

DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

IL PUNTO SU DIALOGO E COMPARAZIONE. OSSERVAZIONI SU "OLTRE IL DIALOGO TRA LE CORTI" DI GIUSEPPE DE VERGOTTINI (E UN INVITO AL DIBATTITO...)

Posted on 4 Novembre 2010 by [Giorgio Repetto](#)

Il dibattito costituzional-comparatistico della seconda metà degli anni duemila è stato in larga parte segnato dai *Leitmotive* del dialogo tra i giudici e della comparazione come vettore di *constitutional conversations*. Dopo un'iniziale fase di assestamento, gli ultimi esiti del confronto non sembrano tuttavia indenni da una certa ridondanza, se solo si tiene conto che sotto questo cappello si tende sempre più spesso a far rientrare temi e problemi molto diversi tra loro. Sul filone di studi più risalente, quello riconducibile alle *transjudicial communications* (penso agli studi pionieristici di Anne Marie Slaughter), si sono infatti via via innestati i problemi connessi al superamento del paradigma originalistico nella giurisprudenza statunitense, alla creazione di reti dialogiche tessute da corti supreme e costituzionali di paesi di recente democratizzazione (il Sudafrica tra tutti, ma anche le nuove corti est-europee), sino ad arrivare al peculiare atteggiamento dialogante e comparativo delle corti sovranazionali, come la Corte di Strasburgo, quella di Lussemburgo o quella interamericana. Ed anche sugli stessi argomenti, le prospettive d'indagine più strettamente comparatistiche si intersecano in modo

sempre più evidente con quelle politologiche e con quelle più *lato sensu* teoriche: solo per stare al terreno europeo, basti pensare alle matrici diversissime degli studi di Alec Stone Sweet o di Mireille Delmas-Marty sul pluralismo giurisdizionale in Europa.

Uno scenario intricatissimo, quindi, in cui si sono incrociate e sovrapposte prospettive d'indagine molto diverse, spesso acriticamente accomunate dall'essere riconducibili ad un "dialogo" tra corti o all'"uso del comparato" da parte del giudice, sia esso nazionale o sovranazionale, ordinario o di costituzionalità. Va quindi salutato con estremo interesse *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione* (il Mulino, Bologna, 2010, pp. 217, euro 22), il volume che Giuseppe de Vergottini ha recentemente dedicato a questi argomenti ed in cui si propone di cartografare il dibattito degli ultimi anni al fine di – per stare ancora alla metafora nautica – fare il punto della situazione e individuare le linee di sistematizzazione dei molti e complessi problemi ancora aperti.

Il titolo esprime la tesi di fondo del libro, che è segnata da un certo disincanto nei confronti di una "troppo facile *vulgata* della globalizzazione" (p. 11): quello del dialogo è un "luogo comune diffuso ma scientificamente discutibile" (così la *Premessa*) e il ricorso alla comparazione non deve essere fatto oggetto di "facili generalizzazioni" (p. 117). Coerentemente con l'intento di chiarificazione che il volume persegue, esso è diviso in due parti: la prima intitolata "*Dallo spazio culturale comune al preteso dialogo fra Corti*" e la seconda dedicata a "*Diritto straniero e comparazione*". Dialogo e uso del comparato vengono quindi sin da subito ricondotti a problemi di fondo differenti, anche se restano evidentemente legati da alcune non occasionali continuità.

La prima parte del volume è specificamente dedicata ad approfondire i presupposti del dialogo tra le corti come ingrediente principale, potremmo dire, dell'ackermaniano *world constitutionalism*. De Vergottini è molto attento, su questo punto, a distinguere le diverse forme di collegamento tra ordinamenti come premessa per prendere in esame le diverse declinazioni del dialogo giurisdizionale. Da un lato, infatti, ci sono influenze ed interazioni orizzontali, che intervengono cioè tra corti inserite in ordinamenti autonomi e indipendenti ma che, nonostante ciò, possono

dare avvio ad una convergenza nella soluzione di problemi comuni, mentre dall'altro lato ci sono interazioni più strutturate, verticali, come quelle cui si assiste tra ordinamenti nazionali e sovranazionali. Queste ultime danno luogo ad un'interazione *necessitata*, in cui la dimensione del dialogo, inteso come volontario atto di cooperazione fondato su una libera argomentazione, appare recessivo rispetto alla rete di vincoli istituzionali che obbligano le diverse Corti a garantire una "*compatibilità costruttiva* fra ordinamenti e rispettivi giudici anche nei casi in cui non vi siano esplicite disposizioni intese a consentire un'armonia fra i diversi ordini di giudici" (p. 53): da qui il risolversi delle forme di dialogo in strumenti istituzionalizzati anche eterogenei come, tra l'altro, il rinvio pregiudiziale, i controlimiti e l'interpretazione conforme.

Diverso è invece il caso delle interazioni *facoltative*, come quelle derivanti dal richiamo al precedente di un giudice non solo esterno al proprio ordinamento, ma rispetto al quale il giudice dialogante non è legato da alcun vincolo di tipo istituzionale o normativo. Sul terreno più autentico delle *constitutional conversations*, lo sforzo dell'Autore è quindi rivolto a tipizzare sia le ragioni che conducono all'instaurazione del dialogo (come ad esempio un testo costituzionale lacunoso oppure l'intervento di una transizione costituzionale), sia quelle che determinano il fallimento di un dialogo già istaurato oppure, ancora prima, l'aborto di un dialogo mai nato.

La dettagliata e documentatissima indagine di de Vergottini su questa prima parte del volume appare indirizzata a misurare la sostenibilità della tesi di fondo: se il dialogo è un luogo comune scientificamente discutibile, è anche perché troppo spesso se ne parla riferendosi a fenomeni molto, talvolta troppo, diversi. Volendo approfondire ulteriormente la tesi dell'Autore, si potrebbe anzi ritenere, se non interpretiamo male, che lo spazio effettivo del dialogo sia stretto in una sorta di letto di Procuste: troppo stretto in situazioni di interazione *necessitata*, dove dietro il dialogo c'è in realtà una rete di vincoli e condizionamenti che quasi predetermina l'azione del giudice, ma troppo largo in situazioni di interazione *facoltativa*, dove quasi sempre più che ad un vero dialogo si assiste a tanti isolati monologhi, slegati dalla reciprocità che sottintende la

creazione di un'autentica struttura comunicativa.

La seconda parte del volume, dedicata come detto a "*Diritto straniero e comparazione*", è quella in cui l'Autore si cimenta con una serie di problematiche teoriche, attinenti al tempo stesso al metodo della comparazione e allo spazio che la comparazione può avere nell'orientare l'interpretazione costituzionale. In particolare, appaiono meritevoli di attenzione quei passaggi dedicati ad individuare una linea distintiva tra quei richiami al diritto straniero e/o comparato che di per sé non possono dirsi comparazione in senso stretto (riassumibili nell'espressione *argomenti comparativi*), ed invece i caratteri del *giudizio comparativo* vero e proprio, in cui la comparazione entra autonomamente ad indirizzare il percorso logico-argomentativo del giudice. De Vergottini sostiene che questa seconda eventualità si realizzi solamente al ricorrere di entrambi i seguenti presupposti: a) quando l'apporto offerto dalla comparazione "sia sicuramente ricollegabile alla *ratio decidendi*" (p. 149), e b) il fatto che "la comparazione, per voler dare un senso a questa scienza o anche solo a un rigoroso metodo interpretativo, deve essere basata su un processo valutativo e volitivo *esplicito*, e quindi *verificabile*, da parte del soggetto che la compie" (p. 144, corsivi dell'A.). Distinzione, questa, che lo porta a ritenere che solo in rari casi il giudice pare aver fatto perno sulla comparazione per formare la propria decisione: il riferimento è a talune decisioni della Corte costituzionale sudafricana e ad alcune delle prime pronunce della Corte di giustizia comunitaria (in primo luogo *Algera*, pp. 195 s.). Queste precisazioni proiettano la dimensione di metodo cui evidentemente rinvia la trattazione su un terreno in larga parte nuovo ed inesplorato dalla gran parte degli studiosi, reso ancora più stimolante per il fatto che de Vergottini rimarca l'inevitabile discrezionalità che anima l'operazione interpretativa, pur ribadendo fermamente la necessità che le motivazioni impiegate dal giudice rispondano ad un canone di adeguatezza e razionalità (lungo una scia di riferimenti che da Alexy arriva a Pfersmann).

Nella considerazione di questi esiti, si apre per il lettore lo spazio per una valutazione delle più profonde implicazioni di metodo del libro: per ragioni anche legate a studi in corso, vorrei approfondire quella legata

proprio allo statuto della comparazione nel procedimento interpretativo. De Vergottini, su questo argomento, prende le mosse da una constatazione che, se non intendiamo male, finisce per orientare tutte le sue successive riflessioni: per il giudice “il diritto esterno viene ripreso non quale fonte da applicarsi nel caso in esame, bensì quale *mero dato fattuale* che il giudice discrezionalmente tiene presente per meglio conoscere e decidere” (p. 139), esso è insomma “una *variabile cognitiva* che si somma alla generalità degli elementi fattuali considerabili” (p. 140). Questa premessa di metodo – in cui si ravvisa il tentativo di evitare quanto più possibile l’arbitrio decisionale rimarcando la consistenza, appunto, *fattuale*, autoevidente, del diritto comparato per il giudice – influenza i successivi svolgimenti della riflessione, come ad esempio quando, rispondendo alla domanda relativa a quali ordinamenti stranieri il giudice deve considerare, si osserva che è “prudente e fondata” la scelta di richiamare solamente quelli “rientranti in una comune matrice ideologica” (p. 157); oppure quando, riflettendo sulle condizioni della comparabilità tra ordinamenti *quoad interpretationem*, si ritiene che il criterio prevalente sia quello dell’utilità “per giungere alla pronuncia da parte della corte che procede alla comparazione. ... In questo caso si dice che c’è comparabilità se il precedente è utile e che non c’è in caso contrario, specificando che per la corte può essere ritenuto utile non solo individuare una concordanza ma anche una discordanza di senso” (p. 159). Se il diritto straniero rileva per il giudice come un fatto, queste scelte implicano un giudizio, appunto, *di fatto*, in grado di condurre a valutazioni univoche, che estromettono qualsiasi arbitrio interpretativo perché la soluzione, per così dire, si impone al giudice per forza propria, come si impone allo scienziato naturale la verità dei fatti.

Premessa di metodo e conseguenze concrete che appaiono sicuramente coerenti con lo svolgimento complessivo del volume, ma che su questo punto potrebbero ingenerare forse qualche esitazione in più, considerato che ridurre lo spazio di operatività del diritto comparato alla sua dimensione fattuale potrebbe, anziché ridurre, esaltare l’arbitrio decisionale del giudice. Cerco di spiegarmi: quando, parlando dell’interpretazione comparativa affidata al giudice di costituzionalità,

l'Autore ricorre alla distinzione tra una *fase cognitiva* nella quale è "possibile estendere l'attenzione anche a diritto del tutto lontano dai principi costituzionali" e una *fase decisionale* nella quale "ciò non sarebbe possibile se non tradendo la stessa costituzione che si vuole tutelare tramite il processo costituzionale", ribadisce quello che è un caposaldo della riflessione classica sull'argomento, declinata in forme diverse da Ascarelli a Luhmann. Se non che lo fa proiettando negli attuali scenari del costituzionalismo multilivello (pur variamente inteso) la premessa insita in quelle teoriche, cioè che "la constatazione dell'apertura verso altri ordinamenti ... non implica la cancellazione del principio di presunzione di completezza e autosufficienza di un ordinamento" (pp. 169-170). Ed anche se questo esito può essere oggi condiviso da più d'uno, rimane la difficoltà di rispettare proprio un postulato di certezza del diritto quando, ad esempio, ci si chiede come vada valutata la "comune matrice ideologica" che guida la scelta degli ordinamenti da considerare, ovvero si misuri l'utilità della soluzione ad un certo problema accolta dal diritto straniero. Rispetto a cosa è "comune" la matrice ideologica o va valutata l'"utilità" della soluzione? Rispetto al quadro costituzionale complessivo, alla disciplina della specifica materia o, ancora, alla soluzione del singolo caso di specie? Come si può vedere, il rischio è che, per sgombrare il terreno dall'arbitrio del giudice, questo finisca per rientrare surrettiziamente dalla finestra allorché l'attività interpretativa del giudice trova nelle risultanze offerte dalla comparazione solo un limite esterno, o comunque estrinseco rispetto alla razionalità che guida l'operazione interpretativa. Rispetto a questo scenario, l'opzione di metodo che viene dalle correnti che in vario modo hanno insistito sulla necessità di riguadagnare il metodo comparativo allo spazio proprio dell'interpretazione (Betti, Esser, alcune correnti della *nouvelle rhétorique*) pare potersi utilmente saldare con una diversa rappresentazione della teoria delle fonti e dell'interpretazione costituzionale, non più ristretta entro i limiti (logici, ancora prima che sistematici) del principio di esclusività dell'ordinamento.

Anche alla luce di questo, *Oltre il dialogo tra le Corti* rappresenta un contributo necessario per chi, d'ora in poi, voglia approfondire in modo non superficiale i complessi problemi che scaturiscono dalla circolazione

degli argomenti di giudizio tra le diverse corti e dal ripensamento del ruolo e della “posizione” del diritto comparato. I temi che affronta e gli interrogativi che suscita, anzi, meriterebbero un approfondimento ulteriore tra i componenti e gli utenti di questo blog, considerato che ne vengono investite problematiche che *diritticomparati.it* discute sin dall’inizio della sua attività. Per ragioni di spazio, ad esempio, non ho volutamente affrontato i temi più specificamente legati al ragionamento comparativo delle due corti europee, cui è dedicato l’ultimo capitolo, che meriterebbero tuttavia anch’essi una discussione che, nella prospettiva accolta da de Vergottini, li porrebbe probabilmente in una nuova luce.

Basti pensare ad alcuni degli interrogativi che potrebbero fornire lo spunto per una discussione comune: come cambia il modo di leggere la giurisprudenza nel passaggio dal diritto nazionale (in cui prevale l’univocità nell’individuazione della *ratio decidendi*) a quello sovranazionale (dove invece le circostanze di fatto incidono in modo determinante sull’accertamento della massima di giudizio, basti pensare alla giurisprudenza di Strasburgo)? Come cambia l’idea e lo spazio d’azione del tradizionale pensiero sistematico allorché si cerca di passare dal sistema statale delle fonti, tendenzialmente chiuso rispetto agli apporti che provengono dall’esterno, a quello delle variamente articolate logiche multilivello, in cui gli spazi di interazione tra giudici e sistemi suscitano sempre più la necessità, come sottolinea da tempo Oreste Pollicino, di una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale, e quindi di un nuovo sistema di sistemi o di un *metasistema*? Per quanto riguarda poi, più da vicino, il linguaggio della comparazione, si può sostenere che il nuovo fenomeno delle *constitutional conversations* abbia contribuito progressivamente a modificare dall’interno il paradigma scientifico del diritto comparato, allontanandolo in parte da quell’ideale di pura conoscenza che l’aveva contrassegnato, da Sacco in poi, per avvicinarlo ad una dimensione più concreta, pratica, tecnica? Insomma, c’è molto da lavorare ...