

I giudici costituzionali e la comparazione giuridica

ANGIOLETTA SPERTI

La comparazione come metodo di interpretazione costituzionale

Nel commemorare i cinquanta anni di attività del nostro organo di giustizia costituzionale, nell'anniversario dell'udienza inaugurale del 23 aprile 1956, il Presidente Annibale Marini, alla presenza di numerose rappresentanze delle corti costituzionali europee ed extraeuropee, ha sottolineato come

la Corte costituzionale italiana [...] da lungo tempo coerentemente persegue la strada del confronto e dello scambio culturale con gli organi di giustizia costituzionale degli altri Paesi, nella convinzione che la formazione di un comune sentire nelle materie più delicate e "sensibili", quale innanzitutto quella dei diritti fondamentali dell'uomo, rappresenta la condizione imprescindibile di efficacia della sua stessa funzione e la garanzia che la civiltà giuridica, nei suoi aspetti essenziali, non sarà più messa a repentaglio.

Questa affermazione non va letta come una dichiarazione di circostanza: in essa si esprime la consapevolezza, da parte dei giu-

dici costituzionali, dell'importanza del dialogo e del confronto con le altre corti supreme con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali ed al tempo stesso - richiamando l'affermazione del Presidente emerito Gustavo Zagrebelsky nella stessa occasione - la constatazione di una

propensione [...] ultra-nazionale, se non universale, delle funzioni nazionali di giustizia costituzionale.

Le affermazioni del Presidente si pongono in sintonia con le considerazioni di alcuni giudici costituzionali stranieri i quali, analogamente, hanno sottolineato l'importanza di nuove e sempre più strette forme di confronto e dialogo tra le corti costituzionali. In uno scritto recente il Presidente della Corte Suprema di Israele ha sostenuto come si sia agli albori di una rivoluzione culturale nell'ambito della giustizia costituzionale che coinvolge le nuove corti costituzionali come quelle di più antica tradizione (Barak 2005, p. 195), mentre uno dei giudici della corte suprema canadese ha descritto l'attuale fase

come il passaggio «dalla recezione al dialogo» tra le corti supreme (L'Heureux-Dube, 1998). Se infatti, in passato il riferimento alle pronunce straniere avveniva principalmente nei casi di recezione di principi espressi nelle pronunce emesse in altri ordinamenti e di conseguente attribuzione ad esse del valore di fonte del diritto (come ad esempio avviene con riferimento, nell'ambito del *Commonwealth*, alle pronunce della *Judicial Committee* del *Privy Council* inglese) la giurisprudenza costituzionale più recente rileva un reciproco confronto e dialogo tra i giudici costituzionali i quali, con sempre maggior frequenza, rivolgono il proprio sguardo alla giurisprudenza delle corti costituzionali straniere.

I principi (ed i modelli di giustizia costituzionale) non circolano, dunque, più in senso prevalentemente unidirezionale dalle corti di più antica tradizione a quelle di più recente istituzione: il dialogo coinvolge infatti anche corti quali la Corte Suprema degli Stati Uniti il cui ruolo è stato sino ad oggi principalmente limitato all'«esportazione» di principi e modelli di giustizia costituzionale, in tendenziale chiusura verso le esperienze straniere (Lester 1998; Schlesinger - Baade - Herzog - Wise 2001, p. 7).

Gli elementi di novità si manifestano, dunque, su un duplice piano: da un lato, su un piano sostanziale, non può negarsi come, in particolare nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali, sia individuabile un *common core* di principi e valori costituzionali condiviso dalle principali nazioni; dall'altro, con riferimento agli strumenti ed alle tecniche di interpretazione, la comparazione si presenta sempre più come un «quinto metodo» di interpretazione del diritto (Häberle 1989, p. 913).

In queste pagine ci proponiamo di esprimere alcune riflessioni circa l'accreciuto interesse dimostrato dalle corti costituzionali per il dialogo con esperienze straniere al fine di evidenziare come la comparazione non rappresenti più un'opportunità, ma una *necessità* per il giudice costituzionale. Il tema riveste particolare interesse poiché l'ammissibilità del ricorso ai precedenti stranieri al fine di interpretare la costituzione nazionale investe anche i profili di natura sostanziale della tutela dei diritti nonché l'attitudine delle corti ad affrontare sfide prime ignote agli organi di giustizia costituzionale. Il ricorso alla comparazione come metodo di interpretazione riapre tuttavia, come si dirà, la discussione – mai sopita, soprattutto nei paesi di *common law* – circa il ruolo «creativo» della giurisprudenza costituzionale in rapporto alla costituzione scritta e la legittimazione degli stessi giudici costituzionali nel contribuire all'elaborazione di un patrimonio condiviso di principi e valori costituzionali.

Il riferimento ai precedenti stranieri nella giurisprudenza di alcune corti costituzionali

L'analisi della recente giurisprudenza costituzionale di alcune delle principali corti costituzionali – in particolare sul tema della tutela dei diritti fondamentali – rivela finalità differenti del ricorso alla comparazione con i precedenti stranieri che riteniamo possibile ascrivere a tre diversi «modelli».

Un primo modello, caratterizzato da un ricorso limitato e «cauto» alle esperienze straniere ai fini dell'interpretazione delle

disposizioni costituzionali, può rinvenirsi nella recente esperienza statunitense in cui, per la prima volta, in *Lawrence v. Texas* (2003) la Corte Suprema - nell'affrontare il tema della legittimità costituzionale di una legge dello stato del Texas (una cd. *sodomy law*) che puniva penalmente i rapporti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso e nel concludere per la sua illegittimità costituzionale - ha aggiunto che le proprie conclusioni trovano conferma in una pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo (*Dudgeon v. UK* (1981)) avente ad oggetto un'analoga vicenda. I principi espressi nel caso *Dudgeon* - scrive la Corte - evidenziano la condivisione da parte degli Stati Uniti di un patrimonio di valori comune a molte nazioni («*the values we share with a wider civilization*») ed

il diritto avanzato dai ricorrenti è stato riconosciuto come aspetto della libertà personale in molti paesi e non vi sono argomenti per concludere che [negli Stati Uniti] interessi statali legittimi o cogenti giustifichino una maggiore limitazione della libertà personale.

È opportuno precisare che riferimenti comparatistici non erano in passato del tutto assenti nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: fra gli esempi più noti si possono ricordare il caso *Muller v. State of Oregon* (1908) - in cui la Corte richiamò le argomentazioni dell'avvocato difensore del convenuto, il futuro giudice Brandeis, nelle quali si faceva ampio riferimento alle legislazioni straniere in materia di numero di ore lavorative delle donne - ed il più recente *Atkins v. Virginia* (2002), in cui, nel menzionare la generale disapprovazione nei confronti della pena di morte di soggetti con menomazioni psichiche si ricorda, in una nota dell'*opinion of the court*,

come tale opinione sia generalmente condivisa dalla comunità internazionale.

Tuttavia tali esempi non possono essere ritenuti significativi: in primo luogo, perché i riferimenti comparatistici erano in passato espressi per lo più in nota, in opinioni concorrenti o nelle sole opinioni dissenzienti, il che consentiva alla Corte Suprema di non farli del tutto propri e di evitare in tal modo l'esplicito ricorso alla comparazione come strumento di interpretazione; in secondo luogo, perché la comparazione si risolve per lo più in richiami alla legislazione o alla dottrina straniere, mentre sembra del tutto assente l'apertura al dialogo con le altre corti costituzionali che emerge invece nel caso *Lawrence*.

Si può, dunque, ritenere che tale pronuncia abbia aperto una nuova fase nella giurisprudenza della Corte Suprema e che, come hanno affermato alcuni dei suoi giudici, il diritto costituzionale comparato si sia definitivamente affermato come disciplina di studio anche negli Stati Uniti (Day O'Connor 2002; Bader Ginsburg 2003 pp. 1-2).

Una più recente pronuncia (*Roper v. Simmons*, 2005) in tema di pena di morte nei confronti dei minori d'età sembra confermare tale tendenza: sebbene in essa non vi siano riferimenti alla giurisprudenza straniera, la Corte Suprema richiama molti accordi internazionali e ricorda la recente abolizione della pena di morte nei confronti dei minori in molti ordinamenti stranieri.

Alcune delle affermazioni espresse in questa pronuncia ci consentono di chiarire i caratteri di quello che abbiamo definito il «modello» americano di ricorso alla comparazione. Scrive il giudice Kennedy, già estensore del caso *Lawrence*:

Our determination that the death penalty is disproportionate punishment for offenders under 18 finds confirmation in the stark reality that the United States is the only country in the world that continues to give official sanction to the juvenile death penalty. This reality does not become controlling, for the task of interpreting the Eighth Amendment remains our responsibility. [...] The opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our own conclusions. [...]

[The Constitution] sets forth, and rests upon, innovative principles original to the American experience, such as federalism; a proven balance in political mechanisms through separation of powers; specific guarantees for the accused in criminal cases; and broad provisions to secure individual freedom and preserve human dignity. These doctrines and guarantees are central to the American experience and remain essential to our present-day self-definition and national identity. [...] It does not lessen our fidelity to the Constitution or our pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples simply underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom.

Il ricorso alla comparazione è dunque ammesso negli Stati Uniti in funzione confermativa del patrimonio costituzionale americano nel contesto di una interpretazione che resta fedele al dettato costituzionale. La consapevolezza dell'esistenza di una generale condivisione di valori con riferimento ad alcuni diritti fondamentali non è dunque tale da consentire ai giudici più aperti verso più aperte forme di interpretazione di svincolarsi dal testo, superando le obiezioni rivolte dai molti sostenitori, anche in seno alla stessa Corte Suprema, di una teoria formalista o originalista di interpretazione delle disposizioni costituzionali (Scalia 1989; Bork 2003; Posner 2004).

Le riserve espresse nei confronti della

più recente giurisprudenza della Corte Suprema hanno peraltro trovato espressione anche in una recente risoluzione dal titolo "*Reaffirmation of American Independence*" adottata dal Congresso con lo scopo di contrastare il crescente attivismo giudiziario nel ricorso ai precedenti stranieri a fini interpretativi. Ciò induce a ritenere che difficilmente la Corte Suprema potrà in futuro spingersi oltre il cauto ricorso alla comparazione che emerge da queste prime, anche se rilevanti, pronunce.

Un secondo orientamento, rispondente a quello che riteniamo di descrivere come un «secondo modello», si coglie invece nella giurisprudenza della Corte Suprema canadese. In questa esperienza i giudici manifestano una maggiore apertura alla comparazione; le pronunce, dalla motivazione molto estesa e ricca di spunti comparatistici, dedicano infatti particolare attenzione ai precedenti delle Corti europee e della Corte Suprema degli Stati Uniti ai fini dell'interpretazione del catalogo dei diritti sanciti nella *Canadian Charter of Rights and Freedoms* adottata nel 1982 (come, ad esempio, nei casi *Sauvé v. Canada*; *Suresh v. Canada* (*Minister of Citizenship and Immigration*, del 2002). La Corte Suprema non esita talora a prendere le distanze dall'esperienza statunitense, nonostante le affinità che legano i due ordinamenti soprattutto sul piano della codificazione dei diritti fondamentali, e ad accogliere i principi espressi dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo o dalle corti costituzionali europee (*Regina v. Keegstra*, 1990).

Il riferimento ai precedenti stranieri è talvolta giustificato con l'utilità del confronto con altre esperienze che hanno in passato risolto casi analoghi (*United States v. Burns*, 2001):

Given the similarities of constitutional drafting and sources – scrive uno dei giudici della Corte suprema, fra i più attivi sostenitori dell'opportunità di un dialogo fra le corti – one would not be surprised by the new dialogue among judges and lawyers drawing on the expertise and experience of interpreters of similar documents. Moreover, because the legal protection of human rights is a novel phenomenon in many countries, sometimes, little or no previous domestic jurisprudence exists to give meaning to the rights, making judgments from elsewhere particularly useful and necessary. Deciding on applicable legal principles and solutions increasingly involves a consideration of the approaches that have been adopted for similar legal problems elsewhere.

[L'Heyreux-Dube, 2003, p. 661].

Sulla base di questi elementi è, dunque, possibile descrivere il carattere del ricorso alla comparazione nella giurisprudenza canadese come «dialogico» (Choudry 1999, pp. 835 ss.): la Corte suprema canadese vede, infatti, nel dialogo con le corti costituzionali straniere un elemento non solo utile, ma *necessario*, ai fini della decisione per confortare le proprie conclusioni ed al tempo stesso per trarre indicazioni in assenza di precedenti nazionali; tale aspetto assume peraltro particolare rilievo se si considera il valore di fonte del diritto del precedente in questo ordinamento.

Affinità con il modello canadese si rinven- gono anche nella recente giurisprudenza delle corti inglesi: sebbene le pronunce siano di numero molto più contenuto, esse rivelano aspetti di particolare interesse sul piano del riferimento ai principi espressi in precedenti stranieri (Markesinis – Fedtke, 2005, pp. 30 ss.). Su tale sviluppo ha senz'altro influito l'adozione nel 1998 dello *Human Rights Act* ed in particolare l'art. 2 della nuova legge che ha consentito di dare attuazione ai diritti riconosciuti dalla Carta

Europea dei diritti dell'uomo anche attraverso il riferimento alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo (Sperti, 2001, p. 73 ss.); tuttavia ai nostri fini rileva principalmente osservare come i giudici si siano dichiarati

increasingly prepared to accord persuasive authority to the constitutional values of other democratic nations when dealing with ambiguous statutory or common law provisions which impact upon civil liberties issues

[Lord Browne-Wilkinson 1995, p. 253]

ed abbiano altresì osservato come

The discipline of comparative law [...] has the different and inestimable value of sharpening our focus on the weight of competing considerations

[Lord Steyn in *Mac Farlane v. Tayside Health Bd.*, 2000]

Il ricorso al diritto comparato non può dunque essere rivolto a condizionare gli sviluppi del diritto inglese, ma se l'esempio straniero può essere utile al fine di servire meglio «i fini della giustizia»,

this must prompt anxious review of the decision in question

[*Fairchild v. Glenhaven Funeral Service*, 2002].

Vi è infine un ultimo modello che potremmo definire il più alto sul piano del confronto con le esperienze straniere ed il cui più significativo esempio può ravvisarsi nella Corte Suprema sudafricana. Nelle sue pronunce il ricorso al diritto comparato non è, infatti, solo strumentale alla migliore interpretazione del diritto nazionale, ma è spesso giustificato in considerazione della generale condivisione con gli altri paesi di un patrimonio di valori e di principi fondamentali in tema di tutela dei diritti fonda-

mentali. La comparazione appare dunque non solo utile, ma altresì come *doverosa* per il giudice costituzionale e va sottolineato che in Sud Africa essa è peraltro prevista esplicitamente da una precisa disposizione costituzionale la quale dispone che, nell'interpretare le disposizioni sui diritti fondamentali, le corti «devono tenere conto dei principi del diritto internazionale» e «*possono* prendere in considerazione la giurisprudenza di corti costituzionali straniere» (Art. 39, sect. 1).

La seguente citazione può meglio illustrare questo particolare orientamento: scrive il giudice Sachs:

I draw on statements by certain United States Supreme Court Justices [...] not because I treat their decisions as precedents to be applied in our Courts, *but because their dicta articulate in an elegant and helpful manner problems which face any modern court*. Thus, though drawn from another legal culture, they express values and dilemmas in a way which I find most helpful in elucidating the meaning of our own constitutional text [S. v. *Lawrence*, 1997].

L'esperienza del nostro Paese non trova invece facile collocazione in alcuno dei modelli descritti: sebbene, infatti, nella giurisprudenza civile siano numerosi gli esempi di ricorso alla comparazione e di collaborazione con le corti straniere (tanto da far ritenere emergente, anche nella nostra esperienza, una «*judicial comity*»), la giurisprudenza costituzionale rivela uno scarso riferimento alle pronunce costituzionali straniere. Se si escludono i frequenti ma generici richiami ai principi posti a fondamento di uno «stato democratico», dello «stato di diritto» o accolti nelle «moderne democrazie parlamentari», gli esempi di riferimento alle pronunce costituzionali straniere o ai principi espressi in altre costi-

tuzioni nella nostra giurisprudenza costituzionale si rivelano alquanto sporadici e sono spesso giustificabili in base alla specifica sensibilità o alla formazione dei nostri giudici costituzionali (Pegoraro 1987, pp. 601 ss.; Pegoraro – Damiani 1999, pp. 425 ss.; Sperti, 2005). I casi di citazione di precedenti di altre corti supreme sono inoltre in genere solo incidentali ed utili per rafforzare le conclusioni espresse nella motivazione, la quale resta tuttavia fondata su soli principi e disposizioni interne al nostro ordinamento. Inoltre nella nostra giurisprudenza, anche al di fuori di quella costituzionale, è in generale assente ogni riflessione circa l'utilità del diritto comparato ai fini interpretativi ed i problemi posti dal ricorso a tale strumento.

L'Italia si pone dunque, al pari della Francia, tra quelle esperienze in cui, sebbene il diritto comparato sia innegabilmente parte del bagaglio culturale dei giudici costituzionali, il riferimento agli ordinamenti stranieri è spesso solamente implicito (Markesinis – Fedtke 2005, p. 26 ss). Un significativo esempio in tal senso è rappresentato dalla importante ancorché risalente sent. n. 27 del 1975 in tema di diritto all'aborto in cui dalle affermazioni dei giudici costituzionali si desume una più debole tutela del concepito nelle prime fasi della gravidanza, secondo un modello che ricalca per molti aspetti i presupposti scientifici posti a fondamento della celebre pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Roe v. Wade* del 1973.

Tuttavia, anche nelle nostre corti si constata una crescente sensibilità al dialogo con le esperienze straniere: ne sono una riprova le affermazioni dei nostri giudici costituzionali con cui abbiamo introdotto questo lavoro e, al tempo stesso, alcuni

scritti recenti che guardano all'uso della comparazione da parte dei giudici (Alpa 2005) ed all'emergere di una generale condivisione di valori in tema di tutela dei diritti fondamentali (Spadaro 1998, pp. 441 ss.; Ferrarese 2002, pp. 65 ss.). Inoltre, sebbene alle corti di merito ed alla Corte di cassazione non possano essere estese alcune delle considerazioni espresse in questo lavoro, particolare rilievo assume una pronuncia del 1997 (caso *Scientology*), in cui, nel sottolineare come,

a dispetto della globalizzazione dell'informazione e degli accessi sempre più numerosi aperti verso la stessa dal moltiplicarsi delle fonti mediatiche,

il giudice di rinvio avesse errato nel trascurare le affermazioni della dottrina e della giurisprudenza straniera, la Corte di Cassazione lascia intendere che l'opinione comune non può essere correttamente valutata dall'interprete senza spingere lo sguardo al di là dei confini nazionali.

Comparazione giuridica per fini interpretativi e concezione della Costituzione

Le affermazioni espresse nella giurisprudenza costituzionale recente che abbiamo descritto sollevano due ordini di questioni, fra loro strettamente connessi: un primo attiene alle motivazioni del ricorso alla comparazione ed alla particolare concezione della Costituzione che tale ricorso finisce per presupporre; il secondo – che affronteremo nel paragrafo successivo – è invece relativo ai problemi posti dal ricorso alla comparazione con specifico riferimento alla giurisprudenza costituzionale

ed, in particolare, alla tutela dei diritti fondamentali.

Nelle pronunce richiamate nelle pagine precedenti è frequente il riferimento ad un patrimonio di valori e principi generalmente condivisi in tema di tutela dei diritti fondamentali. Tali considerazioni sono comuni a tutti i modelli descritti: esse si riscontrano, infatti, negli Stati Uniti (dove la Corte sottolinea in *Lawrence* l'appartenenza del paese ad una «*wider civilization*» e la dottrina più recente discute della natura di un emergente «*generic constitutional law*» (Law 2005, pp. 652 ss.)), così come in esperienze di giustizia costituzionale più recenti quali il Sud Africa o l'Ungheria (dove la Corte ha dichiarato il proprio intento di attuare una «costituzione invisibile» (Ponthoreau 2005, p. 171)).

Ciò ha indotto soprattutto coloro che si mostrano critici verso il riferimento a fonti esterne nei giudizi di legittimità costituzionale a sostenere come tali affermazioni implicino l'adesione ad una concezione giusnaturalista, per cui il ricorso alla comparazione presupporrebbe l'universalità di alcuni diritti fondamentali e tenderebbe ad instaurare una loro unificazione, con conseguente limitazione delle identità e delle tradizioni costituzionali nazionali (Posner 2005).

Tali considerazioni possono essere ricondotte, in una prospettiva più generale, ai recenti studi che hanno ravvisato un «*visible international consensus*» soprattutto con riferimento ad alcuni temi del diritto civile, quale conseguenza dell'emergere di una «*global community of courts*» (Slaughter 2003, p. 194) ed hanno descritto un «ordinamento giuridico globale» in cui «il potere giudiziario [...] tende a configurarsi quale organo di una società civile ormai cosmopolitica» (Galgano 2005, p. 10). È tuttavia ad

Häberle che si deve una prima analisi dell'«apertura verso l'esterno dei contenuti e delle dimensioni dei diritti fondamentali» e la constatazione di come essa contribuisca al nascere di una «comunità di interpreti dei diritti fondamentali» a carattere internazionale, in cui il diritto comparato si configura come un «quinto» metodo di interpretazione, oltre ai quattro metodi classici descritti da F.C. von Savigny nel 1840 (Häberle 1989, pp. 913 ss.).

Deve riconoscersi che il riferimento ai precedenti stranieri nella giurisprudenza costituzionale presuppone l'esistenza di un consenso diffuso sul «nucleo essenziale» di alcuni diritti fondamentali. Riteniamo infatti che, come già sostenuto in altra sede, il contenuto e taluni aspetti della tutela di alcuni diritti dell'uomo (si pensi, ad esempio, alla libertà personale) presentino una validità generale e possano essere utili ai fini dell'interpretazione ed integrazione delle singole costituzioni nazionali, prescindendo dai caratteri peculiari di ciascuna esperienza.

In secondo luogo, è forte la suggestione di un rapporto tra l'emergere di un *common core* di principi e valori costituzionali condiviso dalle principali nazioni, quale può evincersi dalla giurisprudenza costituzionale, e l'affacciarsi nell'agenda di molte corti supreme di questioni analoghe sui temi quali l'aborto (su cui, da ultimo, i casi *Scheidler v. National Organization for Women* e *Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England* della Corte Suprema degli Stati Uniti), l'immigrazione, l'esposizione del crocifisso nei luoghi pubblici (su cui peraltro sia la nostra Corte costituzionale che la Corte Suprema USA – nel recentissimo *Baldwinsville Central School District v. Peck* – hanno scelto di «non decidere»).

Tuttavia la constatazione della condivisione di principi in tema di tutela dei diritti da parte delle Corti costituzionali non implica il ritenere tali affermazioni come ispirate dal tentativo di elaborazione di una giurisprudenza in tema di diritti fondamentali che travalica i confini nazionali né su tali premesse può fondarsi una critica circa la legittimazione di un'attività di *judicial lawmaking* e la potenziale violazione del principio della separazione dei poteri in senso stretto (sulla cui nozione in questo contesto, Barberis 2004).

Se si muove al tempo stesso dalla constatazione che anche paesi di tradizione giusnaturalista hanno in passato dimostrato chiusura verso gli studi comparatistici, si comprende come l'attenzione deve piuttosto concentrarsi sulle *motivazioni* che inducono i giudici, ed in particolare i giudici costituzionali, a fare ricorso alla comparazione. Un'attenta analisi delle pronunce e del contesto in cui esse sono state emesse rivela infatti come le affinità fra le diverse esperienze siano solo apparenti e come ai tre modelli che abbiamo descritto corrispondano propositi di differente natura nel ricorso ai precedenti stranieri.

Nel modello statunitense la finalità della comparazione nelle pronunce della Corte Suprema è di tipo essenzialmente culturale. La ritrosia in passato manifestata dalle corti verso il riferimento a precedenti stranieri a fini interpretativi è certamente spiegabile alla luce della particolare concezione della separazione dei poteri accolta in questa esperienza, ma su di essa pesano anche ragioni di tipo essenzialmente pratico quali la scarsa conoscenza delle lingue straniere e, sino a pochi anni or sono, l'assenza di Internet e di motori di ricerca utili per la ricerca di materiale giurisprudenziale straniero. Un

contributo importante all'affermarsi di una sensibilità verso la giurisprudenza straniera è inoltre venuto dalle frequenti occasioni di scambio culturale tra i giudici costituzionali affermatesi in tempi più recenti (Rosenfeld 2001). Inoltre l'egemonia economica e culturale che il paese ha esercitato ha innegabilmente contribuito al ruolo delle Corti e della dottrina di «esportatori» di modelli e principi in pressoché totale chiusura verso le altre esperienze di giustizia costituzionale.

I fattori di tipo economico esercitano, a nostro parere, un indubbio riflesso sull'attività degli organi costituzionali ed, in particolare, delle corti: il più stretto dialogo tra le corti costituzionali può infatti essere letto come una conseguenza, sul piano del diritto costituzionale, dei sempre più numerosi contatti tra corti nazionali e straniere favoriti dalla cd. *globalizzazione* dei rapporti economici. In ambiti quali, ad esempio, il diritto commerciale o il diritto fallimentare sono, infatti, frequenti i casi in cui le corti nazionali devono confrontarsi con organi giudiziari stranieri che hanno giurisdizione sulla controversia ed è offerta alle parti la scelta tra più fori competenti, ciascuno dei quali ha interesse a pronunciarsi (Slaughter 2000, p. 1114 ss.; Musy 2004, p. 122 ss.). Tali elementi di novità hanno probabilmente contribuito, in un sistema quale quello statunitense caratterizzato da un controllo diffuso di costituzionalità, al ricorso a precedenti stranieri anche in quelle pronunce in cui vengono più strettamente in considerazione temi connessi alla tutela dei diritti fondamentali.

Se si guarda invece al modello canadese e britannico, il carattere dialogico del ricorso alla comparazione può essere ricondotto all'adozione, rispettivamente, della

Carta dei diritti nel 1982 e dello *Human Rights Act* del 1998 i quali si pongono nel contesto di una codificazione dei diritti fondamentali che ha accomunato molti paesi del *Commonwealth*, con evidente circolazione dei modelli tra i vari paesi. La Carta canadese, ad esempio, è stata utilizzata come modello in Sud Africa, Nuova Zelanda, Hong Kong ed ha rappresentato un utile punto di riferimento anche in Gran Bretagna per l'elaborazione dello *Human Rights Act*.

Infine, in democrazie di più recente tradizione, e che abbiamo ritenuto di ascrivere ad un terzo modello, ad alcune delle motivazioni sin qui descritte deve aggiungersi un ulteriore fattore rappresentato dal tentativo delle corti costituzionali di rafforzare, da un lato, la propria legittimazione, autorità ed indipendenza e dall'altro, di rendere più evidente, al di fuori dei confini nazionali, il carattere democratico della nuova forma di stato.

In Sud Africa il ricorso alla comparazione agevola la Corte Suprema nell'intento di prendere "*parte allo sviluppo su scala mondiale del costituzionalismo e della tutela dei diritti umani*" e le consente di ricondurre i principi ispiratori della Costituzione al processo di "*global development of constitutionalism and human rights*" (*State v. Mhlungu* 1995). Al tempo stesso, l'utilizzo di precedenti stranieri a fini interpretativi permette alle istituzioni nazionali di collocarsi «*in the mainstream of international democratic practice*» (*Coetzee v. Government of the Republic of South Africa* 1995).

Molti di questi fattori ci consentono di evidenziare, secondo un'interpretazione proposta dalla dottrina dei *critical legal studies*, i rapporti della cd. *constitutional cross fertilization* con la realtà politica, economi-

ca e sociale che caratterizza le varie esperienze (Tushnet 1999, pp. 1285 ss.; Hirschl 2004). Tuttavia neppure il rapporto tra questi aspetti esaurisce le motivazioni del ricorso alla comparazione, né offre una risposta esaustiva all'emergere del fenomeno, al pari di quanto non possa dirsi del tutto soddisfacente una sua lettura in chiave esclusivamente giusnaturalistica.

Le corti, in tutti i modelli descritti, guardano infatti alle esperienze straniere anche come ad un modello da cui imparare e trarre indicazioni a fini semplicemente culturali. Scrive uno dei giudici della Corte suprema canadese che

esaminare e prendere in considerazione la giurisprudenza americana ci consente di trarre profitto da una competenza in materia di interpretazione costituzionale acquisita in più di duecento anni.

[L'Heureux-Dube 1998, p. 20]

Negli Stati Uniti, analogamente, il giudice Calabresi, uno dei più attivi sostenitori dell'opportunità di un'apertura ai precedenti stranieri, ha sottolineato:

at one time America had a virtual monopoly on constitutional judicial review and if a doctrine was not tried out here, there was no place else to look. That situation no longer holds. Since World War II, many countries have adopted forms of judicial review which [...] unmistakably draw their origin and inspiration from American constitutional theory and practice. These countries are our constitutional offspring and how they have dealt with problems analogous to ours can be very useful to us when we face difficult constitutional issues. Wise parents do not hesitate to learn from their children.

[United States v. Then, 1995]

La tecnica di interpretazione costituzionale adottata (e la teoria della costituzione a cui essa si riconduce) non risponde, dun-

que, ad un'unica finalità. Spesso il ricorso alla comparazione riflette una molteplicità di esigenze e, soprattutto nella giurisprudenza delle esperienze di giustizia costituzionale di più recente istituzione, è possibile rinvenire sia un uso di tipo meramente culturale che dialogico dei precedenti stranieri, così come una lettura in chiave universalistica del contenuto di alcuni diritti fondamentali.

Su alcune difficoltà poste dalla comparazione come metodo interpretativo

Le considerazioni sin qui svolte spostano l'oggetto della nostra indagine sul tema della comparazione come metodo di interpretazione costituzionale e ci consentono di svolgere alcune riflessioni in merito alle molte obiezioni rivolte dalla dottrina e da alcuni giudici costituzionali stranieri circa il ricorso ai precedenti stranieri nelle pronunce di costituzionalità.

È utile dunque partire osservando che la principale obiezione sollevata verso tale metodo muove dai timori di una più ampia discrezionalità dei giudici nell'interpretazione ed, in particolare, nella dichiarazione di illegittimità costituzionale. Se infatti il ricorso a fonti esterne può agevolare una pronuncia di illegittimità costituzionale, esso assume, secondo questa impostazione, i contorni di uno strumento potenzialmente lesivo del principio rappresentativo. Inoltre tale metodo di interpretazione consente, secondo i sostenitori di questa tesi, di svincolare l'interpretazione dal testo, accrescendo così la natura non democratica e discrezionale dell'attività interpretativa.

Su questa linea si pongono anche nella nostra esperienza le considerazioni di chi, pur ammettendo che

al giorno d'oggi, il costituzionalista italiano potrà ben aprirsi alle esperienze internazionali ed europee ed «utilizzare» norme di altri ordinamenti

precisa che ciò debba avvenire

senza mai abbandonare l'angolo visuale della Costituzione italiana.

[Pace 2001, p. 42]

Alcune di queste osservazioni si possono ricondurre alla critica secondo cui il dialogo tra le corti presupporrebbe l'accoglimento di una concezione giusnaturalista dei diritti fondamentali; è infatti evidente la loro affinità con le critiche espresse nei confronti della teoria che propone un'interpretazione costituzionale «per valori» (Modugno 2005; *contra*, Pace 2001). Inoltre si ripropone in queste concezioni il dilemma tra il principio della separazione dei poteri e la natura dell'attività interpretativa degli organi statali ed in particolare dei giudici (Scalia in *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815, p. 869 (1988); Posner 2005, pp. 84 ss.; Young 2005, pp. 163 ss.).

In realtà sia nelle esperienze più chiuse alla comparazione che in quelle in cui la giurisprudenza accoglie una concezione universalistica dei diritti fondamentali, i giudici muovono dal testo costituzionale e l'interpretazione non è del tutto avulsa dalle tradizioni, dalla cultura e dal diritto del paese. Un mutamento giurisprudenziale che riposi essenzialmente su un precedente di un giudice straniero o di una corte internazionale è poco più che un'ipotesi di scuola; anche chi negli Stati Uniti si mostra scettico verso il ricorso alla comparazione

finisce poi per riconoscere che la Corte Suprema non si è mai concretamente distaccata dalla sensibilità generale del paese (Levinson 2004, p. 359).

Le affermazioni espresse dalla Corte Suprema nel caso *Roper* confermano il tentativo delle corti di sottolineare come l'interpretazione, anche se avvalorata dai precedenti stranieri, resti pur sempre un'interpretazione fedele allo spirito della costituzione. Nel nostro paese Zagrebelsky ha ricordato che

la circolazione delle giurisprudenze non compromette l'identità della propria. La comunicazione di esperienze è sempre filtrata perché presuppone *standard* minimi di omogeneità e giudizi di congruità su testi e contesti giurisprudenziali. Questi giudizi sono delle Corti nazionali. Non si determina alcuna diminuzione della loro funzione sovrana.

[Zagrebelsky 2006]

Una seconda obiezione che, soprattutto negli Stati Uniti, viene frequentemente rivolta al ricorso alla comparazione da parte del giudice costituzionale attiene alle difficoltà di «esportare» i principi espressi nelle pronunce straniere prescindendo dal contesto sociale, politico o economico in cui essi sono stati inizialmente formulati (Teitel 2004; Posner 2005, pp. 84 ss.).

A questo proposito si deve preliminarmente osservare come il ricorso alla comparazione nell'ambito della giurisprudenza civile muova da presupposti solo in parte analoghi a quelli già descritti con riferimento al ricorso alla comparazione nella giurisprudenza costituzionale sui diritti fondamentali. L'interpretazione costituzionale presenta infatti degli aspetti peculiari che la distinguono dall'interpretazione degli altri testi normativi (Pinelli 2004; Modugno 2005). Ciò ci induce a non acco-

stare il fenomeno del crescente dialogo tra le corti nel contesto della giurisprudenza civile con quello nella giurisprudenza costituzionale. Già in passato infatti erano state descritte forme di *cross fertilization* o di circolazione dei modelli giuridici relativamente ad alcuni istituti del diritto civile (Sacco 1988) e il ricorso alla comparazione in questo contesto era stato giustificato ad esempio dall'intento di ricercare nuove soluzioni a problemi pratici (Zweigert – Kötz 1998, p. 17; Teitel 2004, p. 2575) o da finalità di tipo essenzialmente culturale (Gorla 1988). Inoltre in questo contesto i fattori economici prodotti dalla cd. globalizzazione dei rapporti economici appaiono prevalenti.

Alla questione se l'utilizzo di principi o valori costituzionali in una realtà giuridica diversa da quella in cui essi sono stati elaborati possa prescindere dai fattori che hanno concorso al loro accoglimento nelle singole esperienze, si è già in parte risposto quando si osservava come in realtà sia possibile rinvenire, con riferimento al contenuto di alcuni dei diritti fondamentali, un *common core* condiviso dalle principali nazioni. Non è infatti casuale che le affermazioni più significative nella giurisprudenza sin qui richiamate abbiano sottolineato il ruolo della comparazione con specifico riferimento alla tutela di alcuni diritti.

Si può, infine, osservare a questo proposito che attività di individuazione di un comune patrimonio giuridico sono state compiute anche in passato attraverso lo spontaneo riconoscimento di principi giuridici fondamentali a valere anche al di fuori dell'ordinamento in cui essi sono stati elaborati e l'esempio più significativo è rappresentato dall'art. 38, lett. C dello statuto della Corte internazionale di giustizia

in cui si prevede che essa possa applicare nelle sue decisioni «i principi generali del diritto riconosciuti dalle nazionali civili» (Pizzorusso 1998, p. 321).

Se dunque con riferimento agli aspetti relativi alla tutela dei diritti è possibile in parte prescindere dai caratteri politici, economici e sociali delle singole esperienze nazionali, considerazioni diverse devono invece svolgersi con riferimento all'utilizzo di pronunce straniere sui temi della cd. «*structural constitution*» ossia con riferimento ai caratteri alla forma di governo o alla forma di stato. In questo contesto è infatti più difficile prescindere dalle peculiarità delle singole esperienze nazionali e la comparazione deve presupporre un'attenta analisi delle peculiarità di ciascuna esperienza e dei fattori specifici che hanno concorso alla adozione dei singoli istituti negli ordinamenti di origine. In alcuni casi l'applicazione di principi, anche di quelli che posseggono un'apparente validità generale, si rende infatti particolarmente complessa: si pensi, ad esempio, alla *separation of powers* negli Stati Uniti alla quale il rapporto con il sistema dei *checks and balances* conferisce caratteri del tutto peculiari.

Osservazioni conclusive

L'analisi di alcune pronunce delle corti costituzionali mostra come il fenomeno della comparazione giuridica sia, come ha osservato Marie-Claire Ponthoreau, ancora marginale negli Stati Uniti ed in Europa e come, con l'eccezione del Canada, il fenomeno del dialogo tra le corti costituzionali riguardi principalmente le corti di più recente istituzioni quali la Corte Suprema

sudafricana o quelle dei paesi dell'Est Europa (Ponthoreau 2004, p. 182).

Tuttavia, sebbene nelle esperienze più consolidate di giurisprudenza costituzionale il peso della tradizione ed il condizionamento indotto dall'utilizzo di consolidate tecniche di soluzione dei casi siano più avvertiti, il fenomeno del dialogo tra le corti costituzionali rappresenta un fattore di novità e di grande interesse nel contesto degli studi di diritto costituzionale comparato. Come ha affermato uno dei giudici della Corte Suprema degli Stati Uniti, il cui incarico si è recentemente concluso, negli Stati Uniti si può oramai ritenere che «*comparative constitutional law is an idea whose time has come*» (Day O'Connor 2002, p. 350). Al tempo stesso la consapevolezza dei giudici costituzionali di appartenere ad una più ampia ed «ideale cerchia giudiziale» - la cui esistenza Zagrebeksky ha ritenuto «costabile» - conferma l'accoglimento di una diversa prospettiva circa il ruolo del giudice costituzionale e la «nuova dimensione» della giustizia costituzionale.

È possibile che in futuro la necessità delle corti di confrontarsi con questioni nuove in tema di tutela dei diritti non possa che rafforzare questa tendenza: si pensi ad esempio ai temi connessi alla tutela dei cd. diritti di nuova generazione (quali il diritto all'ambiente), così come alle questioni poste dall'avanzamento delle scienze biologiche o dalla diffusione di nuovi strumenti di comunicazione di massa i quali hanno un innegabile riflesso sulle libertà fondamentali, ad esempio, sulla libertà di manifestazione del pensiero, di comunicazione e di corrispondenza.

Bibliografia

- Bader Ginsburg (Ruth), *Looking Beyond Our Borders: the Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*, in «40 Idaho Law Review», 1 (2003);
- Barak (Aharon), *Compararison in Public Law*, in «80 Tulane Law Review», 195 (2005);
- Barberis (Mauro), *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su "Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale", Padova, 22-23 ottobre 2004;
- Bork (Robert H.), *Coercing virtue: the Worldwide Rule of Judges*, AEI Press, Washington, 2003;
- Choudry (Sujit), *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, in «74 Indiana Law Journal», 819 (1999);
- Day O'Connor (Sandra), *Keynote Address Before the Ninety-Sixth Annual Meeting of the American Society of International Law*, in «96 American Society of International Law Proceedings», 348 (2002);
- Ferrarese (Maria Rosaria), *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002;
- Galgano (Francesco), *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005;
- Gorla (Gino), *Diritto comparato e straniero*, voce dell'Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XI, 1988;
- Häberle (Peter), *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat*, in *Juristen Zeitung*, 1989, p. 913 ss.;
- Hirschl (Ran), *Globalization, Courts and Judicial Power: the Political Origins of the New Constitutionalism*, in «11 Indiana Journal of Global Legal Studies», 71 (2004);
- Law (David S.), *Generic Constitutional Law*, in 89 *Minnesota Law Review* 652 (2005);
- L'Heureux-Dube (Claire), *From Many Different Stones: A House of Justice*, relazione al Meeting dell'International Association of Women Judges (10 Novembre 2001, Montreal), in «41 Alberta Law Review», 659 (2003);
- L'Heureux-Dube (Claire), *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, in «34 Tulsa Law Journal», 15 (1998);
- Lester (Anthony), *The Overseas Trade in the American Bill of Rights*, in «88 Columbia Law Review», 537 (1988);
- Loveland (Ian) a cura di, *Special Relationship? American Influences on Public Law in the UK*, Clarendon Press, Oxford, 1995;
- Marini (Annibale), *Indirizzo di saluto in occasione del cinquantesimo anniversario della Corte costituzionale*, Roma, Palazzo del Quirinale, 21 aprile 2006, consultabile all'indirizzo «www.associazioneideicostituzionalisti.it/materiali»;
- Markesinis (Sir Basil) - Fedtke (Jörg), *The Judge as a Comparatist*, in «80 Tulane Law Review», 11 (2005);

- Markesinis (Sir Basil) – Fedtke (Jörg), *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, Cavendish Publishing, London, 2006;
- Modugno (Franco), *Interpretazione costituzionale ed interpretazione per valori*, relazione del 12 maggio 2005 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "La Sapienza", pubblicata sul sito www.costituzionalismo.it;
- Musy (Alberto), *La comparazione giuridica nell'età della globalizzazione. Riflessioni metodologiche e dati empirici sulla circolazione del modello americano in Italia*, Milano, Giuffrè, 2004;
- Pace (Alessandro), *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, pp. 35 ss.;
- Pegoraro (Lucio), *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, «Quaderni Costituzionali», 1987, pp. 601 ss.;
- Pegoraro (Lucio) – Damiani (Paolo), *Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali*, «Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo», 1999, pp. 411 ss.;
- Pegoraro (Lucio) – Damiani (Paolo), *Comparative law in the judgement of constitutional courts*, in A.M. Rabello – A. Zanotti (a cura di), *Developments in European, Italian and Israeli law*, Giuffrè, Milano, 2001;
- Pinelli (Cesare), *Il dibattito sulla interpretazione costituzionale tra teorie e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di L. Paladino*, Jovene, Napoli, 2004, pp. 1671 ss.;
- Pizzorusso (Alessandro), *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè, 1998;
- Ponthoreau (Marie-Claire), *Le recours à l'argument de droit compare par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques*, in F. Mélin-Soucrmanien (a cura di), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, 2005, pp. 167 ss.;
- Posner (Richard A.), *No Thanks, We Already Have Our Own Laws*, in *Legal Affairs*, Luglio – agosto 2004, p. 40 ss.;
- Posner (Richard A.), *A Political Court*, in «119 Harvard Law Review», 31 (2005);
- Levinson (Sanford), *Looking Abroad When Interpreting the U.S. Constitution: Some Reflections*, in «39 Texas International Law Journal», 353 (2004);
- Rosenfeld (Michel), *Constitutional Migration and the Bounds of Comparative Analysis*, in 58 *N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.* 67 (2001);
- Sacco (Rodolfo), *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. II, Torino, 1988;
- Schlesinger (Rudolf B.) – Baade (Hans W.) – Herzog (Peter E.) – Wise (Edward M.), *Comparative Law. Cases, text, materials*, sesta ediz., Foundation Press, New York, 2001;
- Slaughter (Anne-Marie), *Judicial Globalization*, in «40 Vanderbilt Journal of International Law», 1103 (2000);
- Slaughter (Anne-Marie), *A Global Community of Courts*, in «44 Harvard International Law Journal», 191 (2003);
- Scalia (Antonin), *Originalism: the Lesser Evil*, in «57 University of Cincinnati Law Review», 849, (1989);
- Spadaro (Antonino), *Gli effetti costituzionali della cd. globalizzazione*, in «Politica del Diritto», 1998;
- Sperti (Angioletta), *Il ricorso alla comparazione ed il dialogo tra le Corti costituzionali nell'esperienza più recente*, in corso di pubblicazione in «Rivista di Diritto Costituzionale», 2006, n. 2 e disponibile al sito www.associazionedeicostituzionalisti.it/anticipazioni;
- Sperti (Angioletta), *Il ruolo della magistratura in Gran Bretagna dopo l'approvazione dello Human Rights Act*, in «Rivista di Diritto Civile», 2001, I, pp. 73 ss.;
- Teitel (Rudi), *Comparative Constitutional Law in a Global Age*, in «117 Harvard Law Review», 2570 (2004);
- Tushnet (Mark), *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, in «108 Yale Law Journal», 1225 (1999), in part. 1285 ss.;
- Young (Ernst A.), *Foreign Law and the Denominator Problem*, in «119 Harvard Law Review», 148 (2005);
- Zagrebelsky (Gustavo), *Relazione sui cinquanta anni di attività della Corte costituzionale*, Roma, Palazzo del Quirinale, 21 aprile 2006, consultabile all'indirizzo «<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali>»;
- Zweigert (Konrad) – Kötz (Hein), *Introduction to Comparative Law*, Oxford Univ. Press, 1998.