



COMPARAZIONE E DIRITTO COSTITUZIONALE *

di Giuseppe de Vergottini**

SOMMARIO: 1. I caposaldi della comparazione - 2. L'interrogativo sulla comparabilità e il portato della tradizione costituzionale - 3. L'incidenza pratica delle tradizioni costituzionali - 4. Una conclusione sulla presenza/assenza di vincoli costituzionali alla comparabilità - 5. La comparazione e l'esercizio di funzioni costituzionali. - 5 a) Comparazione e nuove costituzioni - 5 b) Comparazione e legislazione - 5c) Comparazione e giurisdizione - 6) Una riflessione conclusiva.

Scopo di questo intervento è delineare quelle che sono le direttrici che il ricercatore si pone quando si avventura nella comparazione nel settore del diritto costituzionale.

Quello che ci accingiamo a scrivere non ha pretese di originalità, in quanto a grandi linee non c'è studioso dell'argomento che non condivida alcuni criteri metodologici generali ormai famigliari alla dottrina costituzionalistica nell'affrontare le proprie ricerche. Si tratta quindi, semplicemente, di offrire al lettore un percorso chiaro e condivisibile.

Quello che però va sottolineato è che una linea metodologica deve comunque presiedere ad ogni ricerca che si pretenda seria e affidabile.

Il metodo, come in ogni disciplina, si presenta determinante non solo per il legislatore e per il giudice ma anche e soprattutto per il giurista che pretenda di affrontare scientificamente un argomento. In particolare il metodo diventa di primaria rilevanza quando il giurista non si accontenti di affrontare uno specifico argomento di suo interesse ma addirittura pretenda di scrivere un testo che dovrà fungere da manuale di analisi e studio per uso didattico.

Fatta questa premessa ricordiamo una sorta di ritornello che troviamo in tutti i testi organici che affrontano la materia. Di solito tutti i manuali dicono che ci sono tre profili

* Lectio magistralis tenuta il 10 aprile 2018 presso l'Università di Napoli Suor Orsola.

** Professore emerito di Diritto Costituzionale presso l'Università di Bologna.

cui rivolgere l'attenzione: perché comparare (questione della funzione): cosa comparare (questione dell'oggetto); come comparare (questione del metodo).

1. I caposaldi della comparazione

a) Va in primo luogo messo in risalto che funzione essenziale e primaria della comparazione è la conoscenza, mentre le nozioni acquisite possono essere utilizzate a diversi fini, distinguendosi la comparazione a fini teorici da quella a fini pratici.

La comparazione consiste in *un'operazione logica, svolta in modo esplicito*, che comporta lo studio analitico degli ordinamenti e istituti esaminati, la considerazione dei dati ricavati, il loro raffronto e una sintesi da cui emerge la valutazione critica che contiene il giudizio comparativo.

È ormai condiviso dai più che risultato della comparazione dovrebbe essere quello di mettere in evidenza coincidenze, affinità ma anche differenze. Sarebbe del tutto limitativo ridurre la comparazione alla semplice ricerca delle coincidenze e affinità.

b) La finalità dell'operazione comparativa incide profondamente sulla metodologia da seguirsi. *La grande distinzione da tenersi presente è quella fra finalità pratiche del normatore e del giudice e finalità teoriche o teorico-pratiche del ricercatore.* Il costituente e il legislatore fanno ricorso alla comparazione al fine di impostare la formulazione di un testo normativo destinato ad essere operativo per il futuro in un numero indeterminabile di situazioni che debbono ancora verificarsi; il giudice è interessato alla comparazione nella prospettiva di svolgere nel modo più utile il suo percorso argomentativo nell'interpretare il diritto applicabile al caso da risolvere. Normatore e giudice cercano nella comparazione un supporto strumentale alla migliore giustificazione della creazione o della interpretazione della norma. Diversamente il ricercatore di regola si ritiene libero di avventurarsi nella comparazione al semplice fine di allargare il proprio ambito di indagine per meglio comprendere il fenomeno giuridico e quindi assolvere alla sua missione di conoscere. La sua attività è quindi propriamente scientifica. Il manuale dovrebbe in modo chiaro far capire la differenza fra il metodo finalizzato alla ricerca e quello finalizzato all'utilizzo pratico della comparazione. Purtroppo la quasi totalità dei manuali ignora questa elementare esigenza e tratta unitariamente senza troppe preoccupazioni e distinzioni la comparazione a fini scientifici e quella a fini pratici.

c) Prioritaria alla comparazione è la scelta dei *criteri di classificazione* che presentano carattere relativo e non assoluto, variando in base al settore del diritto oggetto di ricerca e alle finalità che si pone il ricercatore. La classificazione è una operazione logica che ha per obiettivo la individuazione di unità di studio definite classi, a loro volta suddistinguibili in sottoclassi.

Nello studio del diritto costituzionale comparato viene convenzionalmente adottato come unità di studio l'ordinamento giuridico statale, individuabile in base a propri elementi enucleati dalla scienza giuridica. Nell'ambito di tale classe, in cui sono inseriti tutti gli ordinamenti qualificabili come stati, possono operarsi raggruppamenti coincidenti con diverse forme di stato, che quindi operano come sottoclassi. A loro volta nelle diverse forme di stato si possono individuare ulteriori sottoclassificazioni, in base alla forma di governo, alla disciplina delle fonti normative, alla disciplina dei diritti fondamentali e simili. La parte che riguarda la classificazione assume una importanza basilare nella architettura impostata dal ricercatore.

d) Tra i metodi a disposizione del ricercatore per acquisire conoscenza delle istituzioni giuridiche vi è la comparazione. Come viene abitualmente spiegato, la comparazione può essere spaziale (o *sincronica*) quando si esaminano gli ordinamenti in un dato momento, in genere contemporaneo alle analisi svolte dall'autore, o temporale (*diacronica*) quando si esaminano gli ordinamenti nella loro successione temporale.

Per condivisa, ma sicuramente discutibile, convenzione la comparazione diacronica (storica) è solitamente esclusa, o considerata meramente ausiliaria, negli studi comparativi di diritto costituzionale. Questa tradizionale impostazione conduce spesso a carenze ed errori di prospettiva che rendono problematica la comprensione degli istituti trattati sulla base di un criterio di mera contemporaneità.

e) La comparazione può operare all'interno di una precisa area culturale caratterizzata da una propria tradizione giuridica e da una propria concezione dell'organizzazione costituzionale e del regime dei diritti fondamentali oppure può prendere in considerazione i rapporti fra aree culturali diverse. Di qui la possibile differenziazione fra *comparazione intraculturale e interculturale o transculturale*. E in effetti è evidente come lo studio comparativo di un diritto, ad esempio la libertà religiosa, assuma una diversa impostazione a seconda che si riferisca all'ambito degli ordinamenti europei di cultura e tradizione liberale o investa i rapporti fra tali ordinamenti e altri ordinamenti quali quelli, ad esempio, caratterizzati dalla cultura islamica e della tradizione della *sharia*.

f) La comparazione presuppone l'esame di due o più ordinamenti diversi, in genere ordinamenti statali (su un piano *orizzontale*), ma oggi anche statali e di altre organizzazioni quali quelle internazionali a causa, tra l'altro, della presenza sempre più evidente della imposizione di regole globali da parte di soggetti ultrastatali (su un piano *verticale*), mentre convenzionalmente, si considera materia del diritto nazionale la comparazione fra ordinamenti pubblici interni, quali quelli regionali.

Ogni autore deve decidere se inserire nel testo l'esame di singoli ordinamenti considerati emblematici delle diverse forme di stato e di governo. È certo che schede illustrative contenenti riferimenti a diversi ordinamenti stranieri possono rivelarsi utili per il lettore che non conosca il diritto costituzionale che opera in altre realtà la cui conoscenza è utile

alla comparazione. È tuttavia importante che la tralatizia impostazione, seguita soprattutto in passato, di considerare un manuale di diritto costituzionale comparato come un insieme di analisi *paese per paese* non prenda il sopravvento nell'equilibrio del testo. Il manuale dovrebbe essere in primo luogo una sede di *analisi comparativa per istituti* (fonti, diritti, forme di stato e di governo) e non una serie di schede di diritto straniero rispetto a quello dell'autore.

g) Nei manuali assume un particolare rilievo il capitolo sulla *comparabilità* dei materiali studiati. Con questo termine si intende mettere a fuoco il *problema della utilità pratica della comparazione*. Per quanto riguarda la macrocomparazione, quasi sempre la questione si incentra sulla individuazione o meno della omogeneità come presupposto del processo comparativo.

In realtà gli ordinamenti comparabili possono appartenere anche a forme di stato diverse.

In altre parole, la c.d. omogeneità, intesa come necessaria appartenenza ad una certa forma di stato, non è requisito essenziale della *comparabilità*; anche ordinamenti c.d. eterogenei possono essere oggetto di analisi, purché si possa ritenere che gli ordinamenti comparandi abbiano in comune l'essere ordinamenti di comunità politiche, a prescindere dal livello di affinamento delle tecniche organizzative delle medesime. Quindi l'omogeneità di cui abitualmente si tratta è quella che si riscontra all'interno di una certa sottoclasse (forma di stato) che in realtà è ricompresa nella più ampia classe data dal concetto di ordinamento politico in cui le diverse forme di stato si ricomprendono: la eterogeneità fra diverse forme di stato è quindi un concetto relativo e convenzionale, poiché tutte le forme di stato hanno elementi in comune che ne consentono il raffronto. Ciò che è essenziale per procedere alla comparazione è poter individuare un certo numero di caratteristiche che vengono trattate come costanti, e che quindi avvicinano i diversi ordinamenti, cui si giustappongono altre caratteristiche variabili al fine di operare il raffronto.

Per quanto riguarda la microcomparazione, tra queste caratteristiche assume un ruolo importante la *funzione* svolta dall'istituto che si intende studiare. La funzione coincide con le finalità che l'ordinamento assegna a un determinato istituto, finalità che assume importanza e prevalenza rispetto a quelli che sono i profili strutturali. Per *funzionalismo in contrapposizione a strutturalismo* si intende quindi l'indirizzo che assegna più importanza alla funzione, e quindi alla capacità di soddisfare un interesse rilevante, piuttosto che ai caratteri formali e strutturali di un istituto. Quindi, nonostante le evidenti diversità di tipo formale/strutturale, rispetto alla funzione di garanzia di un diritto nei confronti dell'azione amministrativa potrebbe, ad esempio, giustificarsi la comparazione fra l'istituto dell'*ombudsman*, presente in alcuni ordinamenti, con la corte di conti presente in altri ordinamenti, sempre tuttavia nell'ambito della forma di stato di derivazione liberale. Infatti entrambi gli istituti sono funzionali alla garanzia di diritti nei confronti della azione amministrativa.

b) Occorre chiarire che il diritto comparabile non è (soltanto) quello risultante dai testi normativi ma quello effettivamente vigente negli ordinamenti esaminati, includendo quindi consuetudini, convenzioni, prassi interpretative e dando spazio significativo all'apporto della giurisprudenza e della dottrina. La ricerca dovrebbe quindi considerare anche il diritto non scritto, mentre per quello scritto dovrebbe verificarne la vigenza.

i) Un classico di tutti i manuali è la *distinzione fra macrocomparazione e microcomparazione*.

La comparazione di ordinamenti o gruppi di ordinamenti (macrocomparazione) comporta in genere un notevole grado di genericità e approssimazione e serve per introdurre comparazioni più puntuali su singoli istituti o gruppi di normative connesse ad istituti (microcomparazione).

Gli studi comparati più utili sono questi ultimi e la scala che può percorrersi per passare dal generale al particolare può essere più o meno specifica. Dall'esame di due ordinamenti generali può passarsi, ad esempio, ai relativi ordinamenti parlamentari, e quindi a quelli dei gruppi parlamentari, al procedimento legislativo e alle leggi elettorali, alle modalità di voto e alla formazione delle delibere parlamentari e così via.

l) Questo ultimo cenno fa comprendere come di solito il ricercatore debba usare altri metodi per giungere a enucleare i materiali su cui far convergere il giudizio comparativo: quello quantitativo e statistico (ad esempio per individuare il numero e la durata delle legislature, dei gabinetti ministeriali, dei colpi di stato, delle modifiche costituzionali); quello dello studio dei casi, che il ricercatore consideri indicativi, in quanto soltanto l'analisi approfondita di alcuni casi emblematici può essere in concreto effettuata per comprendere l'operare di un certo istituto (ad esempio, analisi di una elezione presidenziale, di una crisi di governo, di una commissione di inchiesta); quello storico, che attraverso l'esame dei precedenti può servire a comprendere l'attuale disciplina di un istituto, e che in modo esplicito o implicito è quasi sempre utilizzato (ad esempio, analisi storica della fiducia parlamentare, dei diritti di libertà, della giustizia costituzionale, del concetto di democrazia e simili).

2. L'interrogativo sulla comparabilità e il portato della tradizione costituzionale

In linea di principio legislatore e giudice possono utilizzare la comparazione avvalendosi di riferimenti a ordinamenti esterni, compatibili, tuttavia, con i principi della propria costituzione. Non così il ricercatore che non incontra limite alcuno nella libertà del ragionare scientifico.

Pertanto una delle più sensibili differenze fra il comparare del giurista e quello di chi svolge funzioni costituzionali pare legato alla *natura più o meno stringente della omogeneità*

culturale - e quindi della appartenenza alla medesima area culturale - come condizione per la ammissibilità della stessa.

In sintesi, tendenzialmente, chi svolge funzioni costituzionali (normatore e giudice) utilizza il ricorso comparativo al diritto esterno ove questo sia ideologicamente prossimo al patrimonio di valori del proprio ordinamento. *La omogeneità culturale si presenta allora come uno dei presupposti della comparabilità.* Si incontra quindi in tal caso un vincolo che sicuramente non grava in egual misura sul ricercatore.

Ci troviamo di fronte, a questo punto, a uno dei problemi definitori che costituiscono uno spartiacque mentale nei processi di sistematizzazione del diritto comparato. Per chi esercita funzioni costituzionali la comparabilità è considerata come condizionata dalla sua effettuazione nell'ambito di precisi *spazi culturali* che coincidono con quelle aree geopolitiche che solitamente si tenta di individuare al fine di operare le classificazioni delle forme giuridiche sia da parte dei privatisti (famiglie dei diritti) che dei pubblicisti (forme di stato, regimi politici). All'interno di questi sarebbe ammesso operarla; al di fuori no.

In realtà, riteniamo, riemerge proprio a questo proposito la sensibile *differenza fra comparazione a fini scientifici e a fini pratici.*

La questione appare sufficientemente chiara a proposito dell'esercizio della giurisdizione e in particolare per quella costituzionale. A questo riguardo si può anche distinguere il momento della decisione finale da quello preparatorio della stessa.

Per quanto riguarda l'esercizio della funzione giurisdizionale in senso stretto, cioè la decisione della sentenza, premesso che di preferenza il giudice tiene presenti i precedenti di giudici che fanno parte della sua tradizione legale lo stesso *nel decidere non può trovare giustificazione in ordinamenti che non condividano i principi costituzionali che caratterizzano il proprio ordinamento.* Ma se questo ragionamento può valere per il momento in cui si concretizza la interpretazione considerata come decisione, a diversa conclusione potrebbe giungersi ove ci si limitasse al momento cognitivo che precede quello decisorio. Siccome la ricerca e conoscenza del diritto e di precedenti esterni è lasciata alla piena libertà di manovra del giudice, si potrebbe ipotizzare che nella *fase cognitiva* sia possibile estendere l'attenzione anche a diritto del tutto lontano dai propri principi costituzionali. Ma nella *fase decisionale* ciò non sarebbe possibile se non tradendo la stessa costituzione che si vuole tutelare tramite il processo costituzionale. La discrezionalità del giudice ha quindi rilevanza diversa nelle due diverse fasi. Massima nella prima in cui potrebbe condurre a prendere in considerazione elementi di valutazione in realtà inutilizzabili al fine della decisione ove provenienti da ordinamenti che non siano compatibili con i principi costituzionali che vincolano il giudice. Circoscritta nella seconda in quanto il momento decisorio consente di utilizzare soltanto contributi di segno compatibile con i principi costituzionali. Ciò spiega, ad esempio, perché la Corte Costituzionale sudafricana nella celebre sentenza sulla pena di morte (*The State v. Makwanyane*) abbia tra le tante giurisprudenze preso in considerazione anche quella favorevole alla pena capitale propria della Corte Suprema nordamericana ma poi se ne sia nettamente discostata nel momento decisorio, in quanto abbia considerato la pena capitale come inconciliabile con i propri

principi costituzionali.

L'interpretazione è per sua natura funzione volitiva, non semplice atto di conoscenza. Il giudice non si limita a prendere atto della disposizione testuale ma decide quali a suo parere sono i contenuti della stessa. In questa operazione, che passa dalla cognizione alla determinazione che conclude il processo interpretativo, il giudice può comparare e a sua scelta includere il ricorso a elementi cognitivi e di valutazione connessi a fonti e precedenti esterni e il richiamo al diritto esterno può rifluire in via comparativa nella determinazione finale interessando la *ratio decidendi*. In tal senso appare corretto sottolineare come l'eventuale ricorso alla comparazione riguardi il profilo della formulazione della *argomentazione* giustificante. In tale processo il richiamo al diritto esterno incoraggia a verificare se i precedenti di un certo ordinamento, in linea di principio comparabile, non soltanto si presentino come *utili* per giungere alla pronuncia ma altresì siano *compatibili con la costituzione* su cui si fonda l'ordinamento del giudice.

In questa prospettiva, quindi, è evidente che, se pensiamo alla comparazione giudiziale, i giudici si mostrano *selettivi* nel procedere in concreto alla utilizzazione di diritto straniero. Quindi è comparabile non solo quanto risulta utile ma anche quanto risulta costituzionalmente compatibile.

Come già sottolineato, sensibilmente diversa è la posizione del ricercatore che non è gravato dal vincolo condizionante della costituzione dell'ordinamento in cui abitualmente opera.

Per meglio comprendere questa differenza di impostazione si può partire dalla considerazione del valore da attribuirsi alla *tradizione costituzionale* propria di ogni paese, cioè dall'insieme dei *principi valoriali* sedimentatisi nel tempo in diverse aree geopolitiche. E ciò in quanto la tradizione legale comune può essere considerata dalla giurisprudenza come uno dei fattori che giustifica il ricorso alla comparazione.

Ai fini di queste riflessioni è giocoforza prendere in considerazione i principi- valori della tradizione costituzionale propria dell'area euro atlantica in cui si inserisce quella europea, principi che oggi sono, tra l'altro, condensati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nella Carta di Nizza e nella Convenzione interamericana. Il che non è indifferente all'argomento qui trattato anche perché è in questa area culturale – e quindi anche giuridica – che si sono affermati il costituzionalismo e gli studi comparativi che lo riguardano. E del resto, anche se in modo inconsapevole e a prescindere dalla capacità o dall'interesse di assumere a riferimento qualche criterio logico-sistematico nel procedere alla comparazione, chi si avventura in simili operazioni sia come soggetto istituzionale (legislatore o giudice) sia come ricercatore non può prescindere dal complesso delle tradizioni, dai valori, dai principi che sono propri, o si ritengono propri, della cultura giuridica europea, e che hanno dato luogo alle codificazioni e alla *case law*, alle costituzioni e quindi ai principi costituzionali sui quali riposa oggi la stessa Unione Europea. Questo insieme di principi valori si presenta come molto articolato dal punto di vista dell'apparato linguistico, concettuale e operativo. Quello che è interessante è il dato, riconoscibile,

offerto dalla loro progressiva *convergenza*, convergenza che manifesta un diverso grado di intensità a seconda della estensione dell'area geografica considerata.

I principi di cui si tratta sono riconducibili all'ambito della *western legal tradition*, cui da qualcuno si attribuisce addirittura "validità universale", che implica la distinzione tra la cultura occidentale, da un lato, e quella di ordinamenti appartenenti a diverse aree culturali dall'altro. Tale tradizione va vista spogliata di una veste universalista, in quanto la realtà degli ordinamenti mostra con evidenza non solo che essa non è unica ma altresì che non è affatto condivisa a livello universale come a volte lascerebbe supporre una inaccettabile lettura "globalizzante" del regime dei diritti richiamato da una molteplicità di strumenti internazionali. Ma va anche sottolineato che una volta chiarito che la tradizione occidentale è soltanto una delle molteplici tradizioni riscontrabili occorre anche ammettere che sarebbe del tutto unilaterale e dogmatico pretenderne una superiorità.

Dobbiamo qui ritenere che non pare assolutamente condivisibile la qualificazione della tradizione occidentale come coincidente esclusivamente con la versione egemonizzante accolta dal pensiero nordamericano secondo cui l'Occidente, incarnato dagli Stati Uniti d'America, costituirebbe un vero 'modello' della legge al di là delle variegate contingenze storiche della sua evoluzione. Secondo questa impostazione la scienza giuridica d'oltre Atlantico ha edificato l'idea e il concetto di una '*western legal tradition*', di una tradizione occidentale del diritto come unica grande tradizione, di cui i vari diritti europei non sarebbero che varianti locali. Una tradizione che evidentemente vede poi negli Stati Uniti il punto culminante della sua storia spirituale, dal momento che essi avrebbero recepito la saggezza storica concreta del diritto inglese, i valori universali illuministici della rivoluzione francese, l'ideale di una 'trattazione scientifica' del diritto propria del pensiero tedesco. L'approccio nordamericano dovrebbe, in realtà, limitarsi a rientrare nel più ampio contesto dei principi del costituzionalismo liberale interessante un più vasto ambito geopolitico in cui si muovono diverse varianti della ricordata tradizione.

Si è anche parlato di un "*modello occidentale*" contrapposto ad altri modelli per sottolineare in modo deciso il diverso modo di concepire i diritti fondamentali riconosciuti all'individuo. A proposito di tale modello viene distinta la fase liberale "classica" da quella propria del più recente stato democratico-sociale. In tale contesto un'ulteriore distinzione viene affermata: quella, interna ai "sistemi di diritto occidentale", tra ordinamenti europei continentali (*area di civil law*) e ordinamenti anglo americani (*area di common law*) entrambi riconducibili ad una medesima tradizione, fondata sui principi cristiani e quindi su quelli propri della democrazia liberale. Rientrano a pieno titolo nel quadro della tradizione occidentale le *tradizioni costituzionali comuni* di cui trattano gli strumenti normativi della Unione Europea (preambolo della Carta di Nizza del 2000; progetto del Trattato costituzionale del 2004; Trattato di Lisbona del 2009). Ma parlare di tradizioni costituzionali comuni non significa individuare necessariamente una totale comunanza: le realtà storiche europee sono particolarmente articolate e come vi sono concordanze così vi sono divergenze fra diversi ordinamenti europei. Il ricorso alla comparazione resta essenziale per mettere a fuoco i valori comuni.

Le principali caratteristiche della tradizione giuridica occidentale consistono nella distinzione netta tra istituzioni giuridiche (inclusi i processi giuridici quali la legislazione e la giurisdizione, al pari delle norme e concetti giuridici che da essi sono generate) e altri tipi di istituzione e in particolare quella religiosa. Inoltre, la gestione delle istituzioni è affidata a gruppi di soggetti che si dedicano ad attività giuridiche su base professionale dopo avere ottenuto una formazione universitaria specializzata. E a tale riguardo ricordiamo che esiste un rapporto complesso e dialettico tra il corpo di dottrine giuridiche e le istituzioni, in quanto la dottrina razionalizza gli istituti giuridici che a loro volta sono attuati dall'insieme degli organi statali.

Tratto fondamentale della tradizione giuridica occidentale sarebbe in particolare la *distinzione tra politica e diritto*. Fondamentale perché capace di minimizzare le differenze tra *common law* e *civil law* sottolineando l'esistenza di un complesso di valori comuni ai due sistemi. Valori che sarebbero documentati dalla presenza in molti stati europei di costituzioni rigide, poste a fondamento di un meccanismo di controllo giurisdizionale sull'attività del potere politico.

3. L'incidenza pratica delle tradizioni costituzionali

I principi-valori identificanti il sistema giuridico, ciò è la tradizione costituzionale caratterizzante il sistema, costituiscono *per il normatore e per il giudice un limite alla utilizzabilità dell'apporto di valori incompatibili provenienti da diversi sistemi*.

Con riferimento all'attività delle giurisdizioni si comprende quindi come il giudicante sia orientato a comparare al fine di formare il proprio convincimento utilizzando le fonti di ordinamenti della propria area culturale. Non è casuale che, ad esempio, la Corte EDU in diverse circostanze, oltre a considerare la formazione di ordinamenti facenti parte della Convenzione, allarghi lo sguardo ad altri ordinamenti a questa estranei ma che ne condividano i principi.

La sentenza del 4 dicembre 2003, *MC contre Bulgarie* (ricorso 39272/98) giunge a individuare nella assenza di consenso della vittima il fulcro della nozione di violenza sessuale dopo un lungo *excursus* della disciplina di ordinamenti facenti parte della Convenzione cui si aggiunge quello degli Stati Uniti (sub par.129 ss.). La sentenza del 15 gennaio 2013, *Eweida and others v. The United Kingdom* (ricorsi 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10) compara la legislazione in materia di ostensione dei simboli religiosi in ventisei Paesi membri della Convenzione (sub par.47) e allarga l'esame a Stati Uniti e Canada, paesi della stessa area culturale. La successiva sentenza del 17 dicembre 2013, *Perincek c. Suisse* (ricorso 27510/08) in materia di legislazione sul negazionismo, esamina il regime previsto in quattordici Paesi membri ed estende nuovamente la comparazione a Stati Uniti e Canada (sub par. 30).

La Corte suprema di Israele per valutare eventuali discriminazioni in materia di lavoro relative a coppie omosessuali ne valuta il superamento facendo riferimento alle trasformazioni sociali verificatesi nel *western world*. Esamina quindi precedenti nelle

Anticipazioni al n. 2 del 2018 della Rivista "Nomos. Le attualità nel diritto"

giurisprudenze di Francia, Danimarca, Svezia, Norvegia, Canada, Stati Uniti e corte EDU al fine di ritenere tale risultato estensibile a Israele (*El-Al Israel Airlines Ltd. v. Jonathan Danielowitz et al.* HCJ 721/94, par. 35 ss.) La Corte suprema brasiliana fa numerosi riferimenti al diritto e alla giurisprudenza statunitense, tedeschi, portoghesi, spagnoli e inglesi nella valutazione di un caso relativo alla libertà di stampa (sentenza n. 130 del 30 aprile 2009).

La Corte Costituzionale italiana nell'esaminare il regime dei poteri amministrativi finalizzati ad autorizzare le concentrazioni di imprese in relazione al rispetto del principio di libertà di concorrenza ha considerato comparativamente quanto previsto dalla legislazione inglese, tedesca e francese (sentenza 270/2010, sub par. 8.4). La stessa Corte, intervenendo in tema di effetti temporali della pronuncia di incostituzionalità (10/2015, sub par. 7), rivolgendo la sua attenzione al regime di "costituzioni democratiche e pluraliste" ha rilevato che *"la comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi"* Di conseguenza . *"Una simile regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale"*.

Come appare compatibile con il rispetto dei principi costituzionali che il giudice debba fare riferimento a normative o prassi applicative proprie di ordinamenti condividenti gli stessi principi, così, di contro, è comprensibile la negazione di un possibile utilizzo del diritto proprio di ordinamenti che negano o comunque non condividano gli stessi principi.

Non a caso, nel noto dialogo tra i giudici Breyer e Scalia a proposito dell'utilizzo dell'argomento di diritto comparato nelle sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, il secondo fa notare al primo la problematicità del suo far riferimento all'ordinamento dello Zimbabwe in un caso relativo alla pena di morte. Per ammissione dello stesso Breyer, lo Zimbabwe non è infatti annoverabile tra i *"campioni nella tutela dei diritti umani"*, e pertanto tale citazione avrebbe costituito un errore tattico argomentativo, insanabile persino di fronte all'universalità dell'argomento oggetto della sentenza, cioè la morte imposta dallo Stato. La Corte Suprema indiana nel comparare i rimedi previsti dall'ordinamento indiano con quelli presenti nell'ordinamento degli Stati Uniti in tema di azioni positive intese a superare forme di discriminazione per le classi sottoprivilegiate ha esclusa l'utilizzabilità da parte del sistema indiano delle forme di perequazione previste negli Stati Uniti, in quanto non compatibili con le direttive (*directive principles*) previste dalla costituzione indiana (artt. 14, 18, 38) (*Ashoka Kumar Thakur v. Union of India*, 2008 (56), BLJR12, 96, par. 175). Presso la House of Lords, che sino al 2009 ha costituito l'equivalente di una corte suprema e ha fatto frequente ricorso al diritto straniero, nel caso *White et alia v. Jones* del 1995 Lord Goff raccomandava di mettere estrema attenzione nello svolgimento di comparazioni fra sistemi appartenenti a diverse tradizioni giuridiche.

Particolarmente significativo è il dato emergente dall'analisi della giurisprudenza costituzionale delle corti est europee a partire dai primi anni novanta del novecento. Nonostante una lunga prossimità culturale,

Anticipazioni al n. 2 del 2018 della Rivista "Nomos. Le attualità nel diritto"

politica e costituzionale con l'Unione Sovietica, nessuna di queste corti fa mai uso del vigente diritto russo; ciò perché un tale riferimento risulterebbe antitetico rispetto ai valori democratici del costituzionalismo liberale di tradizione occidentale che esse hanno accolto. Valga come esempio il caso Pl. US 1/2008, del 23 settembre 2008, della Corte ceca in tema di diritti sociali. La Corte, nel ricostruire lo sviluppo storico della protezione costituzionale di tali diritti, fa riferimento al primato (in ordine cronologico) della costituzione staliniana del 1936. Immediatamente, però, si premura di sottolineare l'ineffettività di tali norme in quanto esse "erano crudelmente contraddittorie, non soltanto rispetto alla prassi, ma anche rispetto alle disposizioni attuative di rango legislativo e sublegislativo". L'incomparabilità tra l'odierno ordinamento ceco e il dato normativo sovietico, pur alla luce della tutela formale dei diritti sociali garantita da quest'ultimo, risulta pertanto motivata dal carattere illiberale del regime sovietico antitetico rispetto ai valori fondanti il costituzionalismo europeo. Non a caso, la Corte passa poi immediatamente a una analisi comparativa di ordinamenti dei Paesi membri dell'Unione europea al fine di fornire una soluzione al caso presentatole.

Nel caso di analisi comparativa a fini scientifici non si presentano invece i limiti che sono stati appena ricordati. Quando la comparazione si allontana dalle finalità pratiche che influenzano l'attività del normatore e del giudice deve osservarsi che escludere la comparabilità fra ordinamenti statali soltanto perché «eterogenei», in quanto appartenenti a forme di stato diverse, è un non senso. Compete infatti al singolo ricercatore stabilire gli orizzonti del suo impegno scientifico e non è pensabile ostacolare la conoscenza dei diversi ordinamenti che è scopo della scienza comparata, mentre è pacifico che la comparazione può condurre a mettere in evidenza differenze oltre che coincidenze, consentendo la individuazione di modelli e la formulazione di classificazioni.

4. Una conclusione sulla presenza/assenza di vincoli costituzionali alla comparabilità

Rispetto alla rigidità che in qualche modo condiziona i margini di manovra dei titolari di funzioni costituzionali si trova dunque una sicura libertà di manovra del ricercatore. Del resto, nella pratica, l'analisi scientifica non può prescindere dal raffronto fra ordinamenti ispirati a valori diversi, quando si pensi, ad esempio, alla necessità di studio dei rapporti fra ordinamenti degli stati divenuti indipendenti dopo il secondo conflitto mondiale e quelli delle potenze europee coloniali (quasi totalità degli ordinamenti africani e asiatici), o fra le diverse fasi storiche di ordinamenti che passano dalla vigenza dei principi dello stato liberale a quella dello stato autoritario o viceversa (ordinamenti iberoamericani e ordinamenti greco, spagnolo, portoghese di un non lontano passato per fare esempi di vivo interesse per il ricercatore italiano). Ovviamente, la comparazione svolta fra ordinamenti inquadrati in forme di stato diverse non può non comportare un approfondimento dei profili sostanziali degli ordinamenti costituzionali esaminati, diffidando dei semplici riscontri di similitudini formali che a prima vista potrebbero indurre a trarre conclusioni affrettate rivelantisi in seguito inesatte e svianti.

Quindi lo studio comparato di ordinamenti eterogenei è perfettamente giustificato nel

Anticipazioni al n. 2 del 2018 della Rivista "Nomos. Le attualità nel diritto"

quadro della scienza comparatistica, dovendosi notare che l'insistenza con cui la maggior parte della dottrina pretende la omogeneità degli ordinamenti quale requisito di comparabilità, o diffida dal procedere ad incauti raffronti, discende dal fatto che la comparazione ha, tra le altre, l'importante funzione di offrire materiali per la adozione di testi costituzionali e legislativi o per giungere alla armonizzazione o unificazione del diritto, obiettivi che indubbiamente sono più agevolmente conseguibili muovendosi nel quadro di discipline normative omogenee scaturenti da ordinamenti facenti parte della medesima forma di stato.

Pertanto, anche se è comprensibile che la comparazione fra ordinamenti *omogenei* possa considerarsi agevolata dalle affinità e coincidenze che ne caratterizzano gli elementi identificanti, non può escludersi la comparabilità fra ordinamenti c.d. *eterogenei*. La comparazione fra questi è conseguenza degli obiettivi che si pone il ricercatore e il risultato della ricerca, oltre al rilievo di similitudini ed equivalenze, ben può portare a mettere in evidenza diversità. Concludendo, la comparazione fra ordinamenti statali inseriti in forme di stato (o regimi politici) diverse è scientificamente legittima, purché funzionale agli obiettivi della ricerca.

Ma la comparabilità a fini scientifici, nel senso ora precisato, non significa disconoscere il permanere di radicali diversità fra culture e relative concezioni del diritto e dell'organizzazione del potere che finiscono per condizionare i titolari di funzioni costituzionali. Intendiamo anche dire che non è ammissibile pretendere di individuare un superamento delle differenze a causa del riscontrarsi della c.d. globalizzazione. La permeabilità fra culture, ove riscontrabile, non comporta la eliminazione delle differenze, in quanto permangono ineliminabili "divisioni e fratture" fra mondo occidentale e altri ambiti geopolitici.

5. La comparazione e l'esercizio di funzioni costituzionali

I costituzionalisti si sono posti da tempo l'interrogativo su quale sia la condizione da individuarsi per poter procedere alla comparazione. Lo stesso quesito se lo erano posti i civilisti e i cultori altre discipline giuridiche. Di massima è comparabile soltanto ciò che si può ritenere omogeneo sotto il profilo ideologico per quanto riguarda gli ordinamenti (macrocomparazione) e omogeneo sotto il profilo funzionale per quanto riguarda i singoli istituti (microcomparazione).

Quindi tendenzialmente si comparano istituti appartenenti alla stessa area culturale e alla stessa tradizione costituzionale e che soddisfino la stessa funzione a prescindere dalla qualificazione formale.

In realtà, come abbiamo ripetutamente sottolineato, occorre fare una netta distinzione fra comparazione a *fini pratici* (quando la comparazione riguarda la normazione che la giurisdizione) e comparazione a *fini scientifici*. E' per la prima che ricorre necessariamente il requisito della omogeneità.

La comparazione nell'esercizio di una funzione costituzionale (normazione e giurisdizione) richiede la sua utilità: non si rivela utile far riferimento a un diritto talmente diverso dal proprio da essere inutilizzabile. Nella funzione normativa rientra la comparazione al fine di stilare testi costituzionali e legislativi a valere per il futuro in un numero imprecisato di casi e per un numero indeterminabile di utilizzatori. In quella giurisdizionale la comparazione è utile per la soluzione di puntuali casi già verificati e posti alla attenzione del singolo giudice.

5 a) Comparazione e nuove costituzioni

E' pacifico che nella elaborazione dei *testi costituzionali* si è spesso fatto riferimento in modo più o meno sistematico alla comparazione. Gli organi costituenti hanno interesse ad ampliare il raggio della loro conoscenza anche operando una comparazione fra soluzioni costituzionali già sperimentate. Nella storia delle costituzioni gli esempi non mancano: influenza del modello nordamericano sui costituenti ibero-americani; dei modelli degli stati liberali e di quelli socialisti sui costituenti di molti stati di recente indipendenza; del modello sovietico sui costituenti della totalità degli stati socialisti. La *fase preparatoria* di una nuova costituzione o della sua revisione comporta sovente un *apporto cognitivo* offerto da precedenti costituzioni. E' in questa fase che in modo sicuro si può individuare lo svolgimento di analisi comparative.

Particolarmente ampi furono i riferimenti alle costituzioni di altri stati durante i lavori preparatori della Assemblea Costituente italiana. Pure ricchi di riferimenti comparatistici sono stati i lavori delle diverse commissioni parlamentari incaricate, senza successo, di proporre modifiche costituzionali (1983, 1993, 1997), seguite dalla commissione di esperti nominata dal governo nella diciassettesima legislatura (2013). Si pensi infine ai lavori svolti in vista della mancata revisione costituzionale bocciata dal referendum costituzionale nel 2016. Per studiare la riforma del senato, la riconsiderazione dei poteri governativi, la redistribuzione delle competenze stato/regioni, si sono effettuati abbondanti riferimenti comparativi con altri ordinamenti diversi da quello italiano.

Analisi comparatistiche hanno preceduto la formazione della Legge fondamentale di Bonn del 1949 e delle costituzioni francesi del 1946 e del 1958 e hanno caratterizzato i lavori preparatori della costituzione portoghese del 1976 e di quella spagnola nel 1978. L'apertura problematica verso il costituzionalismo liberale ha prodotto un largo dibattito coinvolgente lo studio delle esperienze occidentali nella preparazione della costituzione della Federazione Russa del 1993. Analisi comparative, riguardanti sia il regime dei diritti che i profili organizzativi circa la migliore forma di governo, sono state svolte da centri specializzati che nel quadro di organizzazioni internazionali prestano assistenza per la formulazione di nuovi testi costituzionali specialmente in paesi sconvolti da gravi crisi e veri e propri conflitti armati (tra cui: Afghanistan, 2004; Iraq, 2005; Kosovo, 2008; Egitto, 2014; Tunisia, 2014). Le conseguenze di questo tipo di impostazione nel lavoro preparatorio emergono spesso con evidenza nello stesso *testo costituzionale definitivo*.

Anticipazioni al n. 2 del 2018 della Rivista "Nomos. Le attualità nel diritto"

Riferimenti indiretti che lasciano intravedere analisi di taglio comparativo che hanno investito la forma di governo francese, comunemente definita «semipresidenziale», si rinvencono nelle scelte costituenti di diversi paesi dell'Europa centro-orientale, dopo l'abbandono delle costituzioni di impronta sovietica. Basti pensare alla introduzione della elezione popolare diretta del presidente della repubblica accanto agli istituti della fiducia parlamentare e dello scioglimento anticipato del parlamento nelle costituzioni di Polonia (1997), Romania (1991), Bulgaria (1991), Croazia (1990), Slovenia (1991), Serbia (2006) e del Montenegro (2007).

Riferimenti comparatistici si rinvencono nelle decisioni dei costituenti di rafforzare il ruolo degli esecutivi secondo la formula britannica del c.d. premierato.

Analoghe considerazioni possono svolgersi con riguardo alla composizione e alle attribuzioni delle seconde camere negli stati federali, di solito congregate in modo da offrire rappresentanza agli enti territoriali e con funzioni generalmente recessive rispetto alle camere basse sia nella funzione legislativa che nei rapporti con l'esecutivo. È quanto si può riscontrare non soltanto nelle esperienze federali mature di Germania, Svizzera, Canada, ma altresì in quelle di più recente formazione come nel caso del Belgio (costituzione del 1994), ove la soluzione federale determinata dalla esigenza di conciliare le diversità linguistiche e culturali tradizionalmente presenti sul territorio ha comportato l'adozione di un bicameralismo differenziato che attribuisce al senato la rappresentanza delle comunità linguistiche, assegnandogli un ruolo nettamente subordinato rispetto alla camera dei rappresentanti.

5 b) Comparazione e legislazione

A livello subcostituzionale, ogni legislatore si mantiene *assolutamente libero* di procedere all'approfondimento di legislazioni altrui e di svolgere analisi comparative. Non esiste alcun organico criterio che giustifichi il ricorso alla comparazione da parte dei legislatori: esigenze specifiche condizionate da fattori locali o dal particolare momento storico, come pure la autorevolezza e il prestigio acquisiti da scelte operate in altri ordinamenti, possono spingere alla verifica comparata. La comparazione è agevolata dalla introduzione di relazioni sempre più intense fra parlamenti di diverse aree geopolitiche, dallo scambio di informazioni e dalla messa in opera di svariate modalità collaborative. In tal senso si è parlato della esistenza di un *dialogo fra legislatori* e di cooperazione interparlamentare.

Il dialogo assume particolare rilievo nell'importante area dei diritti della persona. Qui appare confermato come la comparazione avvenga fra ordinamenti che condividono gli stessi o simili valori dal punto di vista etico giuridico. Quindi appare naturale che l'ordinamento di un paese quale l'Italia guardi a esempi propri di altri sistemi di derivazione liberale per ricorrere in modo appropriato alla comparazione.

A questo punto occorre dire che i rapporti fra parlamenti al fine di scambiarsi informazioni sui metodi di lavoro parlamentare e sui criteri di organizzazione interna possono essere solo una premessa al ricorso alla comparazione. Ricerche sulla legislazione

straniera sono svolte all'interno delle assemblee sia nell'ambito delle commissioni parlamentari che attraverso organismi collegiali incaricati di svolgere ricerche utili per la preparazione di proposte legislative. Particolarmente interessante è stato il lavoro delle *Law Commissions* in diversi paesi anglosassoni e della *National Conference of State Legislatures* negli Stati Uniti. Di particolare interesse sono pure gli studi commissionati ad esperti dalle varie direzioni interne al Parlamento Europeo. Queste ultime analisi riguardano sia il diritto degli stati membri sia quello di ordinamenti esterni alla Unione Europea. Lo studio "*A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*" (15 maggio 2013) oltre a considerare diversi ordinamenti di Paesi membri si occupa anche di Russia, Australia e Sud Africa.

A questo proposito è frequente la affermazione secondo cui le commissioni parlamentari come pure le commissioni di esperti formate dai governi sul modello delle *Law Commissions* svolgerebbero attività comparativa. In realtà nella pratica abbonda la raccolta di materiali interessanti ordinamenti stranieri da sottoporre alla attenzione dei legislatori mentre è problematico individuare studi in senso proprio comparativi. Quello che appare certo è che il ricorso al diritto straniero e alla eventuale comparazione riguarda la *fase preparatoria* negli uffici legislativi dei ministeri e in seno alle commissioni parlamentari mentre nella fase dei dibattiti e delle decisioni finali le esigenze politiche contingenti dei parlamentari e dei rappresentanti del governo tendono a far dimenticare i raffronti con altri ordinamenti. L'esperienza francese dà ampio rilievo all'analisi comparatistica nella fase della progettazione legislativa. Sulla base del novellato art. 39 Cost. attuato dalla legge organica n. 2009-403 che ha individuato le condizioni per la presentazione dei progetti di legge, la legislazione straniera è tenuta presente, in particolare, nella "esposizione dei motivi" e negli "studi di impatto" della regolazione. La comparazione operata dal legislatore può lasciare traccia nella relazione di accompagnamento di un progetto di legge, come sovente accade in Italia (cfr. ddl 22 gennaio 2013 sulla riforma delle circoscrizioni giudiziarie; ddl 29 aprile 2008 sul c.d. testamento biologico; ddl costituzionale del 24 luglio 2014 sul diritto di accesso a Internet). Raramente si trova traccia di riferimenti comparativi nel testo finale di una legge: nel preambolo della legge spagnola sullo statuto della radio e televisione (l. 4/1980 del 10 gennaio) esplicitamente si afferma che la disciplina adottata si è ispirata all'«*esperienza di altri paesi con sistemi democratici aventi il medesimo orientamento*» di quello spagnolo.

In Italia particolarmente abbondante è la preparazione di documenti contenenti analisi paese per paese da parte degli uffici interni alle due Camere. Questi documenti preparatori hanno, ad esempio, interessato in modo diffuso la prevista normativa di riforma della legislazione elettorale nel 1993 e 2005. Simili lavori hanno interessato il periodo 2013-2015. Riferimenti a ordinamenti stranieri e spunti comparatistici sono stati frequenti in molti altri casi. Citiamo i lavori parlamentari nella fase che ha preceduto l'adozione delle leggi 31 dicembre 1996, nn. 675 e 676 in materia di trattamento dei dati personali in cui si è fatto riferimento ai concetti di riservatezza (*privacy*) sviluppati da tempo in altri ordinamenti statali e di organizzazioni internazionali. In generale possiamo ritenere che

tutta la normazione che interessa l'importante area del biodiritto è interessata a una fase preparatoria di impronta comparativa. Comunque l'eventuale ricorso alla presa in considerazione di fonti straniere e alla comparazione sarebbe circoscritta al *momento cognitivo* e avrebbe funzione *ausiliaria* rispetto alla formazione della volontà del legislatore mentre non emerge se non raramente nella fase finale della formalizzazione dell'atto legislativo.

Con questa precisazione possiamo riconoscere che la considerazione del diritto straniero può avere un ruolo significativo nella *preparazione della legislazione* nella quasi generalità degli ordinamenti. Gli esempi possono essere numerosi. E sempre dovrebbe farsi una non agevole distinzione fra le ipotesi di semplice imitazione di un modello di prestigio e vere e proprie analisi comparative fra più modelli da tenersi presenti. Un caso conosciuto di cui si hanno numerosi riscontri è quello della imitazione di codici (penali, civili, processuali) in molteplici ordinamenti extraeuropei. Il ricorso alla comparazione per introdurre nuova legislazione può interessare anche rapporti fra ordinamenti con diverse tradizioni giuridiche. Fino a due decenni or sono nei paesi socialisti, la comparazione era tendenzialmente limitata in via preclusiva alla esperienza degli ordinamenti condividenti le medesime premesse ideologiche. Oggi in Cina popolare, almeno per quanto riguarda alcune specifiche aree di intervento legislativo, la comparazione risulta decisamente ampliata anche alla conoscenza della legislazione occidentale come avvenuto nella preparazione della più recente normativa di protezione ambientale dove il lavoro preparatorio svolto nelle commissioni del Congresso del Popolo ha comportato un attento esame dei precedenti offerti dalla legislazione canadese e francese.

Infine, si è notato che il ricorso alle analisi comparate finisce per interessare soprattutto settori di intervento legislativo che presentano aspetti scientifici e tecnici privi di connotazione ideologica o situazioni in cui sia manifesta la uniformità di interessi fra ordinamenti oggetto di studio comparato (ad esempio: diritto penale, diritto commerciale con particolare riferimento alla concorrenza, tutela del consumatore), mentre difficilmente riguarda quei settori in cui emerge in via prioritaria il carattere squisitamente nazionale degli interessi disciplinati o in cui esistono istituzioni nazionali ben radicate. La attività di armonizzazione e di produzione di normative da utilizzarsi dai membri di organizzazioni internazionali (ad esempio regolamenti e direttive della UE) comportano di regola una precedente comparazione fra normative contenute nella legislazione degli stati membri della Unione.

5c) Comparazione e giurisdizione

L'incremento del c.d. «*dialogo*» fra le giurisdizioni e in particolare fra le corti costituzionali e fra queste e gli organi internazionali di giustizia ha reso naturale per i giudici il tentativo di utilizzare istituti di altri ordinamenti o la giurisprudenza di questi. È in questo clima cooperativo che si rafforza il ricorso alla comparazione, dovendosi sottolineare che in concreto è dato riscontrare sia il semplice ricorso al diritto straniero che la ricerca tramite

comparazione di principi da utilizzarsi da parte del giudice. La comparazione emerge quale strumento attraverso cui agevolare la conoscenza, momento di collegamento fra storia del diritto, teorie legali e diritto positivo, in cui si inserisce il ruolo delle corti. Nel caso specifico della comparazione utilizzata dal giudice costituzionale essa ha la funzione di agevolare una migliore conoscenza del diritto nazionale da applicarsi al caso concreto mediante un raffronto critico con altri diritti. Se svolta con rigore diviene «*elemento costitutivo della interpretazione costituzionale*», a differenza di quanto avviene a proposito del suo utilizzo da parte del legislatore dove di solito assume un ruolo meramente «ricognitivo» al fine di aiutare la preparazione del testo normativo. Per quanto riguarda la prassi interpretativa dei tribunali costituzionali è stato precisato che il ricorso al diritto straniero o al diritto internazionale in chiave comparativa può essere fatto a titolo meramente erudito («ornamentale») per corredare il ragionamento del giudice, può servire a rafforzare o negare una tesi interpretativa incidendo sulla *ratio decidendi* o rilevando negli *obiter dicta* o può a volte addirittura rivelarsi essenziale in quanto il giudice si trovi a dover risolvere un caso in carenza di esplicite norme (ipotesi di vera e propria lacuna). Qui si incontra il delicatissimo aspetto del confine fra argomento comparativo e giudizio comparativo.

L'utilizzazione del diritto straniero, da cui va con evidenza distinto il diritto internazionale e, eventualmente, il ricorso in senso proprio alla comparazione assumono nell'attività delle corti un profilo del tutto particolare sensibilmente diverso da quello che si riscontra a proposito degli altri utilizzatori della comparazione: ricercatori e legislatori. Infatti il giudice interviene in tal senso sempre e soltanto in una circoscritta prospettiva di *utilità* per la formazione della sua decisione destinata unicamente a risolvere il caso portato alla sua attenzione. E questo sia quando si limita a una citazione esornativa o meramente rafforzativa della sua pronuncia, sia quando si sente spinto a una analisi più mirata che gli consenta di formare la propria convinzione, risultato quest'ultimo che, nel caso concreto, si presenterebbe come problematico in assenza dell'ausilio offerto dalle fonti esterne. Vi sono, infatti, non frequenti casi in cui il richiamo comparativo diviene essenziale nel ragionamento del giudice. Ovviamente affermare che il giudice utilizza diritto straniero e ricorre alla comparazione soltanto al fine di risolvere uno specifico caso non significa minimizzare il significato della sua attività né affermare che gli effetti della sua pronuncia rimangano circoscritti al caso risolto, in quanto è ben possibile che la pronuncia eserciti influenza su future decisioni di altri giudici facendosi ricorso al noto profilo della persuasività del precedente, pacifica negli ordinamenti di *common law* tramite l'affermarsi dello *stare decisis*, discussa e discutibile negli ordinamenti di *civil law*. Così pure non potrebbe escludersi una influenza su successive scelte normative.

Gli esempi in cui risulta che il giudicante ha considerato utile o necessario ricorrere al diritto straniero e alla comparazione non mancano. Il richiamo alla Convenzione di Oviedo e ad alcune sentenze di giudici statunitensi, inglesi, tedeschi, nonché alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, costituisce un passaggio essenziale nella argomentazione della Corte di Cassazione italiana nella sentenza sul c.d. caso *Englaro* (Sentenza del 16 ottobre 2007, sez. I civ., n. 21748.) In questo caso la

comparazione è servita alla Corte per colmare un vuoto normativo nell'ordinamento italiano che nulla dispone riguardo al fine-vita. I richiami ai precedenti inglesi, statunitensi, australiani, neozelandesi, tedeschi, della Corte EDU sono essenziali nel *reasoning* della Corte costituzionale sudafricana in *Du Plessis and Others v. De Klerck and Another* (Sentenza del 15 maggio 1996 (1996 (3) SA 850 (CC)). in materia di effetti orizzontali dei diritti fondamentali, e in *The State v. Makwanyane* (sentenza del 6 giugno 1995) in materia di pena di morte. Similmente si sono rivelati essenziali i richiami della Corte Suprema canadese ai precedenti in materia di diritto negativo di associazione della Corte Suprema degli Stati Uniti e della Corte europea dei diritti dell'uomo (*R. v. Advance Cutting and Coring Ltd.* (Sentenza del 19 ottobre 2001, 2001 SCC 70).. Il Tribunale Costituzionale portoghese ha fatto riferimento a quanto previsto dalle costituzioni spagnola, italiana e tedesca per colmare una mancata previsione della costituzione portoghese in tema di vincoli legislativi agli interventi limitativi del diritto di proprietà (sentenza 421/2009). Numerosissimi riferimenti al regime legislativo e ai precedenti giurisprudenziali di ordinamenti europei ed extraeuropei costellano la nota sentenza del Tribunale Costituzionale spagnolo che ha respinto le eccezioni di incostituzionalità alla legge sul matrimonio omosessuale (sentenza 198/2012 del 6 novembre 2012, in particolare sub par. 9). La Corte costituzionale italiana raramente effettua riferimenti da cui desumere con certezza l'avvenuto utilizzo della comparazione anche se è ben noto che la Corte nella fase istruttoria fa ricorso a ricognizioni del diritto straniero e quindi a possibili raffronti propriamente comparativi. Nel testo delle pronunce affiorano a volte cenni da cui desumere che c'è stata una fase comparativa preparatoria. Nei richiami che troviamo nelle considerazioni in diritto possiamo trovare affermazioni a conforto della opinione del collegio. Nella sentenza 250/2010 rigettando la questione sottoposta si riconosce la costituzionalità del reato di clandestinità e a conforto si ricorda che l'analisi comparatistica rivela norme anche più severe di legislazione di diversi Paesi UE con tradizioni giuridiche vicine alla nostra (Francia – Germania) o diverse (GB). Nella sentenza 13/2012 che affronta la “riviviscenza” di norma in caso di referendum abrogativo si ricorda che non è di regola ammesso il ripristino di norme a seguito di abrogazione legislativa anche in altri ordinamenti (GB, USA, RFT, Francia, Spagna). Nella sentenza 10/2013 relativa al contenimento di effetti retroattivi di sentenze della Corte Costituzionale si ricorda che la comparazione con altre Corti Costituzionali. europee – Austria, Germania, Spagna, Portogallo, indica che c'è prassi diffusa in tal senso. Nella sentenza 1/2014 si nota che in ordinamenti costituzionali omogenei all' italiano se c'è legislazione elettorale proporzionale non si devono verificare squilibri negli effetti del voto. Infine la sentenza 35/2017 sull'*italicum* contiene un fugace riferimento al diritto elettorale straniero.

Il riscontro estremamente limitato di riferimenti da cui desumere l'avvenuta comparazione non esclude che nella fase istruttoria precedente ci sia stato argomentare comparativo. In realtà è più agevole verificare i richiami al diritto straniero e alla comparazione in quegli ordinamenti in cui vengono pubblicate *dissenting* e *concurrent opinions*

dei giudici. In simili casi è possibile avere a disposizione materiali che possono comprovare il ricorso allo strumento comparativo.

La comparazione cui le corti possono ricorrere – in quanto aperte verso ordinamenti diversi da quello di appartenenza, e quindi considerate «*dialoganti*» – va ricondotta all'ambito delle teorie della interpretazione giudiziale. Ciò significa che il giudice utilizza la comparazione nell'ambito del processo di interpretazione del *proprio* diritto. Quindi il richiamo nel suo ragionamento a principi, norme, precedenti esterni deve essere considerato quale elemento fattuale, come avviene per dati storici e opinioni dottrinali. In questo preciso senso *sono meri fatti utilizzati in sede cognitiva e raramente in sede decisoria*. Nessuna operazione di rinvio a fonti esterne è quindi configurabile. Del tutto particolare la situazione che si riscontra nei rapporti fra giudici di *common law* in cui si continua a considerare il precedente di diverso ordinamento non solo come autorità persuasiva ma come vera e propria fonte utilizzabile dai giudici dell'area. Il giudice nel suo argomentare non «applica» quindi diritto o precedenti stranieri ma li utilizza come elementi fattuali utili al fine di meglio e più proficuamente interpretare il proprio diritto.

Indubbiamente, la comparazione costituisce uno dei profili più interessanti della funzione interpretativa del giudice. Nei casi in cui si faccia ricorso alla comparazione per colmare lacune normative essa evidenzia il limite evanescente fra interpretazione/applicazione di norme e interpretazione creativa sconfinante in una attività di normazione. Esempio probante in tal senso è offerto dalla richiamata sentenza Englaro della Corte di Cassazione in cui utilizzando frammenti di sentenze e normative straniere il giudice ha enucleato in via comparativa una norma prima inesistente.

E' dall'esame del testo di una sentenza, ivi compresi gli *obiter dicta*, conoscibile nel suo testo formale e quindi verificabile, che si può accertare il ricorso alla comparazione intesa come momento di raffronto critico, attraverso il quale individuare il principio di diritto che serve a risolvere il caso sottoposto (*giudizio comparativo*). Tuttavia anche nelle fasi processuali che precedono la decisione possono emergere richiami al diritto straniero e raffronti comparativi addotti a sostegno delle diverse tesi processuali. Quindi, sia nell'atto introduttivo che nella fase istruttoria e dibattimentale possono trovarsi elementi comparativi. Di solito si fa riferimento a tale stato di cose quando si richiama il ricorso all'*argomento comparativo* emergente dagli atti processuali, oltre che dalla sentenza. L'argomentare comparativo indica le suggestioni, di diversa intensità, che possono manifestarsi nelle diverse fasi processuali quando i soggetti partecipanti adducano a sostegno delle proprie tesi argomenti tratti dal diritto straniero e proponano analisi comparative. Occorre quindi richiamare l'attenzione sulla importante *differenza che intercorre tra generico riferimento all'argomentare comparativo e decisione giudiziale scaturente dalla avvenuta comparazione*.

Il ricorso all'argomento comparativo, cioè ispirato alla normativa prevista in altro ordinamento, ha valore utilitaristico a favore o contro una determinata interpretazione e si concretizza quando non sia altrimenti possibile rinvenire nel testo una lettura degli enunciati testuali conforme all'orientamento del giudicante tenuto a giungere alla

conclusione circa il caso sottopostogli. Quindi, il ricorso alla comparazione si effettua quando il giudicante lo ritiene utile rispetto alla esigenza di dare la propria decisione del caso. E ciò in base a una sua discrezionale valutazione quando non siano sperimentabili canoni più agevoli e consueti quali quello semantico e sistematico, ricorso che non si presenta come necessitato anche in quanto sarebbe problematico raggiungere un consenso su una gerarchia fra canoni interpretativi. Secondo una nota teoria negli ordinamenti delle democrazie pluraliste la comparazione sarebbe però sempre uno dei canoni preferenziali della interpretazione in quanto questi ordinamenti sono per definizione aperti al dialogo transnazionale.

Quando si fa riferimento alla rilevanza per il giudice del diritto straniero abitualmente si ha riguardo alla disciplina positiva di certi istituti e, quindi, a disposizioni costituzionali o legislative e, in particolare, come sopra ricordato, alla giurisprudenza nei casi in cui si tratti del ruolo di un giudicante. Di solito il diritto straniero è il *diritto positivo* dell'ordinamento considerato e la giurisprudenza maturata su di questo. Ma non solo il diritto positivo può essere coinvolto in una valutazione a fini comparatistici. Anche la *metodologia* nello svolgimento del ragionamento giuridico che conduce a una scelta giurisprudenziale quale è seguita nell'ordinamento o negli ordinamenti presi in considerazione può essere oggetto di indagine e di utilizzazione. In tal caso, quindi, alla considerazione del diritto positivo si può aggiungere quella del metodo giuridico. Similmente può essere presa in considerazione la dottrina.

Un esempio in tal senso è offerto dal progredire del ricorso al *principio di proporzionalità* nella giurisprudenza costituzionale e internazionale. Una analisi storica dimostra come si sia sensibilmente incrementato il numero dei giudici che hanno utilizzato il principio muovendo dall'esempio offerto dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* a partire dagli anni settanta del secolo trascorso.

L'utilizzazione del principio di proporzionalità affiora nella giurisprudenza della Corte Suprema nordamericana (*District of Columbia v. Heller* sentenza del 26 giugno 2008, 554 U.S. (2008)) dove con riferimento al confronto fra il diritto individuale a portare un'arma e l'interesse collettivo al controllo delle armi l'opinione dissenziente del giudice Breyer fa esplicito richiamo a questa dottrina d'importazione per suggerire un raffronto di «proporzionalità» fra i due ordini di esigenze. Il richiamo esplicito al principio secondo alcuni commentatori potrebbe essere visto come la premessa a un avvicinamento della giurisprudenza nordamericana a quella di origine tedesca ed europea e quindi all'utilizzazione in via comparativa di idee costituzionali provenienti da ordinamenti di *civil law* e, quindi, del diritto straniero.

6. Una riflessione conclusiva

Il consolidarsi progressivo di uno *spazio culturale comune*, particolarmente evidente nell'area euro-atlantica, in cui dominano i valori propri del costituzionalismo liberale, mette in evidenza la presenza di una comunanza di valori che agevola la omogeneità di

regimi giuridici e facilita la comparazione.

Gli sviluppi delle ricerche che riguardano questa area geopolitica e giuridica sono tuttavia sovente impropriamente estesi in modo affrettato ad aree culturali profondamente diverse. E in effetti è invalsa la tendenza a attribuire una portata universale a valori propri della tradizione costituzionale occidentale che nella realtà non risultano per niente universali. Avviene quindi che in una pretesa impostazione universalista alla comparazione interessante l'ambito euro-atlantico si aggiungano aree lontane culturalmente da quella occidentale, estendendo il metodo di ricerca comparativa a livello universale in modo indifferenziato e scientificamente indimostrabile.

Questa impostazione delle ricerche in chiave universalistica è ammissibile per il ricercatore che intenda ampliare il suo orizzonte di analisi con l'importante cautela della necessità di una giustificazione plausibile del metodo di ricerca seguito. Occorre infatti esaminare i diversi contesti tenendo conto delle loro peculiarità, non sempre estensibili da un'area geopolitica e giuridica a un'altra, in quanto ognuno influenzato da precise storie costituzionali. Per quanto riguarda l'area occidentale, caratterizzata da una sua consolidata tradizione, in questa, nonostante le pesanti limitazioni subite, continuano a muoversi le sovranità statali col loro bagaglio di legislazioni e giurisprudenze nazionali. Una comprovata colleganza negli sviluppi storico-costituzionali dell'area euro-atlantica e il comune legame delle normative internazionali sui diritti agevola l'apertura al diritto straniero e alla comparazione non solo per lo scienziato ma, in particolare, per normatori e giudici.

Nota bibliografica

Sul metodo comparativo v. variamente: G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, 9 ed., Padova, 2013; A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009; P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010; M. C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé (s)*, Paris, 2010; T. Groppi e M.C. Ponthoreau (a cura di), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, 2013; Scaffardi (a cura di), *Parlamenti in dialogo L'uso della comparazione nella funzione legislativa*, Napoli, 2011; N. Lupo e L. Scaffardi, *Comparative Law in Legislative Drafting. The Increasing Importance of Dialogue amongst Parliaments*, The Hague, 2014; L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna 2014; Somma A., *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, 2014; P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, 2012 ; P.G. Monateri , *La Geopolitica della Legge. Comparazione e geografia delle norme*, in *Rendiconti dell'Accademia delle scienze 2013-2014*, VI, Bologna, 2015, .85 ss.; R. Hirschl, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014; M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge, 2014; P. Passaglia, *Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: un'indagine relativa al periodo 2005-2015*, in *Consulta online*, 2015, II, 589 ss.; A. Ruggeri, *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, in *Diritti comparati. Comparare i diritti*

Anticipazioni al n. 2 del 2018 della Rivista "Nomos. Le attualità nel diritto"

fondamentali in Europa, 28.7.2015; S. Gambino, *La comparazione nel diritto costituzionale: approccio “normativistico” e approccio “realista” alla zona grigia del diritto costituzionale*, in AA.VV. *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, I, Padova, 2015, 27 ss.; A. Weber, *Die Rolle der Rechtsvergleichung bei der Auslegung der Europäische Grundrechtecharta*, ivi, 347 ss.