

Tania Groppi

Bottom up globalization?

Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali

Relazione al Convegno della Fondazione Basso

12 gennaio 2010

1.L'inarrestabile attrazione della dottrina

Fin dal 1997, uno dei primi saggi sul “diritto costituzionale globale”¹ aveva sottolineato il crescente ruolo svolto dai giudici costituzionali quali protagonisti della circolazione giuridica, attraverso l'utilizzo di argomenti “extrasistemici”, ovvero il riferimento sempre più frequente nelle sentenze al diritto internazionale o straniero, ivi comprese le decisioni di altre corti costituzionali.

Quel che certamente l'autore non poteva immaginare era lo sviluppo che il tema avrebbe assunto nella letteratura giuridica degli anni successivi, fino a divenire ormai un vero e proprio *topos* degli studi costituzionalistici, non solo nei paesi di lingua inglese, dove questo tipo di studi vanta una lunga tradizione legata alla circolazione dei precedenti nell'area della *common law* britannica, anche sotto l'impulso del *Privy Council*, ma anche in altri ordinamenti. Senza citare la letteratura più recente², basti pensare al riferimento, ormai risalente, del costituzionalista tedesco Peter Häberle al diritto comparato come quinto metodo interpretativo³, oppure al discorso tenuto dal presidente emerito della Corte costituzionale italiana Gustavo Zagrebelsky in occasione della cerimonia per il 50° anniversario della Corte⁴, fino ad arrivare alla creazione, nella *International Association of Constitutional Law*, di uno specifico “gruppo di interesse” coordinato da giuristi estranei all'area anglosassone⁵.

¹ Quello di Bruce Ackerman, “The Rise of World Constitutionalism” (1997) 83 Va. L. Rev. 771.

² Ma v. almeno G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le corti*, Bologna, il Mulino, 2010.

³ Peter Häberle, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 1992.

⁴ Gustavo Zagrebelsky, «Corti costituzionali e diritti universali», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, p. 297 s., ora ripubblicato in Id., *Intorno alla legge*, Einaudi, Torino, 2009, 318 ss.

⁵ Si tratta dell'Interest Group su “Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges” fondato nel Convegno mondiale di Atene nel giugno 2007 e coordinato da Tania Groppi e Marie-Claire Ponthoreau.

Questi studi hanno tratto un notevole impulso, negli ultimi anni, dal diverso approccio al tema da parte di due Corti che sono, per ragioni differenti, al centro dell'attenzione mondiale.

Innanzitutto, c'è la Corte suprema degli Stati Uniti, con il suo carico di storia e di autorevolezza, che ha mostrato un atteggiamento “from indifferent to hostile” alla citazione del diritto straniero⁶. A fronte del riferimento contenuto in quattro sentenze controverse degli ultimi anni, su casi delicati come la pena di morte, i diritti degli omosessuali, le *affirmative actions*⁷, sono emersi all'interno della Corte due orientamenti contrapposti intorno ai quali si è polarizzata la dottrina⁸.

Da un lato ci sono coloro che condannano indiscriminatamente ogni riferimento al diritto straniero, a prescindere dall'utilizzo che ne viene fatto: è questa la posizione del giudice Scalia, espressa sia con le *opinions* sia nei suoi interventi extragiudiziari (famoso è il suo dibattito con giudice Breyer, su posizioni opposte, alla *American University* nel gennaio 2005)⁹. Questo approccio ha trovato un sostegno politico: nel marzo 2004 alla *House of Representatives* e nel 2005 al Senato i Repubblicani hanno tentato di far approvare una risoluzione che vietasse queste citazioni e questo è stato anche il punto centrale degli *hearings* di conferma del *Chief Justice* Roberts e del giudice Alito, quando un senatore ha persino proposto che la citazione del diritto straniero fosse considerata un reato suscettibile di *impeachment*¹⁰.

Su posizioni ben diverse, all'altro estremo, si colloca una Corte assai più recente, ma la cui giurisprudenza è frequentemente citata e commentata ben oltre i confini dello Stato di riferimento: si tratta della Corte costituzionale del Sudafrica, che ha mostrato un'apertura al diritto straniero assolutamente fuori del comune, anche in conseguenza della previsione contenuta nell'art.39 della Costituzione del 1996, che ricalca l'art.35 della Costituzione provvisoria del 1993, secondo il quale “quando interpreta il *Bill of Rights* una Corte...può considerare il diritto straniero” (mentre “deve considerare il diritto internazionale”).

⁶ Sarah K. Harding, “Comparative Reasoning and Judicial Review” (2003) 28 Yale J. Int'l L. 409, specie 417.

⁷ V. *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997), *Knight v. Florida* 528 U.S. 990 (1999), *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), *Foster v. Florida* 537 U.S. 990 (2002); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

⁸ Anche se non manca chi ha definito questo dibattito “una tempesta in un bicchier d'acqua”: Austen L. Parrish, “Storm in a Teacup: the U.S. Supreme Court's Use of Foreign Law” (2007) U. Ill. L. Rev. 37.

⁹ “A Conversation between U.S. Supreme Court Justices” (2005) 3 I-CON 519 ss.

¹⁰ Così Parrish, cit., 645. Nella tornata referendaria del 2 novembre 2010 in Oklahoma è stata approvata con il 70% dei voti una misura che proibisce ai giudici “attivisti” di usare il diritto internazionale o la Sharia per decidere i casi: così *Time*, 15 novembre 2010, 27.

A questa previsione costituzionale ha fatto seguito una ricca prassi di citazioni di casi di altre giurisdizioni, che va avanti ancora oggi, quando la Corte ha ormai una sua stabilità e un suo patrimonio di precedenti cui attingere. Tra l'altro, questa giurisprudenza fa del Sudafrica il terreno di elezione per le ricerche empiriche sull'utilizzo del diritto straniero¹¹. Resta particolarmente celebre il caso Makwanyane, del 1995, in cui la Corte, dichiarando incostituzionale la pena di morte a fronte di una opinione pubblica in gran parte favorevole al suo mantenimento, ha attentamente esaminato la giurisprudenza degli Stati Uniti e dell'India, secondo la quale la pena di morte non costituisce un trattamento crudele o degradante, rigettandone le soluzioni in base al diverso quadro costituzionale, per poi passare a cercare, nel mondo, pronunce che, al contrario, la definiscono tale, fino a trovare una recente sentenza della Corte costituzionale ungherese, che viene ampiamente citata ed utilizzata¹².

Partendo da questo quadro di riferimento, vorrei fare alcune considerazioni mettendo in evidenza quattro aspetti del fenomeno: l'effettività; la novità; i rischi; le potenzialità di questa prassi.

2. L'effettività: una prassi circoscritta

Se dalla dottrina passiamo alla prassi, le cose cambiano e il tema si ridimensiona. Al riguardo sono necessarie due premesse. Innanzitutto, continuano a mancare ricerche empiriche e ben documentate, il che si può agevolmente spiegare alla luce della loro complessità. Inoltre, è opinione comune che l'utilizzo di precedenti stranieri non possa mai risolversi in un "trapianto", cioè nella *ratio decidendi* di una decisione, ma che si tratti comunque sempre di argomenti "persuasivi", ovvero adottati per motivare una scelta che deve essere basata su argomenti interpretativi diversi, tratti dal diritto nazionale.

Con queste premesse, la grande distinzione che deve essere fatta è tra ordinamenti che citano esplicitamente i precedenti stranieri e quelli invece nei quali tali citazioni sono assenti o molto rare.

Al di là della mole che ha assunto il dibattito sul tema, gli ordinamenti nei quali le citazioni esplicite sono frequenti restano pochi, circoscritti essenzialmente all'area della

¹¹ V. ad esempio Andrea Lollini, "La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana", *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, 453.

¹² Case No. CCT/3/94 *The State vs. Makwanyane* 6 giugno 1995.

common law (Israele, Canada, Australia, Sudafrica, Namibia, Hong Kong, India, Nuova Zelanda, Irlanda). E' tra questi paesi che, anche nella interpretazione costituzionale, si sviluppa una vera circolazione, alla quale gli Stati Uniti restano estranei, nonostante la comunanza linguistica e culturale, in ragione del loro eccezionalismo.

I paesi di *civil law* rientrano piuttosto nella categoria definita del “*doing it but not admitting*”¹³, ovvero quella nella quale prevalgono i riferimenti impliciti, difficilmente tracciabili, salve rare eccezioni che mantengono un carattere episodico e non sembrano sistematizzabili. Si pensi per l'Italia alla sentenza del 2007 della Corte di cassazione in materia di eutanasia (il c.d. “caso Englaro”), ricca di citazioni di decisioni straniere, o per la Germania alla citazione di una pronuncia della Corte costituzionale ceca da parte del Tribunale costituzionale federale nella importante sentenza sul Trattato di Lisbona del 2009.

Le influenze implicite sono molto difficili da rintracciare, come ha testimoniato una ben documentata ricerca sull'influenza della giurisprudenza costituzionale tedesca su quella della Corte costituzionale ungherese in tema di dignità umana¹⁴. Naturalmente non citare la giurisprudenza straniera non vuol dire non conoscerla o non farvi ricorso come fonte di ispirazione, ma appare espressione di una tradizione culturale legata a una diversa tecnica di motivazione delle decisioni. Di tutto ciò è esempio significativo la Corte costituzionale italiana, che pur disponendo di un apposito ufficio studi di diritto comparato non cita quasi mai precedenti stranieri in modo esplicito¹⁵.

3. *La novità: guardando bene, c'è*

Che il diritto costituzionale non sia libero da influenze esterne, né mai lo sia stato, è una constatazione ovvia. Che, a partire dal secondo dopoguerra, sia in atto la tendenza a un indebolimento degli ordinamenti statuali, che li rende più facilmente permeabili al diritto (anche costituzionale) esterno è altra ovvia constatazione.

Pertanto, una “circolazione dei modelli”, anche in un settore dell'ordinamento come quello costituzionale più strettamente legato alla sovranità, all'identità, ai valori, non è

¹³ Basil Markesinis & Jörg Fedtke, “The Judge as Comparatist” (2005) 80 Tul. L. Rev. 11; Basil Markesinis, Joerg Fedtke (cur.), *Giudici e diritto straniero*, Bologna, Il Mulino, 2009.

¹⁴ Catherine Dupré, *Importing Law in Post-Communist Transitions*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

¹⁵ Lucio Pegoraro, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*, Bologna, CLUEB, 2007; Paolo Ridola, “La giurisprudenza costituzionale e la comparazione” in Guido Alpa, ed., *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, Milano, Giuffrè, 2006.

cosa nuova. Tuttavia, mi sembra che fino agli anni più recenti tale circolazione si sia realizzata con modalità in parte diverse da quelle attuali.

Quanto ai “soggetti” protagonisti della circolazione del diritto straniero, per lungo tempo i giudici non hanno svolto un ruolo di primo piano: è stato soprattutto nel momento della scrittura delle costituzioni, o delle riforme costituzionali, o dell’attività legislativa che si è fatto di solito riferimento ad esperienze straniere, ma non nel momento della interpretazione giudiziaria.

Quanto alle norme giuridiche coinvolte, quali “oggetto” della circolazione giurisprudenziale, si è trattato per molto tempo principalmente del diritto internazionale dei diritti umani: ovvero di una forma di circolazione verticale e in larga parte non opzionale, bensì obbligatoria.

Si è pertanto di fronte ad uno sviluppo nuovo del diritto costituzionale, nel momento in cui giudici e diritto straniero si incontrano.

Mi sembra di poter dire che si tratta di una circolazione del tutto diversa da quella del passato, per varie ragioni.

Innanzitutto, non è dovuta, come nel caso del diritto internazionale, ma è del tutto opzionale, avviene su base volontaria.

Poi, riguarda non tanto specifiche soluzioni, quanto le motivazioni addotte per giustificarle.

Infine, e da qui il titolo di questo intervento, si tratta di una forma di circolazione del diritto costituzionale che potremmo definire “*bottom up*”, in quanto parte dal basso, dalle Corti, ovvero da soggetti indipendenti, sfuggendo del tutto ai decisori politici, nonostante le influenze sui “rapporti esteri” che questa pratica può ingenerare (da qui l’indignazione dei politici quando la Corte suprema USA cita, come è avvenuto, una decisione dello Zimbabwe).

Possiamo soltanto azzardare alcune ragioni per questo sviluppo nuovo, che solo in parte coincidono con quelle puntualmente messe a fuoco da Sabino Cassese (più in riferimento al dialogo verticale che orizzontale) e che hanno fatto dei giudici i protagonisti della creazione di un sistema giuridico globale¹⁶.

Senza dubbio, un peso centrale è rivestito dalle nuove tecnologie informatiche: è oggi molto più facile che in passato conoscere le decisioni di corti straniere, anche per il potere giudiziario, che di solito (con qualche eccezione per alcune Corti costituzionali) gode di apparati serventi assai più limitati rispetto ai parlamenti e ai governi.

¹⁶ Sabino Cassese, *I tribunali di Babele*, Donzelli, Roma, 2009, 93 ss.

C'è poi da sottolineare il clima culturale favorevole, soprattutto per l'influenza della dottrina del diritto comparato, che svolge un importante ruolo di mediazione, e per la formazione sempre più cosmopolita dei giuristi (non è un caso se, nel mondo, i principali sostenitori dell'argomento di diritto straniero sono poche, autorevoli figure di giudici che hanno questo tipo di sensibilità: Aharon Barak in Israele; Michel Kirby in Australia; Claire L'Hereux-Dubé in Canada; Stephen Breyer negli Stati Uniti, Guy Cantivet in Francia; Sabino Cassese in Italia).

Inoltre, negli ultimi venti anni c'è stata una intensa produzione di nuove costituzioni, che presentano clausole simili, specie in materia di diritti. Parallelamente, sono state istituite molte nuove Corti costituzionali in paesi che erano sprovvisti di questa tradizione e che, in mancanza di un proprio patrimonio di precedenti, si sono mostrate assai propense a citare quelli di altre Corti più antiche ed autorevoli¹⁷. Tanto più che, in molti casi, si è trattato di affrontare problemi del tutto nuovi, non ancora trattati dai legislatori, specie di fronte allo sviluppo delle tecnologie biomediche e delle telecomunicazioni, o a fenomeni globali come quelli migratori, terroristici, ambientali.

Non va trascurato neppure l'impulso delle Corti sovranazionali, che svolgono un ruolo di "fertilizzatori" facendo circolare anche il diritto straniero (tale fenomeno è evidente soprattutto nell'area europea, si pensi alle tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della CGCE oppure al margine di apprezzamento della CEDU).

Ma c'è di più. Esiste a mio avviso una vera e propria causa sistemica, al di là delle puntuali spiegazioni, che attiene al ruolo dei giudici nello Stato costituzionale e alla mutata concezione dell'interpretazione. Una volta che il giudicare non si riduce più al sillogismo giudiziario si apre lo spazio per argomenti ulteriori e, tra essi, i precedenti stranieri¹⁸. Non a caso i critici dell'uso dell'argomento di diritto comparato sono di solito fedeli a una concezione assai tradizionale del ruolo del giudice e dell'attività interpretativa, prediligendo spesso l'interpretazione letterale o persino l'*original intent*. Essi mettono in relazione l'uso del diritto straniero con l'abborrito attivismo giudiziario. Dall'altro lato, una semplice osservazione mostra che i giudici che fanno ampio uso del diritto straniero sono di solito anche giudici "attivisti" e dotati di rilevanti personalità individuali, come quelli poc'anzi menzionati.

¹⁷ Marie-Claire Ponthoreau, « Le recours à l'argument de droit comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théorique et techniques » in Ferdinand Mélin-Soucramanien, ed., *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, 168.

¹⁸ In generale, sulla trasformazione dell'interpretazione nello Stato costituzionale v. Gustavo Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il mulino, 2008.

4. I rischi: limitati e facilmente evitabili

Venendo ai rischi, mi sembra che, traendo ispirazione anche dall'approfondito dibattito statunitense, possano essere di tre tipi, ma che tutti e tre possono essere evitati, o comunque circoscritti, attraverso un utilizzo cauto da parte delle Corti, soprattutto riguardo alla scelta degli ordinamenti ai quali fare riferimento e al tipo di utilizzo che dei precedenti stranieri viene fatto (è il tipico esempio di "*weight vs validity debate*"). Si tratta di rischi che vengono ricondotti, rispettivamente, alle parole chiave di sovranità, legittimazione, cattivo uso.

Quanto alla sovranità, è stato detto che, affidandosi a fonti esterne, si rischia di mettere in pericolo la sovranità nazionale, poiché si introducono fonti straniere senza che su di esse si pronuncino, a differenza di quanto avviene per i trattati internazionali, i rappresentanti del popolo. Mi pare si tratti, in ragione di quanto già accennato, di un argomento implausibile, che può essere compreso soltanto nel contesto dell'eccezionalismo statunitense. Se mai, occorre considerare il rischio di un neocolonialismo, in un quadro nel quale corti nuove e con più scarsa tradizione si affidino appieno a precedenti, scritti in lingue accessibili, di corti di più antica tradizione, con la creazione pertanto non di un dialogo, ma di una circolazione a senso unico che va da "corti di serie A" verso "corti di serie B".

Quanto alla legittimazione, la critica è quella di una eccessiva discrezionalità interpretativa dei giudici, che avrebbero a disposizione un ventaglio enorme di soluzioni, tra le quali cercare quella di volta in volta più comoda, sulla base di valutazioni personali, come di frequente messo in evidenza da Scalia o da Roberts. Secondo quest'ultimo, "è come guardare una folla per cercare i propri simili, prima o poi qualcosa si trova". Il pericolo di "*cherry picking*", ovvero di un uso selettivo e acontestuale dei precedenti stranieri, non deve essere sottovalutato, ma esiste per qualsiasi tipo di argomento interpretativo, una volta che si abbandonino posizioni strettamente originaliste. L'unica soluzione invocabile è quella che deve informare l'intera attività giudiziaria, ovvero la prudenza (non per niente "*iuris-prudentia*"), la moderazione, ovviamente raggiunte anche attraverso l'attento controllo svolto dalla dottrina e, più in generale, dall'opinione pubblica costituzionale sull'attività delle corti.

Infine, si è fatto riferimento ai rischi pratici di un cattivo uso dei precedenti stranieri, evocando la difficoltà di verificare la correttezza dei riferimenti al diritto straniero o i costi e i tempi delle controversie che, a detta di alcuni, tenderebbero ad allungarsi: tutti

aspetti questi a mio avviso superabili grazie alla accessibilità ormai raggiunta dei precedenti stranieri¹⁹ e al diffondersi dello studio del diritto (costituzionale) comparato nelle facoltà di giurisprudenza²⁰.

5. Le potenzialità: con un po' di cautela, molte

In conclusione, mi pare di potermi unire ai molti autori che vedono nella citazione della giurisprudenza straniera una vera e propria ricchezza. Questo se utilizzata con cautela, va ribadito, dove per cautela si intende: a) una attenta selezione degli ordinamenti di riferimento; b) un uso finalizzato non alla importazione di soluzioni, ma ad una migliore comprensione del proprio ordinamento. Circa questo secondo aspetto, mi sembrano particolarmente efficaci le parole di uno dei principali sostenitori dell'utilità della citazione delle sentenze straniere, Aharon Barak: "Il diritto comparato mi serve come uno specchio: mi consente di osservarmi e di comprendermi meglio"²¹.

Si tratta di una importante fonte di ispirazione, che dovrebbe *in primis* essere conosciuta, ma anche citata, in modo da fornire motivazioni più trasparenti e controllabili.

Questa tecnica di motivazione può, se utilizzata con coerenza, avere un effetto che va oltre la singola decisione, in quanto può aumentare la legittimazione delle Corti nell'ambito del proprio sistema, che è il problema che qualsiasi giudice costituzionale si trova a fronteggiare. Ciò sia perché comunque si tratta di un contributo a motivazioni più ricche e trasparenti, sia perché citare la giurisprudenza straniera è un modo per le corti di essere parte del dialogo globale e, pertanto, di essere a loro volta citate, il che può aiutarle anche sul piano interno.

Mi pare che l'esperienza mostri che una corte che si isola ha molte meno probabilità di essere citata: è quanto sta avvenendo alla Corte suprema statunitense negli ultimi anni, una corte la cui giurisprudenza, un tempo al centro dell'attenzione mondiale, viene avvertita sempre più come irrilevante e isolata²².

¹⁹ Non sempre, in realtà: devo qui citare un'esperienza personale, ovvero la domanda di un collega di Taiwan di poter finalmente leggere in inglese la sentenza 1146/1988 della Corte costituzionale italiana, citata dalla Corte suprema di Taiwan nella sentenza con cui ha introdotto limiti impliciti alla revisione costituzionale.

²⁰ Anche se si tratterebbe di compiere su tale aspetto una verifica più attenta sugli ordinamenti didattici dei diversi paesi.

²¹ Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006, 201.

²² Claire L'Hereux-Dubé, «The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court», *Tulsa Law Journal*, 1998, 14.

Inoltre, al di là della legittimazione della singola decisione, o della singola corte, mi pare che si tratti anche di un contributo alla legittimazione della funzione stessa della giustizia costituzionale, che solo se capace di essere globale potrà fronteggiare decisioni (e reazioni) di un potere politico sempre più globale: è naturale che quando i beni costituzionali diventano interdipendenti ed indivisibili, e le risposte politiche di conseguenza tendono a spostarsi su tale scala, anche le giustizie costituzionali aspirino ad integrarsi, almeno nella forma di contesti deliberativi comunicanti.