



anno IV, n. 4, 2014

data di pubblicazione: 29 gennaio 2015

Recensioni

P. Martino (a cura di), I giudici di *common law* e la (*cross*)*fertilization*: i casi di Stati Uniti d'America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, p.166

Il volume, pubblicato a cura di Pamela Martino nella bella collana del *Devolution Club* "Nuovi Studi di Diritto Pubblico Estero e Comparato", diretta da Tania Groppi e da Alessandro Torre e dedicato alla (*cross*) *fertilization* nella giurisprudenza di alcune autorevoli Corti di *common law*, apporta un significativo contributo a un filone di studi sull'uso del precedente straniero (da intendersi, in senso lato, con riferimento ai diversi formanti degli ordinamenti e non solo a quello giurisprudenziale) già ricco, se si considera, in particolare, la dottrina anglosassone o, più in generale, quella in lingua inglese. Tale settore di ricerca non è ancora eccessivamente praticato dagli autori italiani, nonostante esistano studi, pubblicati sin dalla fine degli anni '90, sull'orientamento in materia della nostra Corte costituzionale e di altri autorevoli organi di con-





trollo della costituzionalità di ordinamenti non solo di *civil law*<sup>1</sup>. Non mancano, inoltre, analisi di autori italiani, sia in lingua italiana che inglese, che si occupano di alcune esperienze di Corti di *common law* di particolare interesse, come quella della *Constitutional Court of South Africa*<sup>2</sup>, o ancora volumi curati anche da autorevoli studiosi italiani, riguardanti un ricco ventaglio di esperienze giurisprudenziali, sia di Corti di *common law* che di *civil law*<sup>3</sup> ed in cui si pone l'accento specie sul ricorso ai precedenti giudiziari in caso di «interazione facoltativa» tra Corti<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Basti pensare, senza alcuna pretesa di esaustività, a: L. Pegoraro, P. Damiani, *Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, 411 ss.; L. Pegoraro, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato, Un'analisi comparatistica (e tuttavia razionale)*, Bologna, Clueb 2006; V. Zeno-Zencovich, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: una ricerca sul nulla?* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, p. 1993 ss.; A. Baldassarre, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 983 ss.; G.F. Ferrari, A. Gambaro (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, ESI, 2006.

<sup>2</sup> A. Lollini, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemiche nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 479 ss. e Id., *From Import to Export: the External Circulation of South African Constitutional Court Jurisprudence*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, p. 1457 ss.

<sup>3</sup> Spicca da ultimo, proprio a tale riguardo, il volume di T.Groppi, M.-C. Ponthoreau (eds.), *The use of foreign precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2013.

<sup>4</sup> Per utilizzare la terminologia di G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 97 ss., il quale fa ovviamente riferimento, con questa espressione letterale, all'uso di precedenti stranieri volontariamente accolti dalle Corti, al di fuori di quel circuito di «interazione necessitata» che invece si sviluppa quando l'organo giudiziale deve uniformare la propria giurisprudenza a quella di Corti chiamate a garantire il rispetto e l'uniforme applicazione di trattati di cui lo Stato sia parte contraente.



Con riguardo al volume in esame si può certo affermare che pare assai significativo che siano studiosi di ordinamenti di *civil law* ad occuparsi di alcune importanti Corti di *common law* (anche se, come sottolinea Pamela Martino nella sua premessa introduttiva, l'opera dovrebbe essere seguita da altri studi, dedicati, appunto, alle esperienze di *civil law*), considerato il grande interesse tra gli studiosi di diritto comparato per la valutazione delle differenze e delle sempre maggiori convergenze tra le due grandi famiglie giuridiche. D'altro canto, è del tutto ragionevole che l'esame di questo affascinante oggetto di studio, e cioè l'interazione o l'influsso tra gli argomenti utilizzati da Corti diverse, si sia iniziato dalla giurisprudenza delle Corti di *common law* che, per formazione culturale e giuridica e per derivazione storica, sono assai più abituate delle altre a temere il "vuoto" e a ricercare utili precedenti<sup>5</sup>, specie nei casi in cui la novità della disciplina di rango costituzionale o legislativo, parametro del loro controllo, le renda più incerte di fronte alla risoluzione di casi sensibili e complessi, in particolare riguardanti la tutela dei diritti fondamentali.

3

<sup>5</sup> Come la dottrina ha infatti di recente confermato, l'interazione giurisprudenziale si dà specialmente, per ovvi motivi di derivazione storica e di "compatibilità linguistica", tra le Corti di *common law* (in tal senso, T. Groppi, M.-C. Ponthoreau, *Conclusion. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice, An Uncertain Future*, in T. Groppi, M.-C. Ponthoreau (eds.), *The use of foreign precedents*, p. 429), componendo tra queste un «closed circle» che esclude le Corti di altri ordinamenti. Più in generale, si è ancora da ultimo affermato che il ricorso al diritto comparato pare particolarmente sviluppato proprio dalle Corti di *common law*: così L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, Bononia Un. Press, 2014, p. 244, anche se Id., *La Corte costituzionale italiana*, cit., p. 79 ha affermato che la «*common law* ha generato una particolare attitudine degli operatori a cercare la soluzione pratica (e tuttavia razionale), che li induce a considerare le soluzioni "migliori", ovunque e comunque esse siano state prese», anche se esistenti in aree di *civil law*.



Importanti ragioni spingono ad interrogarsi, come si fa infatti in questo volume, sulla reciproca circolazione degli argomenti nella giurisprudenza delle Corti. Tale oggetto di studio consente, infatti, di esaminare, da un osservatorio particolare e privilegiato, la posizione assunta dagli organi giurisdizionali supremi, sia all'interno del loro ordinamento nel rapporto con gli altri poteri dello Stato, sia con riguardo a fenomeni di integrazione a livello sovranazionale e internazionale destinati a svilupparsi in un'epoca di globalizzazione in cui al declino dei Parlamenti e alla conseguente maggiore dominanza nella forma di governo degli Esecutivi ha fatto indubbiamente seguito la sempre maggiore centralità dei giudici<sup>6</sup>. Questi sono chiamati infatti ad interpretare e ad applicare, garantendone la coerenza, sistemi giuridici a più livelli e per i quali la conoscenza della giurisprudenza e delle argomentazioni delle altre Corti non può che apparire nella maggior parte dei casi utile, e, talvolta, assolutamente necessaria<sup>7</sup> a meglio realizzare tale compito difficile e delicato.

Se questo è, dunque, il complesso scenario attuale, va in primo luogo segnalato come sia interessante la scelta del titolo dell'opera in esame che utilizza il termine (*cross*)fertilization ri-

<sup>6</sup> In tema, di recente, ad esempio, E. Ceccherini, *L'integrazione fra ordinamenti e il ruolo del giudice*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, p. 470 ss.

<sup>7</sup> Sui differenti modelli di ricorso da parte delle Corti ai precedenti stranieri, distinguendo tra un ricorso «limitato e "cauto"» proprio della *Supreme Court* statunitense, un ricorso «dialogico», tipico della *Supreme Court* canadese (che riterrebbe il precedente straniero non solo utile, ma necessario) e un ricorso da ritenersi «doveroso» perché basato sulla « generale condivisione ... di un patrimonio di valori e di principi fondamentali in tema di tutela dei diritti», secondo l'esempio della Corte sudafricana (anche in considerazione della s. 39 della Costituzione del 1996), A. Sperti, *I giudici costituzionali e la comparazione giuridica*, in *Giornale di storia costituzionale*, 11, 2006, p. 196 ss.



spetto ad altre possibili formule letterali, quali quelle di *cross-judicial influence*, *cross-constitutional influence* (simile alla *cross-constititutional fertilization*), *judicial transplant*, *trans-judicial borrowing* o *precedent borrowing*, solo per ricordarne alcune, tra le numerose coniate dalla dottrina<sup>8</sup>. Un'espressione, quella appunto di *(cross)fertilization*, che pare assai più espressiva e, forse, anche più corretta, almeno in molti casi, rispetto a quella assai diffusa che allude ad un dialogo, posto che come si è autorevolmente affermato<sup>9</sup>, il dialogo presuppone uno scambio reciproco, una interazione bidirezionale che, per lo più, pare non essersi in effetti realizzata tra Corti di sistemi diversi. La *(cross)fertilization* che può essere, però, semplicemente una *fertilization* unidirezionale (evento a cui sembra alludere quel *cross* posto tra parentesi tonde e che parrebbe tener conto proprio dell'obiezione all'uso del termine dialogo formulata dalla ricordata dottrina), fa riferimento a qualcosa di profondo e suggestivo, ad un'influenza apportatrice di buoni frutti per le decisioni delle Corti.

Quanto al contenuto del volume, questo si compone di sette diversi saggi. Il primo è dedicato da Francesco Palermo agli interrogativi di natura culturale, sistematica ed epistemologica nell'analisi del fenomeno della citazione e dell'utilizzo da parte delle Corti del precedente straniero. Il saggio utilmente proietta il lettore nello scenario di diversi tipi di "sfide". Tra queste, da un lato, si evidenzia quella che i giudici, specie costituzionali o supremi, devono affrontare in questo complesso momento di

<sup>8</sup> Tali diverse formulazioni o «definizioni descrittive» sono utilmente censite da A. Lollini, *Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale: metodi «forte» e «debole» a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2012, p. 974 s.

<sup>9</sup> Così G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., 15 ss.; D. Maus, *Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles*, in *Rev. française de droit constitutionnel*, 2009, 681 s.



globalizzazione, considerando che assai spesso il loro bagaglio culturale è lacunoso (e in molti casi poco aduso alla comparazione) e che anche quando scelgano di fare ricorso ai precedenti stranieri, assai profondi sono i rischi legati alla selezione arbitraria dei precedenti da “importare”<sup>10</sup>. Dall’altro lato, si tratta della sfida che la dottrina incontra in questa materia per «la creazione di una cornice concettuale sistematica in cui affrontare la circolazione del precedente giudiziario», un’attività che appare a Francesco Palermo non certo «velleitaria», ma al punto complessa da essere paragonata ad una «scalata di impervie montagne concettuali» e che pare però indispensabile per meglio comprendere come avvenga e quali effetti produca quella «circolazione di argomenti», più che di soluzioni effettive che serve a comprendere, piuttosto che a decidere e di cui deve essere ormai intessuto il formante giurisprudenziale. L’utilità della ricerca si collega, in particolare, ad una serie di “suggerimenti metodologici”, ben evidenziati da Francesco Palermo, tra i quali quelli legati: all’«affinare metodo e classificazione dell’uso del precedente extra-sistemico» (un precedente particolarmente significativo perché da non seguirsi in modo necessario come avviene, invece, per i precedenti delle Corti sovranazionali o internazionali a cui l’ordinamento riconnetta effetti diretti o indiretti); all’individuare i precedenti “occulti” di una determinata decisione o le motivazioni che stanno alla base della scelta da parte di alcune Corti e non di altre di determinati precedenti; a

<sup>10</sup> Rischi che come rileva A Lollini, *La circolazione degli argomenti*, cit., p. 486, sono legati, tra l’altro, ai criteri di selezione (con riguardo al “quando” fare ricorso a tali parametri, agli ordinamenti a cui guardare e al perché di tale scelta, assai spesso non motivata dal giudice) ma riguardano anche la possibilità che l’uso di parametri extra-sistemici produca «deficit di razionalità argomentativa, di coerenza sistematica e di crisi dell’idea di unità dell’ordinamento».



valutare la tipologia delle Corti che realizzino un più diffuso ricorso ai precedenti stranieri; al risalire all'origine di una regola utilizzata da una Corte internazionale o sovranazionale (paradigmatico il caso della integrazione europea, nel quale le pronunce della Corte di Giustizia sono «basate su regole di origine giurisprudenziale di un dato ordinamento che per questa via transitano in altri ordinamenti»).

Queste, dunque, sono alcune delle ambiziose “sfide” che si impongono alla dottrina giuridica. E si tratta di sfide che non è certo facile affrontare, posta la difficoltà di realizzare una selezione efficace delle decisioni da esaminare, a causa del sempre più diffuso numero di citazioni straniere che compaiono nelle sentenze<sup>11</sup> e delle diverse caratteristiche dei sistemi giuridici da valutare, problemi, questi, ben evidenziati da chi si è di recente dedicato a questo appassionante filone di ricerca<sup>12</sup>. Si può dire, però, che le «giovani studiose (sì, tutte donne, e non un pare un caso) comparatiste italiane» (come le definisce alla fine del suo saggio Francesco Palermo), scrivendo le successive parti di questo volume, abbiano davvero cercato di raccogliere tali sfide, pur rispondendo a suggestioni diverse. Se, infatti, i saggi di Laura Fabiano, Maria Dicosola, Valentina Rita Scotti, Pamela Martino, sono dedicati ad una diversa Corte di *common law* (analizzando, rispettivamente, la *Supreme Court* di Stati Uniti d'America, Canada, Unione indiana e Regno Unito), lo studio di Egeria Nalin, riguarda, invece, i nuovi Protocolli alla Con-

<sup>11</sup> In tema, A. Lollini, *Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 973.

<sup>12</sup> Si vedano, in questo senso, le considerazioni introduttive, di T. Groppi, M.-C. Ponthoreau, in T. Groppi, M.-C. Ponthoreau (eds.), *The use of foreign precedents by Constitutional Judges*, cit., p. 3 ss.



venzione di Roma che potrebbero modificare, per alcuni significativi profili, il ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo specie nei confronti dei giudici supremi, mentre il saggio di Marina Calamo Specchia presenta al lettore utili considerazioni conclusive sulle caratteristiche e l'attività degli organi giurisdizionali che si dedicano al controllo di costituzionalità.

Se si considerano i saggi riguardanti la giurisprudenza delle ricordate Corti di *common law* è evidente come il *country by country approach* utilizzato, sia assai utile per chiarire la differenziale sensibilità manifestata da ognuno di questi organi giurisdizionali nei confronti del precedente extra-sistemico. Una sensibilità che è specchio della percezione nei confronti del ruolo interpretativo e creativo affidato ai giudici, ma che è espressione anche degli orientamenti culturali sviluppati dalla Corte nel suo complesso nelle diverse fasi della sua attività e della diversa formazione giuridica dei giudici che compongono ognuno di questi organi, alcuni dei quali si staccano dai colleghi per la particolare predisposizione all'uso del precedente straniero o, viceversa (con particolare riguardo al caso nordamericano), per la recisa opposizione a tale uso. Differenti aspetti che, come tessere di un mosaico, servono per illustrare gli atteggiamenti delle quattro Corti di *common law* esaminate.

Così, la ben nota polemica tra *Justice* Scalia e *Justice* Breyer sull'uso dell'argomento extra-sistemico, gli *hearings* dell'attuale *Chief Justice* della Corte suprema americana, Roberts, prima della nomina di fronte alla Commissione Giustizia del Senato sullo stesso tema, le posizioni dei giudici definiti "*transnational five*" (Stevens, O'Connor, Kennedy, Ginsburg e Breyer) e dei giudici "nazionalisti" (in particolare Scalia, Thomas, Roberts) illustrate nel saggio di Laura Fabiano, sono in realtà espressione di una contrapposizione ancora assai diffusa nell'ordinamento nordamericano che riguarda le diverse teorie sull'interpretazione del-





anno IV, n. 4, 2014

data di pubblicazione: 29 gennaio 2015

Recensioni

la Costituzione e il ruolo più o meno incisivo affidato al giudice, non legittimato democraticamente nei confronti del legislatore, anche se l'orientamento mirante a ridurre le potenzialità interpretative dei giudici, col precludere a loro il ricorso all'argomento extra-sistemico, lungi dal potersi intendere come neutrale, disvela in realtà una scelta anch'essa ideologicamente orientata sul ruolo da assegnare all'interprete del diritto.

Il ricorso agli argomenti extra-sistemici è insomma così problematico da essere percepito come fonte di divisione non solo tra gli stessi giudici supremi, Scalia ritenendolo un «sotterfugio sofisticato per giustificare scelte personali» e Roberts, non troppo diversamente, considerandolo come lo scegliere tra la folla un amico, così dimostrando quanto possa essere discrezionale il ricorso a tale risorsa interpretativa, ma da motivare uomini politici, ad opporsi al possibile ruolo "eversivo" delle Corti. Spicca a tale riguardo, come si ricorda nel saggio, la presentazione di proposte di *resolutions* volte a inibire tali forme di interpretazione giudiziale, allo scopo di difendere quell'"eccezionalità" che è segno distintivo dell'ordinamento americano. Eppure, come pone in evidenza Laura Fabiano, anche tra le contrapposizioni esistenti all'interno della Corte suprema, non c'è dubbio che l'uso dell'argomento extra-sistemico sia stato utilizzato dai giudici di questa Corte, specie tra il 1997 ed il 2005, ed in particolare quando le decisioni riguardavano oggetti particolarmente sensibili, come la pena di morte o l'orientamento sessuale anche se, forse proprio per contrastare l'idea di una eccessiva discrezionalità o politicizzazione da parte dei giudici la Corte Roberts pare negli ultimi anni aver fatto un ricorso sempre più ridotto al precedente straniero.

Come sottolinea, invece, Maria Dicosola, il sistema canadese è informato ad un «sincero interesse per l'approccio comparativo», a cui sembra quasi naturalmente orientato non solo per il



suo tipico multi-culturalismo o per la natura più composita sotto il profilo giuridico che gli è propria, considerando anche l'esperienza giuridica del Quebec francofono, ma per l'esistenza di clausole costituzionali che, facendo riferimento alle limitazioni ai diritti ragionevoli in una società libera e democratica, sembrano favorire la sensibilità comparatistica del giudice. In terra canadese non c'è traccia della contrapposizione, dai toni talora eccessivamente accesi, quanto all'uso dell'argomento extra-sistemico, che è tratto tipico dell'ordinamento americano. La giurisprudenza della Corte suprema canadese può anzi essere utilmente distinta in una serie di fasi: da una prima tra il 1944 ed il 1963 in cui sono specialmente i precedenti inglesi ad essere considerati, a successive, rispettivamente comprese tra il 1963 ed il 1984 e tra il 1984 ed il 2000, in cui sono invece i precedenti americani ad essere utilizzati, precedenti poi progressivamente ridotti. In concomitanza con l'entrata in vigore della *Charter of Rights and Freedom* del 1982, la Corte suprema non ha esitato ad utilizzare argomenti tratti dalla giurisprudenza delle Corti internazionali, dalle Corti di giustizia europea ed, in particolare, per i casi più complessi, dalla autorevole Corte di Strasburgo a cui si sente legata (pur essendo il Canada, come rileva l'autrice, solo Paese osservatore presso il Consiglio d'Europa), da un lato, per l'afferenza ad una medesima «cultura giuridico-costituzionale» in tema di diritti, dall'altra, per essere stata la Convenzione europea, un modello per l'elaborazione di alcune previsioni della Carta canadese. La Corte ha invece preso talora le distanze dalla giurisprudenza americana che in molti casi non le è potuta servire da esempio, per la caratteristica concezione delle libertà negative che sembra connessa al *Bill of Rights* e per la mancanza di quella tradizione più comunitaria ed aperta ai gruppi sociali che è invece propria del sistema canadese. Nel saggio dedicato alla *Supreme Court* canadese l'apertura alla



anno IV, n. 4, 2014

data di pubblicazione: 29 gennaio 2015

Recensioni

comparazione viene illustrata attraverso gli orientamenti di alcuni giudici significativi. Spiccano i nomi di L'Hereux-Dubé, favorevole all'uso del diritto internazionale e alla sua «forza persuasiva» nell'interpretazione e di La Forest. Quest'ultimo, in particolare formatosi a Oxford e Yale, ritiene utile l'uso del precedente straniero, auspicando un autentico dialogo tra la Corte canadese e la sua omologa nordamericana. Se infatti quest'ultima è, come si è detto, tendenzialmente molto meno orientata all'argomento extra-sistemico, la prima lo utilizza con moderazione ed intelligenza, servendosi quando la novità o la complessità del caso la induce a ricercare precedenti, pur non dimenticando mai le caratteristiche essenziali del proprio ordinamento.

Un atteggiamento, quest'ultimo, che è condiviso anche dalla Corte dell'Unione indiana esaminata da Valentina Rita Scotti. Un organo giurisdizionale cui è stato affidato un compito particolarmente complesso ma che, come ricorda l'autrice del saggio, è stato disimpegnato in modo efficace nella tutela dei diritti fondamentali e nella ricostruzione talora creativa di alcuni di essi. La difficoltà del compito è evidente se si ricorda che la *Supreme Court* è chiamata ad amministrare una Costituzione lunga ed ispirata a differenti sistemi costituzionali, ognuno dei quali ha lasciato traccia nella forma di governo, nel tipo di Stato o nella cultura dei diritti di un ordinamento che è un insieme composito di tradizioni giuridiche diverse (tra le quali anche quelle indù e musulmana). Pur non essendo possibile, come nota l'autrice, distinguere in differenti fasi l'attività della *Supreme Court* indiana (di volta in volta "originalista" o "attivista"), appare però evidente come sia peculiare e frutto di un'attenta selezione l'uso dell'argomento extra-sistemico (tratto, in particolare, dalla giurisprudenza delle Corti di *common law*), senza dimenticare il richiamo alle disposizioni della Convenzione euro-



pea dei diritti dell'uomo e alle previsioni di Costituzioni straniere (piuttosto che alla giurisprudenza delle relative Corti, ed in particolare di quella europea, cui invece non si fa per lo più riferimento). Il precedente straniero è utilizzato dalla Corte indiana per garantire un maggiore consenso alle sue decisioni; per aumentare la sua legittimazione nei confronti dei poteri dello Stato (specie, in passato, nella pericolosa contingenza di un "braccio di ferro" con un potere esecutivo desideroso di limitare alcuni diritti senza troppo badare alle disposizioni costituzionali e con riguardo alle relazioni con un potere legislativo limitato proprio dalla Corte nei suoi poteri di revisione costituzionale). Il precedente straniero è però utilizzato anche per favorire, si potrebbe dire con un atteggiamento nazionalista, un più significativo accoglimento dell'ordinamento indiano nella comunità degli Stati democratici. Anche nell'esame della Corte indiana si tiene conto di un dato indispensabile per valutare l'uso del precedente straniero: la formazione dei giudici che compongono la Corte, non più legati solo al *cliché* del giudice bramino e indù del passato, ma sempre più aperti alle esperienze estere e alla conoscenza della giurisprudenza straniera, sia per i rapporti diretti con gli organi giurisdizionali e con avvocati e accademici di altri ordinamenti, sia per il diffuso ricorso alle nuove tecniche informatiche.

E proprio la natura sempre più affinata e sensibile di giudici adusi ai mutamenti della realtà sociale e della cultura giuridica e non contrari all'uso del precedente straniero, ma anche il peso della loro specifica e diversa formazione ed esperienza (che è uno degli utili *leit-motiv* che si riscontra nei diversi contributi del libro, che insegna a non considerare mai le Corti come organi monolitici, ma piuttosto come un *ensemble* di persone che suonano musica, ma con strumenti diversi), sono l'oggetto del saggio di Pamela Martino, dedicato alla *Supreme Court* del Re-



anno IV, n. 4, 2014

data di pubblicazione: 29 gennaio 2015

Recensioni

gno Unito. Si tratta di una Corte che, come è noto, istituita dal *Constitutional Reform Act* del 2005 ha cominciato a funzionare nell'ottobre del 2009 e la cui esperienza manifesta quella che l'autrice definisce l'«intera gradualità dialogica» nel ricorso alla comparazione, spaziando «dal confronto sull'interpretazione del diritto tra giudici di differenti giurisdizioni in sedi di incontro formali ed informali» ad un «richiamo al precedente straniero, operato nelle pronunce, che sia puntuale o implicito (per dissociazione o per adesione) o (che) costituisca il perno di una linea argomentativa comparativa intrinseca alla *ratio decidendi*», sino, infine, alla previsione «di procedure, quale il rinvio pregiudiziale, integrative di un processo formale volto a produrre un assetto cooperativo dell'interazione tra Corti». La «giovane» *Supreme Court* (talora raccogliendo il testimone dalla *House of Lords*, ma talvolta in dissonanza rispetto alla sua autorevole «progenitrice») è già divenuta, come ricorda Pamela Martino, «prisma della *cross-fertilization*» e «bacino di fermentazione di rinnovate forme di dialogo». Un dialogo (che assai più di quanto non possa realizzarsi per le Corti autorevoli, ben esaminate nei saggi precedenti, i cui ordinamenti non afferiscono a quello spazio di integrazione europea a duplice livello sovranazionale in cui è invece inserito l'ordinamento britannico), se è «prudente» (per utilizzare sempre le espressioni dell'autrice) e non ancora del tutto definito con le Corti straniere, si fa «esplicito ed interlocutorio» sia con la Corte di Giustizia europea sia, in particolare, con la Corte di Strasburgo, evolvendosi (ed in ciò sta il suo interesse), come un vero dialogo e cioè «in senso non più verticale, ma orizzontale».

È certo, infatti, che se l'attenzione ai precedenti delle Corti di *common law* (in particolare, quelli australiani, neozelandesi, canadesi) non può che essere significativa, specie nei casi riguardanti i diritti, dato non solo la comune radice giuridica e la



compatibilità linguistica, a focalizzare l'attenzione del lettore sono specialmente la diversa sensibilità ed esperienza dei giudici supremi britannici quanto all'uso del precedente straniero e i rapporti della *Supreme Court* con la Corte di Strasburgo e le differenze con gli orientamenti a riguardo della *House of Lords* (del cui *Appellate Committee* la nuova Corte ha pur ereditato, come è ben noto, le competenze insieme a quelle, in tema di *devolution issues*, del *Judicial Committee del Privy Council*).

Quanto al primo profilo, si ricorda che la distanza tra i componenti della *Supreme Court* quanto all'uso del precedente straniero non riguarda (con evidente dicotomia rispetto al caso statunitense) la contrapposizione tra chi non intenda farne uso e chi, invece, lo ammetta. Pur nel generale favore per il ricorso all'argomento extra-sistemico, i giudici si distinguono a secondo che si inclinino al diritto straniero in modo indiretto (come la vice-presidente della Corte Brenda Hale) o che considerino utile il richiamo al precedente a sostegno dell'interpretazione e ad integrazione della decisione (come, ad esempio, il giudice Mance).

Quanto, invece, alla relazione con la Corte di Strasburgo l'autrice nota che se la *House of Lords* pareva aver sviluppato una relazione tendenzialmente gerarchica con la Corte di Strasburgo, la *Supreme Court*, ha invece introdotto una interazione assai più avanzata e quasi paritaria con quest'ultima, cui si deve, d'altro canto, la stessa recente trasformazione dell'ordinamento britannico nel senso di una più visibile separazione tra i poteri dello Stato. Hanno interpretato il ruolo di tessitori pazienti di questa interazione alcuni autorevoli giudici come il primo presidente della Corte, Lord Phillips, particolarmente favorevole allo sviluppo di tale dialogo, esemplificato di recente dal susseguirsi di differenti decisioni della Corte di Strasburgo che, in risposta a valutazioni dissonanti della *Su-*



*preme Court*, ha favorito una meno recisa interpretazione del contrasto tra sistema britannico e Convenzione europea, ad esempio considerando le caratteristiche del processo di *common law*. Ma anche altri autorevoli componenti della *Supreme Court* come Lord Kerr hanno sostenuto, da un lato, la necessità di un approccio non deferenziale alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (un approccio ritenuto utile a garantire un più efficace sviluppo proprio dell'attività di quest'ultima Corte da uno dei suoi ultimi Presidenti, Nicolas Bratza) e, dall'altro, la possibilità di giudicare con autonomia anche in ipotesi nelle quali manchi giurisprudenza della Corte sovranazionale. Posizione, questa, non del tutto univoca tra i componenti della *Supreme Court* che, come i giudici Hope e Brown, hanno dimostrato invece di preferire un orientamento più deferenziale e meno autonomo nei confronti di Strasburgo. Insomma, l'ordinamento britannico fornisce una utile chiave di lettura, da un lato, delle difficoltà del dialogo tra Corti (ed in particolare con la Corte di Strasburgo) e dei diversi orientamenti a riguardo nell'interpretazione dello *Human Rights Act 1998* cui si deve l'incorporazione nel diritto del Regno Unito della Convenzione europea, ma anche della straordinaria utilità di tale dialogo per una sempre più efficace interazione tra il sistema di *common law* e quelli di *civil law* attraverso l'intermediazione della Corte di Strasburgo, senza dimenticare la riflessione avviata dalla *Supreme Court* sulle tecniche di redazione delle sentenze, utili a meglio garantire la trasparenza del processo decisionale e il dialogo tra le Corti.

E proprio l'importanza della giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo e la tendenza ad evitare contrapposizioni nell'interpretazione dei disposti della Convenzione europea spiega l'inserimento nel volume in commento, dedicato a Corti di *common law* che pur in misura assai diversa hanno fatto rife-



rimento proprio alle decisioni della Corte di Strasburgo o alle previsioni della Convenzione europea, di un saggio quale quello di Egeria Nalin, che si occupa, invece, delle innovazioni riguardanti tale organo giurisdizionale, introdotte anche a causa dell'orientamento talora critico dell'ordinamento britannico nei confronti di alcune sue note decisioni. Il Protocollo n. 15 si propone di inserire nel preambolo della Convenzione il riferimento al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine di apprezzamento, disattendendo il contrario avviso a riguardo della Corte di Strasburgo che ha però ottenuto che almeno nel rapporto esplicativo al Protocollo tali principi fossero da intendersi secondo la sua giurisprudenza, così salvaguardando la sua posizione. Quanto al Protocollo n. 16, invece, questo garantisce alla Corte europea la competenza ad emanare pareri consultivi non vincolanti a richiesta dei giudici supremi (da interpretarsi nel senso indicato dai singoli ordinamenti statuali) su questioni di principio relative all'interpretazione e all'applicazione dei diritti e delle libertà disciplinati dalla Convenzione. Scopo evidente di quest'ultimo Protocollo è dunque quello di accrescere il dialogo tra giudici nazionali ed europei garantendo una migliore attuazione della Convenzione col chiarire i dubbi interpretativi attraverso la manifestazione alla Corte degli orientamenti dei giudici nazionali con un meccanismo simile a quello della questione pregiudiziale di fronte alla Corte di giustizia europea (anche se l'autrice non manca di illustrare le aporie di tale nuovo strumento consultivo che, essendo di applicazione facoltativa, pare lasciato alla discrezionalità dei giudici nazionali e che non potrebbe essere davvero utile laddove si tratti di rimuovere «cause strutturali» connesse alla violazione della Convenzione da parte della legislazione nazionale, la cui modifica è lasciata all'azione dei poteri politici degli Stati).





Concludono il volume ora in esame una serie di utili riflessioni (che non possono certo, in questa sede, essere tutte riassunte) dedicate da Marina Calamo Specchia agli aspetti forse più significativi della giurisprudenza delle Corti, pur con l'utile avvertenza che spesso non di comunicazione bilaterale si tratta quanto piuttosto di «movimenti culturali unilaterali». Così, si sottolinea la tendenziale omogeneizzazione sia tra le funzioni esercitate dalle Corti che quanto ai parametri e alle tecniche decisorie e si richiama una utile classificazione che fa leva su una «tipologia forte» o «debole» a seconda che il ricorso al «materiale straniero» abbia nell'argomentazione del giudice un valore confermativo, probatorio o semplicemente esemplificativo<sup>13</sup>; si ricorda la diversità tra i «sistemi costituzionali integrati» (tra i quali il «continente europeo è uno spazio dialogico privilegiato» nel quale spiccano la Corte di giustizia e la Corte dei diritti dell'uomo) e «sistemi costituzionali paralleli», in cui il ricorso alla giurisprudenza esterna, non assumendo alcuna valenza obbligatoria e «verticale», ha solo un significativo valore persuasivo, di livello, per così dire, «orizzontale»; si analizzano gli scopi per i quali le Corti utilizzano l'argomento extra-sistemico, specie quando si tratti di tutelare i diritti fondamentali; si sottolineano le differenti modalità della comunicazione giuridica tra le Corti (diversa dalla comparazione giuridica che si realizza, invece, «con canoni ermeneutici precisi e rigorosamente scientifici»), utilizzando a tale scopo una distinzione tra forme di «strong communication/fertilization» (che si collega all'uso di citazioni diffuse da parte delle Corti dei precedenti giurisprudenziali stranieri, ma anche della dottrina e della giurisprudenza, secondo l'esperienza paradigmatica a riguardo della Corte co-

<sup>13</sup> Secondo la tipologia utilizzata da A. Lollini, *Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 979 ss.



anno IV, n. 4, 2014

data di pubblicazione: 29 gennaio 2015

Recensioni

stituzionale sudafricana, ma anche delle Corti canadese, inglese ed indiana), di «*soft communication/fertilization*» (espressione da utilizzarsi quando i giudici operano un richiamo solo implicito all'argomento extra-sistemico, subendone una semplice influenza culturale), e di «*technical communication/fertilization*» (formula che allude, invece, ad orientamenti simili delle Corti quanto agli strumenti utilizzati per la risoluzione delle questioni di costituzionalità), senza dimenticare l'esistenza di canoni di «carattere più universale» come la ragionevolezza ed il margine di apprezzamento.

Insomma, la lettura di questo volume si conferma ricca di suggestioni non solo per lo studioso di diritto comparato (che trova nei saggi qui raccolti una conferma del rilievo e dell'utilità a fini pratici, ma anche dell'estrema delicatezza del suo oggetto di studio), ma, più in generale, per chi voglia intraprendere un interessante viaggio tra gli orientamenti di Corti dotate di diversa sensibilità e apertura all'argomento extra-sistemico che, se non dimenticano mai la particolare identità del loro ordinamento, hanno compreso di non detenere, nel risolvere casi complessi e spesso simili, il «monopolio della saggezza»<sup>14</sup>.

Miryam Iacometti

(Professore associato di Diritto pubblico comparato,  
Università degli Studi di Milano)

<sup>14</sup> Per usare la bella espressione di B. Marquesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 16.