



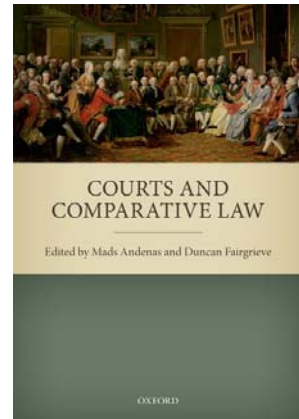
anno VI, n. 3, 2016

data di pubblicazione: 11 ottobre 2016

Recensioni

Mads Andenas, Duncan Fairgrieve (eds.),  
*Courts and Comparative Law*,  
Oxford University Press, Oxford,  
2015, pp. 768

L'oramai noto processo contemporaneo di *judicial globalization* ha rievocato una tipologia di approccio al diritto abbandonato, secondo diffuso convincimento, con la nascita dello Stato nazione la cui tradizione, seppur scendendo a compromessi con la naturale propensione del legislatore a trarre ispirazione dal diritto comparato per lo sviluppo di riflessioni sulla riforma dell'ordinamento interno, si è mostrata ostile all'adozione del metodo comparatistico da parte dei giudici nel quadro della loro attività ermeneutica. Nel mondo globale, di contro, il diritto comparato assiste, in modo sempre più strutturato, le Corti nazionali, internazionali e sovranazionali nella dinamica interpretativa della normativa interna come di quella internazionale e comunitaria lungo un percorso di ricerca di un generalmente condiviso criterio che, lungi dall'assumere carat-





anno VI, n. 3, 2016

data di pubblicazione: 11 ottobre 2016

*Recensioni*

tere assoluto, è suscettibile di rivelare l'utilità del ricorso alla comparazione proprio in ragione della sua imperfezione.

Riprendendo un risalente dibattito riguardante la concezione della comparazione come metodo o come disciplina scientifica – fondato sulla contrapposizione tra l'assunto in base al quale il diritto comparato non è diritto positivo ma operazione logica di raffronto tra ordinamenti diversi, e il diverso convincimento che se il metodo comparativo è costruito secondo proprie modalità ed è applicato a specifici ambiti di ricerca e persegue precise finalità configurando autonome regole non condivise con altre discipline scientifiche, può definirsi scienza autonoma – il volume curato da Mads Andenas e Duncan Fairgrieve aggiorna le riflessioni intorno all'uso del precedente straniero nelle Corti di giustizia, muovendo dal confronto tra quella parte della dottrina che considera la comparazione come metodo suscettibile in sé di generare un paradosso, considerando che il comparatista si propone di indagare qualcosa che non esiste, e altra parte che biasima l'isolazionismo intellettuale senza futuro della dottrina inglese del Novecento.

L'esame della giurisprudenza delle Corti e dell'approccio dei giudici al diritto straniero è il terminale, sul piano empirico, di tale confronto. I curatori del volume definiscono, infatti, le Corti di giustizia quali laboratori di diritto comparato, come peraltro già anticipato nel lavoro collettaneo curato nel 2004 in collaborazione con Guy Canivet e intitolato *Comparative law before the Courts* (London, British Institute of International and Comparative Law): malgrado in una prima fase fosse diffusa la resistenza delle Corti a richiamare precedenti stranieri, giudici di Corti europee, come quella britannica, facevano da pionieri nell'utilizzo del diritto comparato quale fonte del diritto. Sin dalla seconda metà del secolo XX, infatti, i giudici inglesi



anno VI, n. 3, 2016

data di pubblicazione: 11 ottobre 2016

Recensioni

mostravano una pronunciata inclinazione al ricorso al metodo comparatistico attribuendo tradizionalmente al precedente straniero carattere persuasivo, come testimoniano le parole di Lord Goff in *Smith v. Littlewoods* ([1987] AC 241, 280-281): «Our legal concepts may be different, and may cause us sometimes to diverge; but we have much to learn from each other in our common efforts to achieve practical justice founded upon legal principle».

In linea di continuità con tale tendenza, a fronte di una dottrina minimalista che ridimensiona il contributo che la giurisprudenza straniera è in grado di offrire alle Corti nazionali, il richiamo del precedente straniero, per riprendere le dichiarazioni più recenti di Lord Bingham (in *Widening Horizons*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010), talvolta assiste la ricerca di una soluzione più “giusta” rispetto a quella offerta dal diritto interno – come in *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd* ([2002] UKHL 22) – talaltra fornisce soluzioni ivi indisponibili, come in *Knowsley MBC v. Willmore* ([2011] UKSC 10) ove il richiamo del precedente straniero era operato da alcuni giudici al fine di dimostrare la sussistenza di consistenti limiti alla prova epidemiologica nei casi di illecito da sostanze tossiche.

L'avvio del percorso di “ibridazione” giurisprudenziale ha trovato, in verità, un primo riscontro nell'operato delle Corti internazionali e sovranazionali cui è dedicata la terza parte del volume in epigrafe: dal saggio di Eirik Bjorge, in particolare, si evince come la Corte internazionale di giustizia, pur non citando precedenti giudiziari nazionali o diritto nazionale, nelle sue recenti pronunce tenga conto della giurisprudenza di altre Corti internazionali e conduca approfondite analisi degli ordinamenti nazionali in fase istruttoria. Del pari – sottolinea il contributo al volume di Paul Mahoney e Rachael Kondak – per la Corte di Strasburgo il ricorso al diritto comparato è prassi che trova formale collocazione nelle sue sentenze ove speci-



anno VI, n. 3, 2016

data di pubblicazione: 11 ottobre 2016

Recensioni

fiche sezioni sono intitolate e dedicate al *Comparative Law*; infine, Koen Lenaerts e Kathleen Gutman evidenziano il frequente utilizzo del diritto comparato da parte della Corte di Lussemburgo nel quadro dell'applicazione delle principali garanzie dei diritti fondamentali e di altri principi generali del diritto comunitario.

È tuttavia nelle esperienze nazionali, cui il volume dedica le parti quarta e quinta, che si è radicata sempre più la concezione del diritto comparato come fonte del diritto. Pur tuttavia, nel panorama comparatistico il supremo organo giurisdizionale statunitense costituisce un *unicum*, se si considera il contributo prestato dalla particolare ritrosia di alcuni componenti della Corte suprema nei confronti dell'interferenza del diritto "alieno" nel diritto interno alla accelerazione del dibattito intorno all'utilità del ricorso al precedente straniero e al diritto straniero, approfondito in particolar modo nella parte sesta del volume (con specifico riferimento ai capitoli 23, 27 e 28). Finalizzato a contrastare l'ostilità statunitense al richiamo del diritto straniero è il saggio di Judith Resnik che descrive gli Stati Uniti come un Paese di migranti dai confini tradizionalmente e storicamente porosi e nel quale alcun principio costituzionale legittima l'imposizione legislativa di direttive ai giudici con riguardo alle fonti e al materiale da adoperare per l'adozione delle proprie decisioni. Peraltro, la giurisprudenza della Corte suprema statunitense è tra le più citate dalle supreme Corti nazionali nel mondo e, in particolar modo, nell'area di *common law* che si connota per una risalente circolazione del diritto tra i Paesi del Commonwealth, l'appartenenza al quale ha tradizionalmente costituito la principale discriminante nella scelta da parte dei giudici nazionali dei precedenti stranieri da assumere come criterio interpretativo.



*anno VI, n. 3, 2016*

*data di pubblicazione: 11 ottobre 2016*

*Recensioni*

A fronte dell'esperienza statunitense, il diffuso richiamo del diritto comparato da parte delle Corti nazionali incontra forte supporto dottrinale nel contributo di Jeremy Waldron che paragona la comparazione alla ricerca scientifica: il ricercatore, difatti, pur consapevole che gli esiti progressivi della ricerca scientifica non sono infallibili né unanimemente condivisi dagli scienziati, non conduce la propria indagine senza tener conto dei risultati già raggiunti; parimenti, gli ordinamenti nazionali costituiscono riserve giuridiche nella disponibilità di legislatori e giudici stranieri cui attingere per conoscere le modalità con le quali una fattispecie giuridica è stata in precedenza disciplinata altrove. Atteso che il corso spontaneo del richiamo del diritto straniero per la formulazione delle decisioni giudiziali a livello nazionale è oramai in fase avanzata, ad oggi oggetto di dibattito sono le modalità di tale utilizzo.

Il contributo di Waldron focalizza l'attenzione, dunque, sullo sviluppo di un metodo per l'utilizzo del diritto straniero. È evidente, infatti, che il dibattito evolutivo attuale intorno al richiamo del diritto straniero pone sfide differenti rispetto a quelle paventate nella prima fase analitica del fenomeno: se in prima battuta l'approfondimento dottrinale discuteva il ricorso del diritto straniero in sede giurisdizionale, ad oggi, acquisita la centralità del diritto comparato nel processo decisionale dei giudici, è d'obbligo un approfondimento dottrinale della sistematizzazione del materiale comparatistico ad uso e consumo delle Corti.

Il tema del richiamo del precedente straniero da parte di giudici nazionali, internazionali e sovranazionali, dunque, assume i caratteri di un processo incrementale alimentato da numerosi fattori. Tra questi, senza dubbio rileva citare l'apertura degli ordinamenti nazionali alle nuove sfide poste in età contemporanea su terreni prima mai calcati da giudici



*anno VI, n. 3, 2016*

*data di pubblicazione: 11 ottobre 2016*

*Recensioni*

e legislatori, come quello delle ricadute giuridiche dei progressi della ricerca scientifica. La conseguente complessità del processo decisionale democratico ha conferito centralità alla conoscenza delle modalità con le quali altre giurisdizioni hanno disciplinato fattispecie giuridiche similari, alimentando l'uso e marcando la crescente utilità del diritto comparato per il tramite della definizione di canali di dialogo giurisprudenziale transnazionale e il riconoscimento del fondamentale contributo della dottrina scientifica. Il flusso dialogico giurisprudenziale ha varcato i confini nazionali e ha assunto una connotazione multilivello, il richiamo del diritto straniero consentendo ai giudici di comporre controversie concernenti le interazioni tra il diritto domestico, quello internazionale e quello comunitario, e per ricaduta generando a livello nazionale una (talvolta) conflittuale relazione tra giudici e legislatori.

Lo sconfinato terreno del dialogo ha avuto riflessi, di conseguenza, anche sulla costruzione e sullo stile delle pronunce i cui destinatari trascendono oramai le parti o la comunità nazionale contemplando, dunque, anche le giurisdizioni straniere: laddove la forma del giudizio lo consenta, nelle sentenze compaiono apposite sezioni dedicate al diritto comparato; in caso contrario, è nella fase istruttoria che lo sguardo al diritto comparato diviene centrale mediante la preparazione di appositi rapporti ove numerosi e sempre più frequenti sono i riferimenti comparatistici.

Attesa la complessità del fenomeno dialogico, il volume in epigrafe affronta le criticità metodologiche generate dall'eterogeneo uso del diritto comparato da parte dei giudici e pone un quesito: vista la crescente forza persuasiva del precedente straniero, è auspicabile attribuire carattere vincolante al richiamo del diritto comparato nella composizione di talune con-



anno VI, n. 3, 2016

data di pubblicazione: 11 ottobre 2016

Recensioni

troversie? In quali e quanti modi può essere utilizzato il diritto comparato nel processo decisionale delle Corti?

Rievocando *Intent on Making Mischief: Seven Ways of Using Comparative Law*, un loro saggio pubblicato nel volume curato da Pier Giuseppe Monateri e intitolato *Methods of Comparative Law* (Edward Elgar, Cheltenham [UK] 2012), Andenas e Fairgrieve hanno tentato una classificazione di differenti modalità, empiricamente riscontrabili, di richiamo del diritto comparato da parte dei giudici.

Sono due i Paesi che, agli antipodi del dibattito sull'utilità del diritto comparato in sede giurisdizionale, vivacizzano le riflessioni intorno alle modalità e alla finalizzazione del richiamo del precedente straniero. Regno Unito e Stati Uniti, infatti, si volgono al precedente straniero, il primo fintantoché il diritto interno non fornisca soluzioni chiare in relazione alla composizione di una controversia ovvero la soluzione domestica offenda il fondamentale senso di giustizia, sì assumendo il diritto straniero come fonte di soluzioni più "giuste" (il riferimento è al succitato caso *Fairchild*); il secondo, in *Roper v. Simmons* (543 US 551 2005), per voce del giudice Kennedy della Corte suprema, quando avvalora la posizione della maggioranza della Corte ma non ne determina la decisione. Pur tuttavia entrambe le citate pronunce esemplificative sono terminali di un mutamento dell'orientamento giurisprudenziale, malgrado quella britannica sia stata adottata all'unanimità e quella statunitense da una risicata maggioranza del collegio giudicante: in ambedue le circostanze, infatti, le due Corti supreme non hanno interpretato il richiamo del diritto straniero come un atto di slealtà nei confronti del diritto domestico testimoniando che non esiste diritto nazionale superiore ad altro; la posizione contraria – sottoli-



anno VI, n. 3, 2016

data di pubblicazione: 11 ottobre 2016

Recensioni

neano i curatori del volume – peraltro, non sarebbe agevolmente difendibile al pari di alcune rivendicazioni autonomistiche e independentiste.

Senza dubbio connotazione più complessa assumono i casi in cui il diritto nazionale non offra soluzioni per la composizione di una eventuale controversia: in tale circostanza il giudice discrezionalmente cerca altrove la soluzione opportuna recependo il diritto comparato senza che ciò confligga con il diritto domestico.

Talvolta, inoltre, il diritto comparato è di ausilio alla modifica delle *factual assumptions* circa gli effetti dell'introduzione e dell'applicazione di regole giuridiche, alimentando tuttavia il convincimento di alcuni che l'inserimento nel sistema della disciplina di una nuova fattispecie ovvero la modifica della disciplina previgente siano suscettibili di generare inaspettate e indefinite rivendicazioni. In proposito, giova ricordare l'antitesi tra le posizioni di Lord Bingham e Lord Hoffmann, i più attivi comparatisti all'interno della *House of Lords*: il secondo ha dichiarato in numerose occasioni che il riconoscimento di nuovi diritti o di rinnovati rimedi a situazioni giuridiche svantaggiose è passibile di produrre conseguenze sgradite; di contro, secondo Lord Bingham, se una regola è stata applicata in un'altra giurisdizione e non ha avuto un effetto dirompente sul sistema, la Corte non può attribuire al richiamo del diritto comparato effetti negativi che non abbiano riscontro empirico.

In taluni casi il richiamo del diritto comparato consente di contrastare le aspirazioni all'universalità di alcuna giurisprudenza. Un esempio è offerto dalla sentenza statunitense *Lawrence v. Texas* (539 US 558 [2003]) con la quale la maggioranza del collegio giudicante, per il tramite del diritto comparato, si proponeva di ribaltare la sentenza *Bowers v. Hardwick* (478 US 186 [1986]). Le vocazioni all'universalità sono naturalmente minate da variazio-





anno VI, n. 3, 2016

data di pubblicazione: 11 ottobre 2016

*Recensioni*

ni della dimensione temporale nella quale una fattispecie giuridica si colloca, ovvero nel quadro della dimensione giurisdizionale per un'evidente discrasia tra l'orientamento giurisprudenziale domestico e quello di Corti straniere, internazionali o sovranazionali.

Il diritto comparato diviene, dunque, un veicolo addizionale di supporto al superamento di un precedente interno, come già anticipato in relazione ai casi *Fairchild* e *Roper*; tuttavia, se nella prima pronuncia il ribaltamento del precedente era generato dal fatto che esso offendeva il fondamentale senso di giustizia, nella seconda sentenza esso, secondo i giudici Kennedy e Scalia, trovava sufficiente fondamento nel diritto costituzionale statunitense, assumendo pertanto il richiamo del diritto straniero carattere accessorio e superfluo. Pur tuttavia in entrambi i casi può affermarsi che il diritto comparato è in grado di stimolare e supportare lo sviluppo di principi di diritto interno: tale convincimento trova riscontro nell'*opinion* di minoranza di Lord Bingham che in *JD v. East Berkshire* (2005 UKHL 23) auspicava uno sviluppo del *tort law* per via analogica e incrementale al fine di formulare nuovi rimedi a problemi contemporanei.

Infine, il diritto comparato è di ausilio alla risoluzione di controversie generate dall'esigenza di dare applicazione al diritto internazionale e a quello comunitario, inclusa la CEDU. Lunga giurisprudenza della *House of Lords*, infatti, a partire da *Huang v. Secretary of State for the Home Department* del 2007, ha richiamato precedenti canadesi, sudafricani e di altri Paesi del Commonwealth in sede di applicazione alle norme europee sui diritti umani.

Le numerose modalità di utilizzo del diritto comparato sinteticamente illustrate mostrano un'evoluzione della scienza comparatistica che oramai non adopera un linguaggio condiviso come quello accademico del passato.



*anno VI, n. 3, 2016*

*data di pubblicazione: 11 ottobre 2016*

*Recensioni*

Ciò è conseguenza del fatto che la comparazione si è estesa a numerosi ambiti di ricerca e si è evoluta sul piano metodologico senza una direttrice univoca, sacrificando quella coerenza che nell'età contemporanea avanzata impone un progetto di rigenerazione volto alla ricerca di un nuovo terreno di condivisione cui un contributo di rilievo è offerto dalle Corti e dal loro uso del diritto comparato.

Il richiamo del diritto straniero nella giurisprudenza delle Corti nazionali di ultimo grado si configura, infatti, come una sorta di Giano bifronte: da un lato, favorisce certezza e stabilità del diritto trascendendo i confini territoriali nazionali; dall'altro, assicura il dinamismo evolutivo dei sistemi giuridici. In effetti, le supreme Corti si trovano costantemente ad affrontare la difficoltà di livellare le eterogenee interpretazioni della normativa vigente, attestando in tal modo che l'aspirazione giurisprudenziale alla coerenza e all'uniformità giuridica non ha valore assoluto ma è espressione dell'imperfezione della giurisprudenza e della legislazione. Il precedente giudiziale straniero è dunque suscettibile di costituire, per un verso, un veicolo di consolidamento di giurisprudenza preesistente, per altro verso un motore propulsore di modifica di orientamenti giurisprudenziali consolidati, pur nella consapevolezza che sarebbe vano attribuire alle supreme Corti un'infalibilità che non possono e non devono avere e per questo motivo biasimarne l'operato, ovvero al suddetto dinamismo necessariamente effetti positivi.

I due volti della medaglia rievocano la tensione tra la concezione universalista e quella particolarista del diritto: nel primo caso, le Corti supreme corrono il rischio di formulare soluzioni valide in astratto, ignorando la variabilità dei fatti concreti; nel secondo caso, la particolare attenzione posta sui fatti concreti, le cui analogie possono rivelarsi più ap-



anno VI, n. 3, 2016

data di pubblicazione: 11 ottobre 2016

*Recensioni*

parenti che reali, è suscettibile di generare una irrimediabile frammentazione del diritto. È più verosimile che il richiamo del precedente straniero costituisca un veicolo di analisi successiva di situazioni analoghe alla ricerca di criteri di validità estesa anziché universale: ciò implica l'avvio di un percorso fondato sul rispetto delle differenze e scandito dalla verifica della maturazione di ampio consenso delle società civili intorno a ciascuna modalità di risoluzione giudiziale delle controversie.

Peraltro, il processo contemporaneo di ibridazione della sovranità nazionale, segnato per esempio dall'introduzione di garanzie di accesso individuale a tribunali sovranazionali, ha reso senza dubbio meno rigidi i confini statali; ciò tuttavia non ha contribuito all'attenuazione della suddetta tensione tra universalità e particolarismi, resistendo i presidi nazionali a tutela delle identità culturali e le istanze di preservazione delle specificità degli ordinamenti domestici. Tale tensione è stata favorita, in particolare sul terreno delle garanzie dei diritti fondamentali, dalla natura aperta delle norme internazionali e dalla conseguente difficoltà a livello nazionale a garantirne l'osservanza in forma compiuta, e ha trovato riscontro nelle eterogenee forme di dialogo, più o meno efficace, sviluppatasi tra le Corti nazionali e tra queste ultime e quelle internazionali e sovranazionali.

In conclusione, attesa l'efficacia persuasiva del precedente straniero, la solidità del suo riconoscimento diffuso quale veicolo interpretativo per la risoluzione di controversie analoghe è proporzionale all'ampiezza del consenso intorno ad esso maturato. Per usare le parole di Jürgen Habermas in *Costellazione postnazionale* (Feltrinelli, Milano, 1999), la costellazione postnazionale, riconducibile all'era della globalizzazione, si sostanzia in un processo nel quale le Corti di giustizia a tutti i livelli ricoprono un ruolo centra-



*anno VI, n. 3, 2016*

*data di pubblicazione: 11 ottobre 2016*

*Recensioni*

le di presidio della democraticità dei sistemi. Ciò ha implicato un flusso dialogico tra Corti nazionali e Corti sovranazionali che, rilevando l'inadeguatezza di precedenti giurisprudenziali a fronte delle sfide poste dall'età contemporanea, offrono soluzioni insuscettibili di assumere tuttavia valore assoluto o di considerarsi perfette, costituendo solo fasi evolutive di un processo di rigenerazione permanente fondato sul rinnovo costante dei criteri di risoluzione delle controversie. Il dialogo come comunicazione tra diverse giurisdizioni rifugge per definizione da formule di regolamentazione e di normalizzazione interpretativa, ovvero preserva la centralità del suo contributo allo sviluppo del diritto solo se nel confronto tra più interlocutori nessuno tra di essi sia abilitato a determinare soluzioni definitive e generalmente vincolanti.

*Pamela Martino*

(Professoressa associata di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro")