diritto privato e dei diritti fondamentali si potrà chiarire in tutta la sua verità. Si potrà comprendere, cioè, come nella misura in cui il linguaggio dell'autonomia privata e quello dei diritti fondamentali rilanciano e rafforzano l'autonomia individuale – essi rischiano, d'altra parte, di rafforzare la soggezione del singolo al diritto nel senso preciso di abbandonarne e, poi, dimenticarne l'esistenza, cioè la dignità sua più originaria.

Se, dunque, la relazione fondamentale tra uomo e diritto privato si nasconde nel *dire* del linguaggio di diritto privato che costituisce l'uomo come soggetto autonomo di diritto, la figura di tale relazione sembra essere quella dell'*abbandono* tra uomo e diritto, tra diritto e vita quotidiana, un abbandono che l'avvento dei diritti fondamentali, poi, non riduce ma potenzia. Questo «abbandono» non è da intendersi come un allontanamento del diritto dall'uomo, un disinteressarsi del diritto rispetto alla vita quotidiana, a quella fiducia, creatività, lealtà, immaginazione, etc. che spesso costituiscono il progetto esistenziale del singolo

<sup>39</sup> Heidegger, *Il linguaggio*, cit., p. 43.

<sup>40</sup> Heidegger, *Il linguaggio*, cit., p. 43.

<sup>41</sup> Heidegger, *Il linguaggio*, cit., p. 43.

<sup>42</sup> Heidegger, *Lettera etc.*, cit., p. 60.

<sup>43</sup> M. Heidegger, *L'essenza del linguaggio*, p. 128 s.

in alternativa e, spesso, in opposizione a quello proposto dal diritto stesso. Se così fosse, il singolo sarebbe libero nel suo progetto ed, allo stesso tempo, il diritto sarebbe in grado di svolgere il proprio compito se ed in quanto richiestone. Il diritto, in altre parole, sarebbe in grado di disinteressarsi veramente a quei progetti esistenziali alternativi – fino, appunto, al momento ed entro i limiti in cui non si trattasse di svolgere la propria funzione specifica. Ma proprio questa «indifferenza», su cui insistono coloro che attendono il compimento di una sorta di razionalità interna del sistema giuridico, proprio questa indifferenza rappresenta, nei fatti, l'abbaglio più inquietante del pensiero giuridico occidentale. Il punto è che il diritto non si limita affatto a regolare soltanto ciò che rientra nella propria giurisdizione. Piuttosto, esso trattiene, *tiene al bando*, vincola a sé stesso l'intera vita quotidiana, ogni progetto alternativo, che, quindi, non ha altra scelta che *abbandonarsi* al diritto, al suo dire, cioè al suo bando<sup>44</sup>.

Comprendere come il rapporto tra uomo e diritto, tra diritto e vita quotidiana risieda in questo abbandono è importantissimo, in quanto in esso si nasconde nulla di meno che la legittimità stessa del sistema giuridico occidentale<sup>45</sup>. Autonomia privata ed avvento dei diritti fondamentali, dunque, vanno, anch'essi, pensati in relazione a tale abbandono. L'abbandono che, appunto, rende possibile l'avanzare di un soggetto sempre più autonomo e sempre più dotato di diritti fondamentali, lascia nell'ombra e poi dimentica ogni esistenza che, non rispondendo per la sua singolarità all'appello della legge, viene dalla legge abbandonata, messa al bando e poi dimenticata. Queste esistenze, così singolari, costituiscono territori al margine – né all'interno né all'esterno del sistema giuridico, né di qua, né di là. Queste esistenze, però, costituiscono anche il terreno che la legge recinta di filo spinato per elevare i propri templi, organizzare i propri mercati, costruire i propri ospedali, avviare le proprie scuole, erigere i propri tribunali, concepire le proprie prigioni. L'abbandono della singolarità dell'esistenza sul quale si fonda la città-

<sup>44</sup> Su alcune interpretazioni assai importanti della figura heideggeriana dell'abbandono (diverse dalla interpretazione, più radicale, sviluppata in questa relazione), v. J.L. Nancy, *L'imperatif categorique*, Paris, 1983; e G. Agamben, *Homo Sacer*, Torino, 1995. Su Nancy ed Agamben, v. Stramignoni, *When Law Stands Still: Land Contracts in English Law and Law's Abandonment of Everyday Life*, cit.

<sup>45</sup> C. Schmitt, *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig, 1922.

della legge costituisce, in altre parole, la figura stessa della relazione tra uomo e diritto, tra diritto e vita quotidiana<sup>46</sup>. Tale figura, allora, tale rapporto che, solo, rende possibile il diritto, forse, ripensato in maniera radicalmente nuova, nell'orizzonte, cioè, di quel linguaggio dell'esistenza nel quale, solo, esso può sciogliersi, nel quale solo la singolarità dell'esistenza può ritrovare la sua autentica, cioè la sua più originaria, dignità.

##### 5. Il compito del comparatista

Quale sarà, a questo punto, il compito del comparatista? Ritengo che, rispetto alla questione dimenticata della giustizia (che proprio l'avvento dei diritti fondamentali ripropone in tutta la sua urgenza), il comparatista abbia un ruolo unico da svolgere. In questo senso, appunto, proporrei di pensare il comparatista non tanto come colui che si trova a misurare gli effetti dell'avvento dei diritti fondamentali sui vari sistemi giuridici di diritto privato. Piuttosto, proporrei di considerare il comparatista come un poeta, un *poeta della differenza*.

Secondo Heidegger, il poeta è colui che conduce la «manifestatività dell'essere» al linguaggio e che nel linguaggio la custodisce. Tale manifestatività, che si rivela nascondendosi, consiste nel lasciare che l'essere parli nel silenzio dell'uomo<sup>47</sup>. Il comparatista, allora, potrebbe essere inteso come colui che può arrivare ad una esperienza pensante del linguaggio del diritto come ciò che si concentra su ciò che l'uomo è per il diritto rischiando di dimenticare e, poi, di abbandonare l'essere dell'uomo, cioè la sua singolare dignità. Con il suo pensare, insomma, il comparatista può esporre il problema dimenticato della giustizia nelle sue varie manifestazioni particolari, qui, con riguardo ad autonomia privata e diritti fondamentali nell'ambito, ad esempio, di *common law* e *civil law*.

In particolare, ad esempio, il comparatista può pensare la differenza (o la differenza della differenza) che emerge pensando al soggetto di diritto di *civil law* od al soggetto di diritto di *common law*, e come tale differenza venga intensificata o deontenziata dall'avvento dei diritti fondamentali. Il comparatista

<sup>46</sup> Su questo, v. Stramignoni, 'A simple, straightforward rule': diritto, abbandono e *land contracts* in diritto inglese, cit., pp. 432-439.

<sup>47</sup> Prini, *Storia* etc., cit., p. 111.

può arrivare a pensare questa differenza (o queste differenze) quando, appunto, egli ponga mente all'essere dell'uomo ed al linguaggio in cui l'uomo dimora, ed alla differenza (od alle differenze) che si possano intravedere rispetto al diritto espresso preso in considerazione. In questo modo, il comparatista può arrivare, finalmente, ad esibire le differenze più importanti, cioè più autentiche, tra *civil law* e *common law*. Le differenze quantitative, le differenze oggettive, le differenze misurabili tra *civil law* e *common law* sono, da questo punto di vista, importanti ma non sufficienti. D'altra parte, nemmeno le differenze soggettive sono quelle di cui il comparatista si preoccuperebbe. Egli, invece, si domanderebbe, ad esempio, chi sia un soggetto autonomo di diritto di *common law* e di *civil law*; quale sia l'essenza di questa autonomia nel *common law* e nel *civil law*; cosa significhi essere un soggetto autonomo di diritto in *common law* e in *civil law*. E, d'altra parte, il comparatista si chiederebbe quale sia il senso della soggezione al diritto del soggetto di *civil law* rispetto a quello di *common law*; quale sia l'essenza di tale soggezione; cosa significhi essere assoggettati al *common law* o al *civil law*. Ed, infine, il comparatista si chiederebbe quale sia il senso dell'avvento dei diritti fondamentali per tale autonomia in *common law* ed in *civil law*. Ad esempio, qual è il significato più autentico, cioè più originario, dell'ostilità del giurista di *common law* e del favore di quello di *civil law* per l'avvento dei diritti fondamentali?

Il «linguaggio» del diritto comparato, allora, non sarebbe in questo caso quello che il diritto comparato parla (un linguaggio in via di esaurimento perché funzionale e, quindi, calcolante piuttosto che pensante), ma il linguaggio cui va incontro il comparatista per ritrovare la differenza tra l'essere-giusto dell'uomo e ciò che l'uomo è per il diritto. Il compito del comparatista, insomma, potrebbe essere quello, assai delicato, di riflettere e, riflettendo, aiutare a consegnare, nel corso della crisi più importante che ha travolto gli stati nazionali dalla loro fondazione ad oggi, *consegnare il diritto alla giustizia* nel senso specifico di dire in che modo l'essenza del soggetto di diritto appartenga alla verità dell'essere<sup>48</sup>. Si dice da più parti, oggi, come occorra urgentemente riscattare il diritto dal «male politico» dell'Occidente<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Heidegger, *Lettera etc.*, cit., p. 44.

<sup>49</sup> Tra gli altri, vede un «ritorno al diritto» Rodotà, *Repertorio etc.*, cit., pp 11-32, 257-259.

Il compito, chiaramente, è immane ed il comparatista può solo cominciare a «dirlo». Per quanto arduo sia tale compito, l'alternativa sembra essere la fine di ogni diritto. Il comparatista, invece, potrebbe essere in grado di avvicinarsi (o riavvicinarsi) alla questione dimenticata della giustizia (in diritto privato come altrove) decisamente più di quanto, forse, sia possibile in altri ambiti del conoscere giuridico.

In particolare, il compito del comparatista potrebbe consistere, a mio modo di vedere, nel consegnare il diritto alla giustizia – non nel senso (populistico) di «giustiziare» il diritto, ma nel senso di offrire il diritto alla giustizia, di assecondare quello che Heidegger chiama 'il venir meno della parola' come 'autentico passo a ritroso del cammino del pensiero'<sup>50</sup>. Se, poi, per giustizia s'intenda l'essere-giusto-dell'uomo, il compito del comparatista sarebbe quello di portare a compimento il riferimento dell'essere-giusto-dell'uomo all'essenza dell'uomo, in quanto 'nel pensiero l'essere perviene al linguaggio'<sup>51</sup>. Tale compito, quindi, non starebbe tanto nel *comparare* un soggetto di diritto con un altro soggetto di diritto, per esempio, il soggetto di diritto inglese con il soggetto di diritto italiano. In questo senso, infatti, il diritto comparato entrerebbe in gioco o (i) come pratica o discorso del diritto nazionale inglese o italiano o francese etc.; oppure, anche, (ii) come pratica o discorso che, insieme a quella nazionale, risulterebbe istitutiva del soggetto di diritto all'interno di questa o quella pratica nazionale. Piuttosto, ritengo, il compito del comparatista potrebbe essere quello di ricondurre l'uomo in prossimità dell'essere-giusto-dell'uomo, cioè, ricondurre l'uomo alla sua essenza più originaria. In altre parole, il compito del comparatista potrebbe essere quello di ritrovare quella singolare dignità dell'uomo che il diritto spesso abbandona e, poi, dimentica, concentrato com'è nel produrre regole su regole, che dicano, senza posa, l'umanità dell'uomo. Il comparatista, appunto, potrebbe ritrovare questa dignità abbandonata e poi dimenticata lasciando emergere la *differenza*, ad esempio, in un soggetto di diritto inglese, italiano, etc., tra l'essere-giusto-dell'uomo e l'essenza dell'uomo per quel diritto.

In questi termini, il comparatista, come il poeta, sembra trovarsi in una posizione privilegiata rispetto al suo collega esperto

<sup>50</sup> M. Heidegger, *In cammino verso il linguaggio*, 1973, p. 170.

<sup>51</sup> Heidegger, *Lettera etc.*, cit., p. 31.

di questo o quel diritto nazionale. Egli sarebbe colui che è in grado di pensare le differenze, quelle differenze che segnano l'intero arco dei discorsi giuridici occidentali e che, però, non possono apparire con altrettanta chiarezza a chi rimanga entro i confini, confortevoli ma ristretti, del diritto nazionale. Il comparatista, come il poeta, potrebbe essere, invece, colui che custodisce l'abitare dell'uomo nella casa dell'essere – ossia, l'abitare dell'uomo nel linguaggio.

Il loro vegliare è il portare a compimento la manifestatività dell'essere; essi, infatti, mediante il loro dire, la conducono al linguaggio e nel linguaggio la custodiscono<sup>52</sup>.

#### IV. CONCLUSIONI

6. L'avvento dei diritti fondamentali, dunque, non esaurisce (né può esaurire), ma rilancia, una domanda centrale, quella sull'essere dell'uomo. Per quanto riguarda specificamente il diritto, tale domanda chiede con urgenza che cosa, oggi, sia divenuto l'uomo per il diritto. La verità dell'essere dell'uomo per il diritto è la questione dimenticata della giustizia, che il comparatista, come poeta della differenza, può forse dire meglio di altri. Nel senso proposto qui, insomma, il diritto comparato non verrebbe in essere, immediatamente, come pratica o discorso istituzionale, ma come sentiero che conduce ad una esperienza pensante del diritto. Il comparatista, volto lo sguardo ad un'altra città, sa che non ne farà mai parte completamente. Egli, infatti, non sarà mai in grado di lasciarsi completamente alle spalle quell'orizzonte che lo ha gettato nella vita e che lo ha accompagnato fino a quel momento. Nello stesso tempo, però, il comparatista non potrà più *essere* in quell'orizzonte come prima. Il comparatista, cioè, rimarrà per sempre al margine – né al di qua, né al di là di tale orizzonte. Avvicinatosi, d'altra parte, a quell'altra città, il comparatista rimarrà anche rispetto ad essa per sempre al margine. Il comparatista, certo, potrà affacciarvisi o magari anche attraversarla – ma solo per catturarne qualche scorcio più o meno vicino, per conoscerne più o meno bene qualche abitante. Egli, però, non sarà mai *di* quella città, non potrà mai, cioè, scoprirne gli aspetti più autentici, cioè più originari.

<sup>52</sup> Heidegger, *Lettera etc.*, cit., p. 31.

Eppure, in questa soglia d'indifferenza, né al di qua né al di là, fuori dalla sua città ed alle soglie di un'altra, il comparatista può trovare un suo spazio ed un suo tempo, al di là di ogni spazio e di ogni tempo, dove pensare l'esperienza della differenza. Nel pensare questa esperienza, egli, più di altri, potrà avvicinarsi a quel linguaggio 'nella cui dimora abita l'uomo'. Questa esperienza della differenza, gioverà ripeterlo, non esclude affatto l'utilità della comparazione tradizionale, ad esempio, tra un soggetto di diritto ed un altro. Piuttosto, essa la segue, e, seguendola, la precede.