

Ar2

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze Umanistiche e Sociali
dell'Università di Sassari

Carla Bassu

Comparazione giuridica e diritto giurisprudenziale

L'esperienza delle Corti di vertice
di Australia e Nuova Zelanda



Copyright © MMXIII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-6518-1

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: ottobre 2013

A Jean Michel

Indice

- 9 *Introduzione.*
Il dialogo tra le Corti. Il circuito privilegiato degli ordinamenti di common law
- 31 *Capitolo I*
La giustizia costituzionale negli ordinamenti di matrice anglosassone. Origine e differenziazione di un modello
- 1.1. Il sistema di giustizia costituzionale dell'Australia, 31 – 1.1.1. *La High Court of Australia*, 31 – 1.1.2. *Il modello australiano di judicial review*, 40 – 1.2. Il ruolo del giudiziario in rapporto al principio della *sovereignty of Parliament* in Nuova Zelanda, 45 – 1.2.1. *Le peculiarità del sistema neozelandese e l'avvento del Bill of Rights*, 45 – 1.2.2. *La Supreme Court of New Zealand*, 49.
- 55 *Capitolo II*
Il ruolo della comparazione giuridica nelle decisioni della High Court of Australia
- 2.1. Diritto straniero e comparazione nella dinamica decisionale della High Court of Australia, 55 – 2.1.1. *La non vincolatività del parametro straniero per la giurisprudenza richiamante*, 67 – 2.2. Il ruolo della comparazione nella determinazione delle soluzioni giurisprudenziali, 69 – 2.3. La selezione dei termini di comparazione, 73 – 2.4. L'impatto della comparazione giuridica sul modello di tutela dei diritti fondamentali, 76 – 2.4.1. *Il caso Momcilovic e la Victorian Charter of Human Rights*, 78 – 2.4.2. *Il caso Al-Kateb: la High Court richiama il diritto straniero ma segue la propria strada*, 89 – 2.4.3. *La dottrina australiana dei diritti impliciti*, 101 – 2.4.4. *La tutela della libertà di comunicazione politica e la relazione con il concetto di representative and responsible government*, 102 – 2.5. L'elaborazione giurisprudenziale del concetto australiano di democrazia rappresentativa alla luce del diritto straniero, 116.

- 123 **Capitolo III**
Il ruolo della comparazione giuridica nella giurisprudenza della Corte Suprema della Nuova Zelanda
- 3.1. Diritto straniero e comparazione nella dinamica decisionale della *Supreme Court of New Zealand*, 123 – 3.2. La selezione dei termini di comparazione, 128 – 3.3. Il ruolo della comparazione nell’assetto di tutela dei diritti fondamentali alla luce del *New Zealand Bill of Rights Act*, 131 – 3.3.1. *Il caso Zaoui — il ruolo della comparazione della determinazione dei diritti dei rifugiati*, 135 – 3.4. L’influenza del diritto straniero sulla determinazione di un modello implicito di sindacato giurisdizionale di legittimità, 145 – 3.4.1. *Hansen v. The Queen: il principio della presunzione di innocenza in virtù del diritto straniero e la verifica di legittimità delle norme alla luce del NZ Bill of Rights*, 147.
- 159 *Considerazioni conclusive.*
Corti in ascolto: Australia e Nuova Zelanda, un modello di interazione costituzionale
- 165 *Bibliografia*

Introduzione

Il dialogo tra le Corti. Il circuito privilegiato degli ordinamenti di *common law*

1. Il ricorrere sempre più frequente ed esplicito al diritto straniero e al diritto comparato¹ nella determinazione e nell'argomentazione delle decisioni delle Corti Supreme e dei Tribunali Costituzionali di molti ordinamenti contemporanei accende una luce su un tema complesso, che spinge a interrogarsi sulla nuova fluidità dei confini dell'elaborazione giuridica nell'ambito della vasta gamma di Paesi che fondano il proprio modello istituzionale sui principi del costituzionalismo moderno².

1. Sulla distinzione tra ricorso a riferimenti giuridici stranieri e comparazione si v. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino 2010.

2. V. in proposito B. ACKERMAN, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 Va. L. Rev., 1997, pp. 771 ss.; S. CHOUDHRY, *Globalization in search of Justification: Towards a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, 74 Ind. Law J., 1999, p. 289 ss.; attorno al ruolo svolto dal diritto straniero sulla giurisprudenza delle democrazie liberali si articola la teoria del cosiddetto « new comparativism », v. in proposito L. WEINRIB, *Constitutional Conceptions and Constitutional Comparativism* in V.C. JACKSON, M. TUSHNET (a cura di), *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, Praeger, Westport, 2002, p. 3; V.C. JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford Univ. Press 2009; cfr. anche P.G. MONATERI, *Comparer les comparaisons. Le problème de la légitimité culturelle et le nomos du droit*, in P. LEGRAND (ed.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, Paris, 2009, pp. 69 ss.; D. NELKEN, *Comparing Legal Cultures*, in A. SARAT (ed.), *The Blackwell Companion to Law and Society*, Blackwell, Oxford, 2008, pp. 50 ss.; D. NELKEN, *Using the Concept of Legal Culture*, in Austl. J. Leg. Phil., 2004, pp. 1 ss.; M. VAN HOECKE, M. WARRINGTON, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, in Int.'l Comp. L. Q., 1998, pp. 495 ss.; R. COTTERRELL, *The Concept of Legal Culture*, in D. NELKEN (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Brookfield, Dartmouth, 1997, pp. 13 ss.; C. SAUNDERS, *Judicial Engagement with Comparative Law*, in T. GINSBURG, R. DIXON (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Elgar, Cheltenham, 2011, 571 ss.; si segnala una netta contrapposizione — soprattutto nella dottrina giuscomparatistica di ambito privatistico — tra chi ritiene la circolazione dei modelli giuridici necessaria e imprescindibile nello sviluppo della scienza comparata e chi invece rifiuta l'ipotesi di trapianti di norme e la diffusione dei sistemi, cfr. gli Autori

« Dialogo » è il termine, significativo ed evocativo, cui la dottrina fa più spesso riferimento nel definire l'utilizzo del diritto straniero e comparato nelle pronunce delle alte corti, esprimendo l'importante fenomeno di attenzione e comunicazione nell'attività di creazione giurisprudenziale del circuito delle democrazie liberali³. Fino a ora, i numerosi studi in materia si sono soffermati prevalentemente sulla circolazione della giurisprudenza tra le diverse Corti⁴, ma prende pie-

che hanno dato origine alla discussione in materia, sul fronte favorevole alla circolazione dei modelli si v. A. WATSON, *Legal Transplant: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974, trad. it., *Il trapianto di norme giuridiche: un approccio al diritto comparato*, Napoli, ESI, 1984; sul fronte contrario v. P. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplant*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 1997, pp. 11 ss. Tale radicale conflitto tra scuole di pensiero si attenua progressivamente in conseguenza dell'affermazione di una visione dinamica dei fenomeni della circolazione giuridica e dei trapianti normativi, in cui prevale lo studio del contesto istituzionale e sociale di riferimento e della modalità di produzione delle norme, in un'ottica che tiene conto della complessa interazione dei diversi formanti del diritto, v. R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *Am. Journ. Comp. L.*, 1991, pp. 343 ss.; si v. inoltre G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, in *Mod. L. Rev.*, 1998, p. 11; R. COTTEREL, *Comparative Law and Legal Culture*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 709 ss.; M. GRAZIADEI, *Legal Transplant and the Frontiers of Legal Knowledge*, in *Theor. Inq. L.*, 2009, pp. 693 ss.; J. FEDTKE, *Legal Transplants*, in J. SMITS (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, II ed., 2012, pp. 434 ss.; A. LIKHOVSKI, *Argonauts of Eastern Mediterranean: Legal Transplants and Signaling*, in *Theor. Inq. L.*, 2009, pp. 619 ss.; A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino, III ed., 2008, pp. 20 ss.; E. ÖRÜCÜ, *Unde Venit, Quod Tendit Comparative Law?*, in E. HARDING, E. ÖRÜCÜ (eds.), *Comparative Law in the 21st Century*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, pp. 1 ss.

3. Sulla scelta del termine « dialogo » ai fini della indicazione del tema in oggetto si v. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna 2010, p. 10 ss.; sulla rilevanza della dimensione culturale del diritto ai fini di una fruttuosa circolazione dei modelli giuridici si v. G. MARINI, *Taking Comparative Law Lightly. On Some Uses of Comparative Law in the Third Globalization*, in *Comp. L. Rev.*, Spring 2012, p. 16, il quale rileva che « comparison is no longer only a method but it is a scientific endeavour which has as its subject matter legal studies: the circulation of models, their dissociations and internal relations, their homologation and correspondences ».

4. V. T. GROPPI, M. C. PONTTHOREAU (a cura di), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, Oxford 2013; S. CASSESE, *Legal comparison by the Courts*, *Pielagus*, n. 9, 2010, p. 21 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, cit.; G. HALMAI, *The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, pp. 1328 ss.; C. SAUNDERS, *Judicial Engagement with Comparative Law*, in T. GINSBURG, R. DIXON (eds.), *Comparative Constitutional Law*, cit., p. 571 ss.; D. MAUS, *Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles*, in *Rev. Fr. Dr. Const.*, 2009, p. 684.; B. FLANAGAN, S. AHERN, *Judicial Decision — Making and*

de anche l'interesse sul ruolo della dottrina e del formante normativo che — a monte — influiscono sulla formazione degli interpreti del diritto, sempre più cosmopoliti⁵, risultando altresì in rimandi espliciti o impliciti contenuti nelle sentenze.

L'utilizzo della comparazione giuridica da parte di giudici costituzionali favorisce la dinamicità dell'ordinamento e lo sviluppo di una logica pluralistica, riducendo la probabilità di una chiusura dell'apparato istituzionale a posizioni irrigidite da una visione esclusivamente interna⁶ e promuovendo l'evoluzione del sistema⁷.

Eppure, in determinati contesti, il ricorso alla comparazione o l'utilizzo di riferimenti stranieri è ancora accolto con diffidenza perché produce una almeno apparente deroga a una dimensione del costituzionalismo ancorata all'ambito nazionale, alla storia e alla cultura istituzionale che trovano espressione nella Costituzione⁸.

Si pensi al caso della Corte Costituzionale italiana in cui si registrano solo pochi riferimenti espressi alla comparazione⁹. Attenzione

Transnational Law: A Survey of Common Law Supreme Court Judges, in 60 ICLQ I, 2011.

5. Tania Groppi, sottolinea come 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; Michael Kirby in Australia; Claire L'Hereux-Dubé in Canada; Stephen Breyer negli Stati Uniti, Guy Cantivet in Francia; Sabino Cassese in Italia » accomunati da sensibilità ed esperienze internazionali, v. T. GROPPI, *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti Costituzionali*, in Quaderni Costituzionali, 2011, pp. 199 ss.

6. In questo senso si v. G.F. FERRARI, A. GAMBARO, *Le corti nazionali e il diritto comparato. Una premessa*, in G.F. FERRARI, A. GAMBARO (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, ESI, Napoli 2006, XIII, « (l'utilizzo del diritto comparato da parte dei giudici costituzionali) consente da un lato di non cadere nel soggettivismo volonrarristico e dall'altro di mantenere una elevata capacità critica nel controllo dell'evoluzione del sistema di riferimento, senza appiattare l'apporto valutativo nel nuovo dogmatismo di una sorta di sistema assiologico sovrastatale, ma favorendo la dialettica del pluralismo delle idee e delle formule operative, e mostrando i limiti degli ordini valutativi chiusi ed astratti, prigionieri del proprio originalismo o di rigidità morali non realistiche »; si segnala altresì quanto affermato da Duranti, secondo il quale l'uso giudiziale della comparazione costituzionale « dilata le opzioni argomentative a disposizione dell'interprete », v. F. DURANTI, *Ordinamenti costituzionali di matrice anglosassone*, Aracne, Roma 2012, p. 72; si v. anche A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton, 2006, p. 201 « Il diritto comparato mi serve come uno specchio: mi consente di osservarmi e di comprendermi meglio »

7. B. MARKESINIS, J. FEDKE, *Giudici e diritto straniero*, Il Mulino, Bologna 2009, p. 145.

8. V. S. CHOUDRY, *The Lochner Era and Comparative Constitutionalism*, in Int. J. Const. L., 2, 2004, p. 48.; G.F. FERRARI, A. GAMBARO (a cura di), *The Italian Constitutional Court and Comparative Law. A premise*, in Comparative Law Review, 2012, p. 5.

9. V. V. ZENO ZENCOVICH, *Il contributo storico comparativistico nella giurisprudenza della*

però, l'assenza di citazioni esplicite non deve necessariamente far presumere una assenza di considerazione del parametro straniero: Antonio Baldassarre, Presidente emerito della Consulta, ha sottolineato come la comparazione sia invece attentamente valutata dai giudici costituzionali nel determinare le decisioni e la prova di ciò sarebbe contenuta nei fascicoli preparatori predisposti per istruire le cause. Addirittura, la comparazione con ordinamenti stranieri ma simili all'Italia costituirebbe una delle voci più influenti nella formulazione delle argomentazioni¹⁰. La mancata esplicitazione dei riferimenti comparatistici potrebbe derivare anche dalla natura collegiale delle decisioni, che influenza la formulazione della struttura argomentativa impedendo ai singoli giudici di esprimere un parere individuale supportato da elementi distintivi. In generale pare potersi affermare che la Corte Costituzionale italiana — al pari di altri organi che prevalentemente non operano in regimi di *common law* — risulti solo apparentemente e formalmente riluttante all'utilizzo della comparazione e del diritto straniero¹¹.

Rileva in questo senso anche la giurisprudenza della Corte Suprema di Israele¹² in cui — per evidenti ragioni di natura storica legate al dramma della Shoah e al ruolo esercitato dalla Germania nello

Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2005, p. 1995.

10. V. A. BALDASSARRE, *La Corte Costituzionale italiana e il metodo comparativo*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2006, p. 989 ss.

11. V. M. MAZZA, *Alcune tracce di diritto (occulto) del diritto comparato nella giurisprudenza della Corte Costituzionale della Federazione di Russia*, in G.F. FERRARI, A. GAMBARO, *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit., p. 271; sull'esperienza russa cfr. anche v. S. BELOV, *Russia: Foreign Transplants in the Russian Constitution and Invisible Foreign Precedents in Decisions of the Russian Constitutional Court*, in T. GROPPI, M.C. PONTTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., pp. 347 ss.; sul caso giapponese si v. A. EJIMA, *A Gap between the Apparent and Hidden Attitudes of the Supreme Court of Japan towards Foreign Precedents*, in T. GROPPI, M.C. PONTTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., pp. 273 ss.; secondo Zagrebelsky la Corte Costituzionale italiana si inserisce in un fenomeno di interscambio tra le esperienze giuridiche nazionali, v. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 391.

12. Sull'uso della comparazione e del diritto straniero da parte della Corte Suprema di Israele si v., più in generale sulla Corte Suprema israeliana S. NAVOR, *Israel: Creating a Constitution — The Use of Foreign Precedents by the Supreme Court (1994–2010)*, in T. GROPPI, M.C. PONTTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., pp. 129 ss.; v. A. LOLLINI, *La Corte Suprema dello Stato di Israele*, in A. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, CEDAM, Padova 2011.

sterminio del popolo ebraico durante il II Conflitto mondiale — non si riscontrano molti riferimenti espliciti alla scienza giuridica tedesca che pure esercita un impatto notevole, agendo *in primis* in via indiretta — come già fatto notare — al momento della formazione dei giudici e influenzando di conseguenza anche le dinamiche decisionali¹³. Ancora, vi sono casi in cui i giudici conoscono il diritto di altri ordinamenti eppure non se ne servono ai fini dell'elaborazione delle loro decisioni; in sostanza esiste un apprezzamento del diritto comparato che tuttavia non si traduce in un utilizzo effettivo di riferimenti stranieri nelle sentenze. Si colloca in questa categoria il *Conseil constitutionnel francese*¹⁴. In alcuni ordinamenti poi, le Corti si limitano a menzionare elementi di diritto esterno, siano essi norme o precedenti giudiziari che possono risultare rilevanti ai fini del giudizio, ma non è dato sapere se effettivamente tali riferimenti siano presi in considerazione nella determinazione del processo decisionale¹⁵. In questa categoria si inseriscono alcuni pronunciamenti del Tribunale costituzionale spagnolo e di altre Corti europee quali, per esempio, quella ungherese¹⁶.

Ci sono anche esempi di ordinamenti nei quali le Corti manifestano nelle proprie pronunce una sorta di identificazione con le norme di diritto transnazionale e internazionale, tanto da rendere l'ordinamento costituzionale interno un luogo di recepimento e implementazione del parametro ultranazionale, all'insegna di una convergenza fondata su una visione universalista dei diritti fondamentali¹⁷.

13. V. A. PIN, *Perché le corti comparano?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4, 2012, p. 1431; alcuni autori sostengono che anche la giurisprudenza della Corte Suprema statunitense ha subito l'influenza — accuratamente celata — del formante tedesco, v. B. MARKESINIS, J. FEDKE, *Giudici e diritto straniero*, Il Mulino, Bologna 2009, p. 263, « negli Stati Uniti rivelare le origini tedesche di un'idea giuridica equivale al bacio della morte »; sull'esperienza del ricorso alla comparazione e al diritto straniero da parte del Tribunale costituzionale federale tedesco si v. S. MARTINI, *Lifting the Constitutional Curtain? The Use of Foreign Precedent by the German Federal Constitutional Court*, in T. GROPPI, M.C. PONTHEUREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., pp. 229 ss.

14. V. F. DURANTI, *Ordinamenti di matrice anglosassone*, cit., p. 79.

15. Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 128.

16. V. Z. SZENTE, *Hungary: Unsystematic and Incoherent Borrowing of Law. The Use of Foreign Judicial Precedents in the Jurisprudence of the Constitutional Court, 1999—2010*, in T. GROPPI, M.C. PONTHEUREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., pp. 253 ss.; cfr. anche F. DURANTI, *Ordinamenti di matrice anglosassone*, cit., p. 80.

17. Così V.C. JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, cit., p. 8, nella giurisprudenza di alcune Corti si dimostra un fenomeno definito di « convergence », in ragione del quale avviene una « national identification with transnational and international

2. Evidentemente, la circolazione giudiziale del diritto è più diffusa nella sfera di sistemi accomunati dalla condivisione di elementi cruciali quali lingua, tradizioni giuridico — costituzionali e trascorsi storici¹⁸. Il bacino degli ordinamenti originariamente aderenti alla *common law* anglosassone costituisce l'humus perfetto per la manifestazione e lo sviluppo di una vivace attività di dialogo costituzionale, che trova nelle alte corti un teatro ideale. Risalente e radicata è infatti la diffusione dei precedenti nell'area di influenza britannica, anche grazie alla spinta del *Privy Council*¹⁹.

In questa dinamica la Gran Bretagna ha giocato nella storia un ruolo di primo piano, ponendosi al centro di un sistema che ha tratto origine dalla *common law* inglese, per poi diramarsi nelle diverse zone di influenza dell'ex impero coloniale, differenziandosi in ragione dell'influsso delle specificità degli antichi *dominions* che — pur distaccandosi dalla madrepatria — hanno conservato il nucleo fondante del modello giuridico e dei principi costituzionali fondamentali²⁰.

legal norms, a posture that might view domestic constitutional law as a site for the implementation of international legal norms, or, alternatively, as a participant in a decentralized but normatively progressive ».

18. V. Tuttavia si attesta una tendenza all'estensione del parametro interpretativo anche al diritto sovranazionale, internazionale e straniero anche in aree giuridiche estranee al *common law*, v. T. GROPPI, M.C. PONTTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit.; in particolare, si v. a questo proposito nel volume a cura di Groppi e Ponthoreau i contributi di A. GAMPER, *Non-cosmopolitan, but Europe-friendly — The Constitutional Court's Comparative Approach*, pp. 213 ss.; E.S. TANASESCU, S. DEACONU, *Romania: Analogical Reasoning as a Dialectical Instrument*, pp. 321 ss.

19. V. F. DURANTI, *Ordinamenti di matrice anglosassone*, cit., p. 83, « gli ordinamenti di *common law* appaiono nettamente più inclini a praticare la citazione di precedenti giudiziali provenienti da Corti operanti in altri paesi rispetto a quanto, ad esempio, avviene negli ordinamenti riconducibili alla tradizione romano-germanica », a supporto di tale affermazione si v. C. SAUNDERS, *Judicial Engagement with Comparative Law*, in T. GINSBURG, R. DIXON (eds.), *Comparative Constitutional Law*, cit., 2011, 574; B. FLANAGAN, S. AHERN, *Judicial Decision-Making and Transnational Law: A Survey of Common Law Supreme Court Judges*, in *Int. J. Comp. L. Quart.*, 2011, 4 ss.

20. Cfr. a questo proposito G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, cit., p. 136, « vi sono ordinamenti che hanno difficoltà a considerarsi reciprocamente stranieri in quanto consapevoli di essere inseriti in un unico spazio politico-culturale quale è stato (e forse è ancora) il caso dei paesi facenti parte del *Commonwealth*. Per alcuni di questi si continua a ragionare come se esistesse un unico spazio giuridico in cui opera un insieme organico di giudici che fanno sistema. L'unitarietà del sistema di *common law*, assicurato dal fatto che il *Privy Council* per alcuni ordinamenti di antiche colonie britanniche continua a funzionare come ultimo grado di appello, fa sì che esistano forti legami tra le corti dei diversi paesi e che sia del tutto naturale per un giudice

In particolare, il sistema dei Paesi parte del *Commonwealth of Nations* si rivela un circuito privilegiato per il dialogo costituzionale attuato per voce degli interpreti giurisdizionali: l'appartenenza a una comunità regionale rafforza ulteriormente le relazioni giuridiche tra gli appartenenti e stimola la formulazione di dispositivi condivisi rispetto ai fini della interpretazione e garanzia delle situazioni giuridiche soggettive.

Si tratta di ordinamenti cosiddetti « assiologicamente aperti »²¹, connotati da caratteristiche strutturali che favoriscono il ricorso alla comparazione. In primo luogo, in questo senso rileva il sistema del procedimento decisorio analogico, ovvero l'applicazione dei principi di diritto derivanti dai precedenti giudiziari analoghi²². Importante è anche l'influenza della tecnica di formulazione della decisione giudiziaria, che prevede una motivazione articolata e ricca di citazioni non soltanto di precedenti simili, ma anche di dottrina che si presta a sostenere l'argomentazione.

Fanno eccezione in questo senso i giudici della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America. Questi, nonostante l'invito rivolto dall'autore del *Federalist* n. 63 a prestare « attention to the judgment of other nations », in base all'asserito « eccezionalismo », sono stati da sempre restii (se non ostili) all'utilizzo di riferimenti stranieri nella formazione della giurisprudenza interna²³. Da qualche anno a questa parte, a chi si dimostra risoluto nel rifiutare il riferimento al diritto straniero senza se e senza ma cominciano a contrapporsi visioni più

citare i precedenti di giudici di altri paesi del *Commonwealth*. È, pertanto, comprensibile che il giudice inglese citi sentenze australiane, canadesi, neozelandesi. Come pure che i giudici di tali ordinamenti facciano ricorso alla *case law* del Regno Unito »

21. Così J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, Tübingen, Mohr, 1990, 39 ss.

22. V. G.J. POSTEMA, *A Similibus ad Similia: Analogical Thinking in Law*, in D.E. EDLIN (ed.), *Common Law Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 102 ss.

23. V. *The Federalist* n. 63, at 407–408 (Hamilton or Madison), 1st Modern Library Ed., New York, 1941, sulla chiusura delle Corti Usa all'utilizzo di parametri stranieri si v. S.K. HARDING, *Comparative Reasoning and Judicial Review*, 28 *Yale J. Int'l Law*, 2003 pp. 409 ss.; anche negli Stati Uniti tuttavia il dibattito in merito all'opportunità di avvalersi del contributo di giurisprudenza e dottrina straniera è aperto, si v. in proposito G. HALMAI, *The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation*, in M. ROSENFELD, A. SAJÒ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, cit., 1333–1336; C. MOON, *Comparative Constitutional Analysis: should the United States Supreme Court Join the Dialogue?*, in *Journal of Law & Policy*, vol 12, 229, 2003, pp. 229–237; Q. CAMERLENGO, *Dialogue among Courts: Towards a Cosmopolitan Constitutional Law*, Pavia University Press, Pavia, 2012

aperte²⁴ e il dibattito è vivo²⁵. La discussione sulla controversa questione di accettare o meno riferimenti al diritto straniero o l'intervento della comparazione giuridica nelle pronunce della Corte Suprema

24. Si v. in questo senso quanto sostenuto nel 2002, in sede extrajurisdizionale, nella prefazione a un volume di Vicky Jackson e Mark Tushnet, dall'allora Chief Justice William Rehnquist, a parere del quale « now that constitutional law is solidly grounded in so many countries [...] it's time the U.S. courts began looking to the decisions of other constitutional courts to aid in their own deliberative process », v. W.H. REHNQUIST, *Foreword*, in V.C. JACKSON, M. TUSHNET, (eds.), *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, Westport, Connecticut, 2002.

25. V. le sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti nei casi *Atkins v. Virginia*, 536 US 304, 2002; *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003); *Roper v. Simmons*, 543 US 551, 2005; *Florida v. Graham*, 560 US 433 (2010), che hanno acceso un vivace dibattito in merito alla legittimità e all'opportunità dell'utilizzo del diritto straniero da parte delle Corti americane. A questo proposito, su fronti contrapposti, si segnalano le posizioni del Supreme Justice Antonin Scalia — radicalmente contrario al ricorso al diritto straniero nell'argomentazione delle sentenze — e la visione più internazionalista del suo collega Stephen Breyer, le divergenze tra i due sul tema in oggetto sono emerse con chiarezza nel corso del dibattito alla American University nel gennaio 2005 v. *A Conversation between U.S. Supreme Court Justices*, 3 I-CON, 2005, pp. 519 ss.; il rifiuto dei riferimenti al diritto straniero nelle decisioni dei giudici statunitensi ha trovato espressione politica nel tentativo operato dai deputati repubblicani che hanno tentato di fare approvare alla Camera dei Rappresentanti una risoluzione in tal senso, v. A.L. PARRISH, *Storm in a Teacup: the U.S. Supreme Court's Use of Foreign Law*, U. Ill. L. Rev., 2007, pp. 375ss.; v. Si segnala altresì che nella tornata referendaria del 2 novembre 2010, nello Stato dell'Oklahoma è stata approvata con il 70 per cento dei voti una misura che proibisce ai giudici di usare il diritto internazionale per decidere i casi: così *Time*, 15 novembre 2010, p. 27; è interessante notare come la riluttanza a servirsi di riferimenti stranieri non contempri l'utilizzo di precedenti storicamente risalenti del diritto inglese che sono pacificamente accettati in quanto ricondotti nell'alveo della teoria originalista, si v. in proposito A. SCALIA, S. BREYER, *Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions*, 2005, in freerepublic.com/focus/news/1352357/posts, in cui Scalia ammette l'utilità di accedere a materiali del diritto inglese, per ritrovare le radici del costituzionalismo americano ed evincere il significato delle norme che il sistema statunitense ha tratto dal modello inglese e che sono rimaste a far parte del patrimonio giuridico USA. La distinzione operata dagli originalisti è interessante perché lascia intendere come la comparazione storica sia ammessa e ritenuta utile, tanto è vero che viene diffusamente utilizzata per la ricostruzione degli istituti, v. V. ZENO ZENCOVIVH, *cit.*, p. 1995. Tuttavia, come rilevato da de Vergottini, « l'originalismo continua, in sostanza, ad alimentare una sorta di isolamento dell'ordinamento nordamericano e costringe le argomentazioni della Corte Suprema entro i confini del diritto nazionale », v. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, *cit.* p. 128. Per una ricostruzione del dibattito in corso negli Stati Uniti sul tema in oggetto si v. M. ROSENFELD, *Le constitutionnalisme comparé en mouvement: d'une controverse américaine sur les références jurisprudentielles au droit étranger*, in P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009, pp. 577 ss.; A. SPERTI, *United States of America: First Cautious Attempts of Judicial Use of Foreign Precedents in the Supreme Court's Jurisprudence*, in T. GROPPI, M.C. PONTHEAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, *cit.*, pp. 393 ss.

toccò il suo apice nel 2005, quando in una importante sentenza²⁶ si fece espresso riferimento al « peso schiacciante dell'opinione pubblica internazionale » nel determinare se la pena capitale inflitta a persone tra i sedici e i diciotto anni fosse o meno un « cruel and unusual punishment » alla luce dell'ottavo emendamento alla Costituzione americana. La questione era stata peraltro alimentata da una serie di casi precedenti in cui uno o più giudici della Corte Suprema avevano fatto riferimento a esperienze straniere nell'argomentare questioni di carattere costituzionale quali il federalismo²⁷ e il *due process of law*²⁸. La disputa non si è del tutto risolta ma, per ora, la tendenza propende ancora a favore di chi rifiuta il richiamo al diritto straniero e l'uso della comparazione nelle pronunce della Corte Suprema²⁹.

In controtendenza rispetto all'esempio statunitense rilevano la Corte Suprema del Canada — connotata per una vocazione comparatistica e per il frequente ricorso al diritto straniero nella formulazione delle decisioni³⁰ e la Corte Suprema del Sudafrica che, in ragione dell'art. 39 della Costituzione del 1996³¹, è esplicitamente autorizzata a fare ricorso

26. V. *Roper v Simmons* 543US, 2005, 551.

27. V. *Printz v. United States* 521 US, 1997, 898.

28. V. *Lawrence v. Texas* 539 US, 2003, 558.

29. Basti pensare che il Chief Justice Roberts rifiutò risolutamente la possibilità di fare ricorso al diritto straniero nelle sentenze della Corte, nel 2011, durante l'udienza in cui venne confermato, v. in proposito C. SAUNDERS, *Comparative Constitutional Law in the Courts: Is there a problem?*, in J. HOLDER, COLM O' CINNEIDE (eds.), *Current Legal Problems*, vol. 59, OxfordUniversity Press, Oxford, 2006, p. 91.

30. V. G. Gentili, *Canada: Protecting Rights in a "Worldwide Rights Culture". An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the Supreme Court of Canada (1982–2010)*, in T. GROPPI, M.C. PONTTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., pp. 39 ss.; T. GROPPI, *La circolazione della giurisprudenza canadese sulla Carta dei diritti e delle libertà*, relazione al convegno *La Carta canadese dei diritti e delle libertà*, Genova 28–29 settembre 2007, reperibile al sito www.unisi.it/dipec; A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques: le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Foundation Varenne, Paris, 2011, pp. 390 ss.; E. RIVLIN, *Thoughts on Referral to Foreign Law, Global Chain–Novel, and Novelty*, in *Florida J. Int'l L.*, 2009, pp. 1 ss.; C. L'HEREAUX–DUBE, *The Importance of Dialogue: Globalisation and the International Impact of Rehnquist Court*, in *Tulsa L. Journ.*, 1998, pp. 15 ss.; S. PENNICINO, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Maggioli, Rimini, 2012, p. 47, con riferimento specifico del ruolo della giurisprudenza tedesca nella determinazione delle sentenze della Corte Suprema canadese.

31. Tale norma riprende l'art. 35 della Costituzione provvisoria del Sudafrica, del 1993, in ragione del quale « quando interpreta il *Bill of Rights* una Corte [...] può considerare il diritto straniero (mentre è tenuta a) considerare il diritto internazionale », sul modello costituzionale del Sudafrica si v. S. WOOLMAN, T. ROUX, M. BISHOP, *Constitutional Law of*

al diritto straniero nella formulazione delle decisioni e — come dimostra la produzione giurisprudenziale — non esita a mettere in atto il dettato della norma costituzionale³². Altri interessanti casi si registrano nelle esperienze del Messico³³, dell'India³⁴ e della Namibia³⁵.

3. Fatta salva la citata eccezione della Corte Suprema statunitense, che fonda la propria produzione giurisprudenziale sulla specificità del sistema, e quella della Corte di Singapore, che tuttavia pare meno

South Africa, Juta, Cape Town, 2002; H. KLUG, *The Constitution of South Africa: a contextual analysis*, Hart, Oxford 2010; R. ORRÙ, *La Costituzione di tutti. Il Sudafrica dalla segregazione razziale alla democrazia della rainbow nation*, Giappichelli, Torino, 1998; ID., *Il nuovo Sudafrica sospeso tra Parlamentarismo e Presidenzialismo*, in A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO, *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Giappichelli, Torino 2007; F.R. DAU, *Costituzionalismo e rappresentanza. Il caso del Sudafrica*, Giuffrè, Milano, 2011.

32. Sull'utilizzo del diritto straniero e della comparazione giuridica da parte della Corte Suprema del Sudafrica si v. C. RAUTENBACH, *South Africa: Teaching an Old Dog New Tricks? An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the South African Constitutional Court (1995–2010)*, in T. GROPPI, M.C. PONTTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., pp. 185 ss. I giudici della Corte Suprema del Sudafrica hanno chiarito di non avere bisogno di ottenere alcuna forma di autorizzazione per poter utilizzare il diritto straniero e la comparazione giuridica ai fini delle proprie decisioni, chiarendo che non sono ammesse deroghe in questo senso, rispetto a quanto previsto dall'art. 39 della Costituzione, cfr. L.W.H. ACKERMANN, *Constitutional Comparativism in South Africa: A Response to Sir Basil Markesinis and Jörg Fedtke*, 80 *Tulane Law Review* 169, 2005, p. 175. Tra gli esempi dei casi in cui la Corte Suprema del Sudafrica ha fatto riferimento al diritto straniero nell'argomentazione di una decisione si cita la celebre sentenza «Makwanyane», del 1995, in cui la Corte, dichiarando incostituzionale la pena di morte nonostante gran parte della opinione pubblica si dimostrasse invece favorevole alla sanzione capitale, ha minuziosamente analizzato la giurisprudenza degli Stati Uniti e dell'India, secondo la quale la pena di morte non costituisce un trattamento crudele o degradante, respingendone le posizioni in virtù del differente quadro costituzionale. Non limitandosi a ciò, i giudici supremi sudafricani hanno indagato in ordine all'esistenza di pronunce che — nel mondo — definiscano la pena di morte appunto un trattamento inumano o degradante, individuando una pronuncia della Corte costituzionale ungherese, che viene citata a sostegno dell'argomentazione.

33. E. FERRER MACGREGOR, R. SÁNCHEZ GIL, *Mexico: Struggling for an Open View In Constitutional Adjudication*, in T. GROPPI, M.C. PONTTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., pp. 301 ss.

34. V. V.R. SCOTTI, *India: A 'Critical' Use of Foreign Precedents in Constitutional Adjudication*, in T. GROPPI, M.C. PONTTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., pp. 69 ss.

35. V. I. SPIGNO, *Namibia: The Supreme Court as a Foreign Law Importer*, in T. GROPPI, M.C. PONTTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., pp. 155 ss.; si segnala, pur distinto dalla peculiarità del modello giuridico l'esperienza della Corte Costituzionale di Taiwan, v. W.C. CHANG, J.R. YEH, *Judges as Discursive Agent: The Use of Foreign Precedents by the Constitutional Court of Taiwan*, in T. GROPPI, M.C. PONTTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., pp. 373 ss.

rigida di un tempo rispetto al rifiuto dell'uso della comparazione e dei precedenti esteri³⁶, anche solo dai pochi esempi menzionati salta agli occhi il *fil rouge* che lega gli organi più propensi a utilizzare il diritto straniero nella formulazione delle decisioni di ambito costituzionale. Si tratta di Corti operanti in modelli di *common law* in cui la natura giurisprudenziale del modello giuridico favorisce la circolazione di precedenti che sono suscettibili di produrre diritto in quanto fonti primarie³⁷. Se si approfondisse l'esame confrontando la provenienza dei riferimenti menzionati dalle alte Corti di *common law* il dato sarebbe ancora più eclatante perché la grande maggioranza delle citazioni proviene da altri ordinamenti aderenti allo stesso sistema giuridico³⁸.

Ora, nella circolazione del diritto, la connotazione giurisprudenziale dell'assetto giuridico è cruciale perché comporta la configurazione delle Corti come luoghi di produzione del diritto e dei giudici come interpreti consapevoli della pregnanza della propria azione interpretativa³⁹. La centralità della giurisprudenza nella struttura delle fonti

36. Di regola la giurisprudenza di Singapore non accetta l'influenza di riferimenti stranieri, v. Chan Hiang Leng Colin v Public Prosecutor, 3 SLR 662, 1994, at 681. Tuttavia pare che l'approccio stia cambiando e si stia considerando la possibilità di tenere conto di parametri di diritto straniero nelle decisioni interne, cfr. V. RAMRAJ, *Comparative Constitutional Law in Singapore*, 6 Singapore Journal of International and Comparative Law, 2002, p. 302.

37. V. C. SAUNDERS, *Judicial Dialogue in Common Law Countries*, in AA.VV., *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, 423 ss.; cfr. anche F. DURANTI, *Ordinamenti di matrice anglosassone*, cit., p. 83, « i casi in cui sono più frequenti le citazioni incrociate di giurisprudenza si riscontrano proprio negli ordinamenti di *common law*, nei quali tradizionalmente prevale il criterio della fedeltà ai precedenti tratti dall'insieme degli ordinamenti facenti parte di questa area ».

38. V. A. HARDING, *Comparative Case Law in the Commonwealth: The Emerging Common Law of Human Rights*, in E. ÖRÜCÜ (ed.), *Judicial Comparativism in Human Rights*, Birmingham, United Kingdom National Committee of Comparative Law, 2003, 183 ss.; cfr. anche A. BARACK, *La comparazione nel diritto pubblico*, in B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Il Mulino, Bologna 2009, p. 395, il quale rileva che nei Paesi del Commonwealth « vi è una grande influenza reciproca: ogni nazione fa riferimento alla giurisprudenza inglese; i giudici inglesi si riferiscono alla giurisprudenza del Commonwealth e i giudici del Commonwealth, a loro volta, fanno riferimento l'uno alla giurisprudenza dell'altro ».

39. Si v. H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, (trad. it.) Il Mulino, Bologna, 2011, p. 412 e p. 434, il quale ricorda che i giudici degli ordinamenti di *common law* sono « liberi di essere cercatori del diritto, non applicatori della legge », come rilevato da F. DURANTI, *Ordinamenti di matrice anglosassone*, cit., p. 85, « ruolo di primo piano deve certamente essere riconosciuto anche alla prassi delle opinioni dissenzienti, nelle quali sono spesso analiticamente ricostruiti istituti e principi di altri ordinamenti, che possono risultare di specifico interesse ai fini dell'adozione di una soluzione giudiziale

dei Paesi di matrice anglosassone agevola notevolmente lo scambio tra interlocutori giurisdizionali che, peraltro, come già ribadito, condividono il retaggio di cultura giuridica e il patrimonio giurisprudenziale proveniente dalla più antica *common law* che pure si presta a un'evoluzione veloce e continua⁴⁰.

È vero che, come acutamente rimarcato, « l'appartenenza al Commonwealth è un sintomo della compatibilità di una scelta estera con l'ordinamento interno⁴¹, non la giustificazione della sua importazione »⁴². La giustificazione è da individuarsi in ragioni molteplici e di natura diversa, riconducibili tutte alla necessità di risolvere situazioni controverse nel modo ritenuto più equo e garantista. Ben venga se gli strumenti che la Corte interpellata ritiene il mezzo migliore per supportare la soluzione di giustizia provengono dall'estero; una volta incorporati in una sentenza diventeranno parte integrante del sistema che li accoglie nel proprio corpus giurisdizionale⁴³.

del caso alternativa — e ritenuta più adeguata — a quella prescelta dalla maggioranza del collegio »; v. anche C. SAUNDERS, *Judicial Engagement with Comparative Law*, in T. GINSBURG, R. DIXON (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011, p. 571, « As a generalisation, explicit engagement with foreign law in judicial reasoning is typical of common law states and relatively rare in civil law states for a complex range of reasons that include differences in legal and state theory, the role of courts, the format of judgements and judicial procedure ».

40. In generale, sull'evoluzione dell'interpretazione nello stato costituzionale, sul ruolo del giudice e sull'azione del giudicare — che non si riduce più al sillogismo giudiziario ma lascia spazio ad argomenti ulteriori tra i quali rilevano i precedenti stranieri — si v. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna 2008; come evidenziato da Tania Groppi, « 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 », v. T. GROPPI, *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti Costituzionali*, Relazione al Convegno della Fondazione Basso, 12 gennaio 2010, p. 6.

41. Nello stesso senso, con riferimento all'esperienza sudafricana cfr. A. RINELLA, *La Corte Costituzionale del Sudafrica: il contributo del diritto comparato al consolidamento della democrazia*, in G.F. FERRARI, A. GAMBARO, *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit., p. 435, il quale sottolinea che rispetto agli altri ordinamenti di *common law* l'appartenenza a una comune tradizione giuridica rende le legislazioni spesso comparabili »

42. Così A. PIN, *Perché le corti comparano*, cit., p. 1434.

43. Si v. in tal senso la direttiva emanata nel 2001 dal *Lord Chief Justice of England and Wales*, in virtù della quale la citazioni di precedenti giudiziari provenienti da altri ordinamenti