
L'uso giurisprudenziale della comparazione

Alessandra Bellini

*Dottoranda di ricerca in Diritto comparato e processi di integrazione
nella Seconda Università degli Studi di Napoli*

SOMMARIO: 1. L'uso giurisprudenziale della comparazione: l'uso normativo. - 2. L'uso dialettico-problematico della comparazione. - 3. Il dialogo fra le Corti a livello globale.

1. L'uso giurisprudenziale della comparazione: l'uso normativo

L'uso giurisprudenziale della comparazione riguarda quel particolare fenomeno per cui i giudici nazionali fanno uso del diritto straniero nelle proprie decisioni⁽¹⁾.

È una prassi che si è sviluppata nell'ultimo decennio e la cui diffusione, dapprima limitata solo ad alcune Corti di *common law*, oggi riguarda aree geografiche molto diverse; l'aumento esponenziale di richiami a materiali giuridici stranieri nella risoluzione delle controversie ha suscitato, inoltre, l'attenzione degli studiosi di diversi settori del diritto su quello che è stato definito *new comparativism*⁽²⁾.

La possibilità di considerare il giudice nazionale come comparatista ha però numerose implicazioni che riguardano aspetti altrettanto diversi

(¹) Si veda sull'argomento SMORTO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1; secondo alcuni autori nonostante, di solito, i comparatisti facciano differenza fra uso del diritto straniero e uso del diritto comparato le due locuzioni, in questo caso, possono essere sovrapposte, sul punto si veda SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001, p. 5 ss.

(²) S. CASSESE, *Legal Comparison by the Courts*, Pièlagus, 2010, 9, p. 21-22; LOLLINI, *La corte suprema dello Stato di Israele*, in *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, a cura di Mezzetti, Padova, 2011; GROPPI, *La circolazione della giurisprudenza canadese sulla Carta dei diritti e delle libertà*, relazione al convegno *La Carta canadese dei diritti e delle libertà*, Genova 28-29 settembre 2007; WEINRIB, *Constitutional Conceptions and Constitutional Comparativism*, in *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, a cura di Jackson, Tushnet, Westport, 2002, p. 3.

di questo fenomeno. In primo luogo esse investono il tipo di comparazione ed il tipo di uso che i giudici sono soliti fare del diritto straniero, in secondo luogo coinvolgono l'ammissibilità ed il limite, legittimi, a questa pratica.

Una distinzione che viene fatta, a proposito della comparazione giuridica, è fra un uso normativo o forte del diritto straniero ed un uso dialettico o problematico della comparazione, quale fonte di ispirazione nell'interpretazione del diritto nazionale⁽³⁾.

Attraverso un uso normativo della comparazione il giudice individua all'interno del diritto straniero la fonte esterna e vincolante delle norme giuridiche che va ad applicare, in questo senso il diritto straniero è usato in modo condizionante per la decisione che viene presa, ovvero serve a chiarire il significato di norme che provengono direttamente da un ordinamento diverso da quello nazionale⁽⁴⁾. Questo particolare uso del diritto è strettamente connesso al sistema nazionale delle fonti che caratterizza un dato ordinamento e alla possibilità che il diritto prodotto da ordinamenti diversi da quello statale diventi parte di quello interno. Un esempio a proposito è rappresentato dal sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali che oggi, dopo la ratifica del Trattato di Lisbona, coinvolge strettamente, Unione Europea, Stati nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo⁽⁵⁾. In tema di diritti fondamentali si è, infatti, per lungo tempo, posto il problema del rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) da parte delle istituzioni comunitarie nonostante la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo avesse affermato, con la sentenza sul caso *Bosphorous*⁽⁶⁾, che rientravano nella propria giurisdizione anche gli atti nazionali di esecuzione degli obblighi comunitari⁽⁷⁾. Così pronunciandosi la corte ha permesso di sottoporre gli atti

(3) SMORTO, *op. cit.*, p. 228; MARKESINIS, FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, 2009, p. 27 ss.; VARANO, BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2010, I, p. 18 ss.; Si fa riferimento all'«uso complementare del diritto extrastatale» in SOMMA, *Metodi e scopi della comparazione giuridica nelle decisioni delle corti*, Atti del III Congresso di aggiornamento professionale forense, Roma, 3-5 aprile 2008; JAYME, *Precedente e "Rechtfortbildung" nel sistema tedesco dell'illecito civile*, in *Foro it.*, 1988, 5, p. 366 ss.

(4) SMORTO, *op. cit.*, p. 226 ss..

(5) MARTINICO, *Il trattamento nazionale dei diritti europei: Cedu e diritto comunitario nell'applicazione dei giudici nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 3, p. 691-734.

(6) Corte eur., 30 giugno 2005, *Bosphorous Hava Turizm v. Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*.

(7) MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'altro diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, 2007, p. 28.

dell'Unione ad un indiretto controllo di conformità ai diritti fondamentali enunciati nella Convenzione.

Il rapporto fra le diverse fonti delle norme europee e nazionali in tema di diritti fondamentali è radicalmente mutato proprio con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Esso ha modificato l'articolo 6 del Trattato che istituisce l'Unione Europea, riconoscendo alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati. Inoltre, attraverso il paragrafo 2 dello stesso articolo, l'Unione ha dichiarato di aderire alla Cedu, cosicché i suoi atti saranno direttamente sindacabili nel caso in cui violino i diritti fondamentali che la Convenzione enuncia, ma, soprattutto, gli stessi diritti entreranno a far parte degli ordinamenti nazionali in un modo indiretto ma assai efficace e cioè per mezzo del diritto comunitario⁽⁸⁾.

Questo ha un preciso legame con il tema dell'uso giurisprudenziale della comparazione e, in base alla distinzione fatta sopra, con l'uso forte o normativo della stessa. Il giudice nazionale ha, così, la possibilità di richiamare direttamente il diritto che promana da organismi ultrastatali e, quindi, di renderlo direttamente applicabile attraverso le decisioni giurisdizionali che adotta. È quello che è accaduto in Italia dove la Cedu è stata ratificata e resa esecutiva con legge ordinaria e ciò ha creato non pochi problemi nel collocarla nel sistema delle fonti, nonostante l'alto valore e l'importanza fondamentale delle sue disposizioni. Si è cercato perciò di darle un certo grado di stabilità all'interno dell'ordinamento attraverso una copertura costituzionale ricercata, da alcuni nell'articolo 10 della Costituzione, da altri, nell'articolo 11, e ciò per renderla immune da un eventuale intervento abrogativo da parte di una legge ordinaria successiva.

La Corte costituzionale, in prima battuta, si era espressa sul punto e, se da un lato riteneva la Cedu quale espressione tipica di diritto internazionale pattizio nonostante il «valore costituzionale» dei suoi contenuti, dall'altro lato non esitava ad usare le stesse norme della Convenzione per interpretare le disposizioni costituzionali nazionali in tema di diritti fondamentali⁽⁹⁾. È qui necessario un breve inciso solo per anticipare che questa pratica interpretativa della Corte costituzionale può essere, invece, considerata un esempio di quello che abbiamo definito uso dialettico o argomentativo della comparazione, ma sul punto si tornerà in seguito.

Di uso normativo della comparazione, relativamente al valore della Cedu nell'ordinamento italiano, si può parlare a partire dalla riforma del

⁽⁸⁾ S. CASSESE, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e i diritti amministrativi nazionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 312.

⁽⁹⁾ FROSINI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Costituzione italiana*, in *Diritto interno, diritto comunitario e principi sovranazionali*, a cura di Parisio, Milano, 2009, p. 178 ss..

Titolo V della Costituzione e dell'articolo 117, a cui hanno fatto seguito le fondamentali sentenze della Corte costituzionale numero 348 e 349 del 2007 in materia di indennità di esproprio ed accessione invertita.

In queste sentenze la Corte ha affermato che la Cedu trova la sua copertura costituzionale nell'ambito dell'articolo 117, norma che impone al legislatore nazionale e a quello regionale il rispetto degli obblighi internazionali.

In questo modo le norme interne, in contrasto con i valori fondamentali enunciati nella Convenzione, violano l'articolo 117, e, dunque, il sindacato costituzionale su di esse si svolgerà non solo avendo quale parametro di legittimità le norme costituzionali a protezione degli stessi diritti fondamentali, ma anche e direttamente le corrispondenti disposizioni convenzionali, comportando l'acquisizione di una maggiore importanza ed efficacia della Convenzione all'interno dell'ordinamento italiano⁽¹⁰⁾.

Ancora di uso normativo della comparazione si può parlare facendo riferimento ad una pronuncia del TAR Lazio in materia di espropriazione illegittima⁽¹¹⁾. Il giudice amministrativo ha direttamente applicato le norme della Convenzione ed ha affermato la propria competenza, non solo ad interpretare le norme nazionali conformemente ai principi della Cedu, ma ad applicare direttamente questi ultimi, in virtù proprio del Trattato di Lisbona⁽¹²⁾.

Il fenomeno descritto e portato ad esempio di quello che è l'uso normativo della comparazione e del diritto straniero cerca di fornire l'immagine d'insieme del rapporto e dell'interazione fra ordinamenti al cui interno si è voluto dare un certo assetto alle fonti del diritto e all'efficacia delle norme che da questi ordinamenti promanano. L'effetto che ne viene può essere quello dell'espansione dei diritti e della cosiddetta *multilevel protection*, una sorta di sistema integrato di protezione dei diritti fondamentali che avviene a livello sovranazionale e mostra come ad un sistema piramidale di produzione del diritto si è sostituito un modello a «rete» quale metafora per immaginare l'assetto degli ordinamenti statali e non⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ FROSINI, *op. ult. cit.*, p. 183 ss..

⁽¹¹⁾ Tar Lazio, II bis, 18 maggio 2010, n. 11984.

⁽¹²⁾ V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.Europeanrights.eu, 2007.

⁽¹³⁾ OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour un théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, p. 267 ss.; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, p. 54 ss..

2. L'uso dialettico-problematico della comparazione

Considerare il giudice come comparatista attraverso quel particolare uso del diritto straniero finalizzato, invece, all'interpretazione del diritto nazionale, significa porre l'attenzione su quello che è stato definito un «dialogo» con idee e nozioni giuridiche straniere⁽¹⁴⁾. Non si tratta dell'ipotesi in cui «il diritto straniero possa essere usato come precedente vincolate dai giudici», ma che esso sia, piuttosto, una «fonte d'ispirazione quando il diritto nazionale è obsoleto, poco chiaro o contraddittorio»⁽¹⁵⁾. Di giudizio comparativo si parla riferendosi ai casi in cui emerga che il giudice ha fondato la propria decisione sul confronto critico comparativo con il diritto straniero, per il quale si intendono le disposizioni costituzionali, legislative e la giurisprudenza maturata sugli istituti disciplinati⁽¹⁶⁾.

L'uso dialettico della comparazione permette, per il tramite del diritto straniero, di offrire delle argomentazioni nuove, diverse o ulteriori al giudice nell'interpretazione della legge. La possibilità che vengano aggiunti nuovi punti di vista su una questione non può che arricchire la prospettiva ermeneutica dell'interprete⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ Sull'uso dell'espressione «dialogo tra le Corti»: SLAUGHTER, *A Typology of Transjudicial Communication*, in *U. Richmond L. Rev.*, 1994, 29, p. 99-137; SLAUGHTER, *40th Anniversary Prospective: Judicial Globalization*, in *Va. J. Int'l L.*, 2000, 40, p. 1103 ss.; SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, in *Harv. Int'l L. J.*, 2003, 44, p. 191-219.

⁽¹⁵⁾ MARKESINIS, FEDTKE, *op. cit.*, p. 27; in tema di armonizzazione del diritto in ambito comunitario, come auspicio al reciproco riconoscimento fra le corti «dell'autorità persuasiva» dei propri precedenti si veda SOMMA, *op. ult. cit.*, p. 2 e RUFFINI GANDOLFI, *Per l'uniforme interpretazione ed applicazione di un futuro codice europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 727.

⁽¹⁶⁾ DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, 2010, p. 122-123; GROPPI, *A User-friendly Court. The Influence of Supreme Court of Canada Decisions Since 1982 on Court Decisions in Other Liberal Democracies*, in *Supreme Court Law Review*, 2007, p. 337 ss; sulla c.d. *persuasive authority* della giurisprudenza straniera, contrapposta alla *binding authority*: GROPPI, *La circolazione della giurisprudenza canadese*, cit., p. 17; GLENN, *Persuasive Authority*, in *McGill L. J.*, 1987, p. 261ss.; PONTHEAU, *Le recours à l'argument de droit comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théorique et techniques*, in *L'interprétation constitutionnelle*, a cura di Mèlin-Soucramanien, *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, 2005, p. 168.

⁽¹⁷⁾ SMORTO, *op. cit.*, p. 237-238; sull'uso del diritto comparato da parte della giurisprudenza amministrativa italiana: A. SANDULLI, *Giurisprudenza amministrativa e diritto comparato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, 4, p. 1211-1221; A. SANDULLI, *The use of Comparative Law Before the Italian Public Law Courts*, in *Comparative Law Before the Courts*, a cura di Canivet, Andenas, Fairgrieve, London, 2004, p. 165-178; A. SANDULLI, *La giurisprudenza amministrativa italiana e l'uso delle sentenze straniere*, in *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, a cura di Alpa, Atti del convegno organizzato dalla Corte costituzionale e dal Consiglio Nazionale Forense, Roma, 21 ottobre 2005, p. 51-76. Nella motivazione del caso *Englaro* la Corte di cassazione ha richiamato la Convenzione di Oviedo, la giurisprudenza

Una prima osservazione che deve essere fatta ha ad oggetto le obiezioni che sono state espresse rispetto a questo tipo di interpretazione e che riguardano i limiti al potere creativo dei giudici. La conseguenza è stata di coinvolgere in questo dibattito il problema della legittimazione democratica e della separazione dei poteri: è quello che negli Stati Uniti viene definito «Dilemma di Madison», che si rifà all'originalismo più volte espresso dalla dottrina e da alcuni giudici⁽¹⁸⁾ e che caratterizza l'atteggiamento di chiusura della Corte Suprema degli Stati Uniti, esso riguarda principalmente l'interpretazione giudiziaria⁽¹⁹⁾.

Alcuni comparatisti hanno analizzato il fenomeno prendendo ad esempio nazioni con diversi livelli di elaborazione teorica sull'interpretazione della legge. Gli Stati nei quali vi sono delle regole sull'interpretazione consolidate ed una solida elaborazione teorica hanno sviluppato nel tempo una serie di principi ed una prassi giudiziaria che rendono maggiormente permeabile e flessibile il diritto nazionale, quando questo viene in contatto con quello straniero per la decisione di alcune questioni. La maggior parte di queste norme si occupa, come nel caso dell'ordinamento tedesco, dell'interpretazione della Costituzione da parte di Corti superiori. In questo modo si cerca di far sì che l'interpretazione delle norme costituzionali, entro limiti ragionevoli, tenga conto dei cambiamenti politici, economici e sociali. Senza questa possibilità di aggiornamento la Costituzione perderebbe la sua capacità di rispondere ai mutamenti della società e, quindi, avrebbe bisogno di essere rivista secondo procedure formali per non correre il rischio di perdere efficacia. Nel bilanciamento fra «una corte potente ed un legislatore democratico» un aiuto notevole è dato proprio da «un sistema coerente di interpretazione della

della Corte europea dei diritti dell'uomo nonché quella statunitense, inglese e tedesca su questo tema: Cass., I, 16 ottobre 2007, n. 21748. In materia penale si è fatto uso della comparazione nella sentenza della C. Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro. it.*, 1988, p. 1385 ss., in tema di inescusabilità dell'ignoranza della legge penale. Si veda anche C. Cost., 12 gennaio 2012, n. 13.

⁽¹⁸⁾ DE VERGOTTINI, *op. cit.*, p. 126-127.

⁽¹⁹⁾ GROPPI, *Bottom up globalization? Il ricorso ai precedenti stranieri da parte delle Corti Costituzionali*, relazione al convegno della Fondazione Basso, 12 gennaio 2010; GROPPI, *La circolazione della giurisprudenza canadese*, cit., p. 4, in cui si fa riferimento al caso della Gran Bretagna, in cui il problema dell'equilibrio fra *judicial review* e *supremacy of Parliament* si è posto in relazione allo *Humans Rights Act* del 1998 nei termini di limiti al controllo delle Corti sulle scelte del legislatore, la soluzione è stata trovata grazie al diritto straniero. I giudici inglesi hanno affermato che la giurisprudenza canadese può essere un utile elemento di raccordo fra la tradizione britannica della supremazia del Parlamento e la tutela dei diritti fondamentali di rango «costituzionale».

legge».⁽²⁰⁾

Le regole e i principi sull'interpretazione e l'elaborazione teorica su di essi permettono, quindi, ad alcuni Stati di avere un atteggiamento più aperto nei confronti del diritto straniero. Non solo, le Corti proprio in virtù di queste tecniche più o meno avanzate di interpretazione, possono farne un uso consapevole, oggettivo ed utile nell'argomentazione delle proprie decisioni⁽²¹⁾. Solitamente, in contesti del genere il dibattito sui limiti al potere creativo dei giudici è più attenuato e non ha risvolti tanto apertamente politici di quanto non avvenga in altri Stati.

E' per questo che l'uso della comparazione si rivela particolarmente utile nell'interpretazione costituzionale o per la tutela dei diritti fondamentali, un criterio ermeneutico eccessivamente letterale può non essere utile quando si deve «dare efficacia ai diritti, ai valori ed agli standard espressi in una costituzione dato che essi evolvono nel tempo»⁽²²⁾.

Molto spesso, nel trattare il tema dell'uso del diritto straniero da parte della giurisprudenza, si fa riferimento a quelli che sono i valori comuni a più Stati, la cui presenza permetterebbe il dialogo fra le Corti⁽²³⁾. La Corte di Giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo possono essere un valido esempio per analizzare questo fenomeno: nelle proprie decisioni queste Corti non sono tenute a cercare necessariamente un minimo comune denominatore fra le diverse soluzioni adottate dagli Stati membri. Nel momento in cui elaborano principi giuridici, esse, piuttosto, scelgono le soluzioni migliori, quelle maggiormente in sintonia con lo spirito dei Trattati e con i fini che intendono perseguire⁽²⁴⁾.

⁽²⁰⁾ MARKESINIS, FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, cit., p. 27 ss..

⁽²¹⁾ LOLLINI, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Riv. dir. pubbl. comp.*, 2007, I, p. 479-523.

⁽²²⁾ Decisione del *Privy Council, Charles Matthew vs. The State*, 2004, WLR 812, 543; MARKESINIS, FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, cit., p. 71; sul tema dell'uso del diritto straniero nell'interpretazione costituzionale per la tutela dei diritti fondamentali si veda l'esempio della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* del 1982, la giurisprudenza della *Supreme Court of Canada* ha assunto nel tempo una capacità fortemente «persuasiva» su altre Corti. Il modello canadese ha assunto un'importanza notevole sia nei processi di *constitution making* di altri Stati, sia riguardo al metodo di interpretazione costituzionale della *Supreme Court*, l'argomento è analizzato da GROPPI, *op. ult. cit.*; GROPPI, *A User-friendly Court. The Influence of Supreme Court of Canada Decisions*, *op. cit.*.

⁽²³⁾ MARKESINIS, FEDTKE *Giudici e diritto straniero*, cit., p. 80; un'opinione contraria sul punto è stata espressa da DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 140 ss..

⁽²⁴⁾ MARKESINIS, FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, cit., p. 87; sulla capacità di «integrazione» da parte della Corte di Strasburgo e sul suo essere «corte comparatista per eccellenza» pur senza un'automatica ed indiscriminata adozione di soluzioni straniere si veda ROZAKIS, *Il giudice europeo come comparatista*, in *Giudici e diritto straniero. La pratica del*

È nella parte della motivazione in diritto delle sentenze che si svolge l'analisi comparativa: la comparazione diventa «momento di raffronto critico, attraverso il quale individuare il principio che serve a risolvere la questione (giudizio comparativo)»⁽²⁵⁾.

Sono stati soprattutto i giudici costituzionali a consentire una sempre maggiore circolazione di modelli giuridici, questa circolazione si differenzia da quella passata, affidata più al momento di formazione dei testi costituzionali che alla giurisprudenza, perché parte dal basso e perché è estranea al processo di decisione politica, avviene volontariamente da parte delle stesse Corti in base ad un nuovo metodo interpretativo basato sull'uso, nelle argomentazioni, anche del diritto straniero⁽²⁶⁾.

3. *Il dialogo fra le Corti a livello globale*

Al di là dell'uso giurisprudenziale della comparazione all'interno degli Stati, ad un livello superiore e trasversale, i giudici nell'«arena globale» hanno assunto un ruolo costituzionale, nel senso che essi definiscono verticalmente i rapporti fra i diversi ordini giuridici, nazionali ed internazionali, ed integrano orizzontalmente i sistemi regolatori settoriali⁽²⁷⁾. Un dialogo fra giudici «fondato sul diritto, sulla motivazione ragionata e sulle decisioni si è instaurato all'interno dello spazio giuridico globale» nel quale convivono diversi ordinamenti, statali e non, capaci di produrre diritto⁽²⁸⁾. Ci si è posti, allora, la questione se le Corti consentano lo sviluppo in questo spazio di un ordine giuridico globale. La presenza di giudici non nazionali al suo interno assume la dimensione di un fenomeno nuovo, nel quale le Corti regolano i rapporti fra gli ordinamenti posti su livelli diversi e, allo stesso tempo, producono norme in grado di colmare le lacune nel tessuto normativo di questi stessi regimi. In quella che viene definita arena globale manca un diritto generale nel quale operino principi, valori e regole connessi fra loro per mezzo di procedu-

diritto comparato, a cura di Markesinis, Fedtke, Bologna, 2009, p. 460 ss..

⁽²⁵⁾ DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 123.

⁽²⁶⁾ GROPPI, *Bottom up globalization? Il ricorso ai precedenti stranieri da parte delle Corti Costituzionali*, cit., p. 4 e ss..

⁽²⁷⁾ S. CASSESE, *Diritto globale*, Torino, 2009, p. 139; S. CASSESE, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000.

⁽²⁸⁾ S. CASSESE, *Diritto globale*, cit., p. 151; A. SANDULLI, *La Corte di Giustizia europea e il dialogo competitivo tra le Corti*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, in AA. VV., Milano, 2008, p. 189-210.

re, in essa vigono soltanto diritti speciali⁽²⁹⁾. In questo spazio globale la formazione di un sistema giuridico per opera della giurisprudenza potrebbe sollevare la questione del suo deficit democratico, una soluzione al problema della legittimazione è il rispetto del principio di legalità, della *règle du droit*, nelle decisioni. Vi sono delle conseguenze: l'azione delle Corti corregge la specialità che caratterizza i sistemi regolatori internazionali, essi sono *self-contained* dal punto di vista normativo e, tuttavia, non vivono in uno spazio giuridico vuoto perché rispondono a principi generali che sono creati dai giudici. Le Corti svolgono un'opera costituzionale, danno unità al sistema e permettono che esso diventi un ordine giuridico, ma con degli inconvenienti che derivano dalla mancanza di un ordine gerarchico tra questi stessi organi giurisdizionali e con la conseguenza di conflitti interpretativi sul diritto applicabile che nessun giudice superiore potrà dirimere⁽³⁰⁾. Un altro punto di debolezza di un sistema giuridico globale formato dalla giurisprudenza può derivare dall'assenza di una comunità politica rappresentativa e quindi dei necessari contropoteri in funzione di garanzia. Altro rischio è l'incompletezza del sistema. Fra i vantaggi vi è, invece, il continuo incrementarsi dell'ordine giuridico così creato. Inoltre, l'azione delle Corti consente il passaggio da conflitti ad accordi procedurali: l'obbligo reciproco di tener conto delle proprie decisioni e di dare ad esse un certo peso, cosicché il dialogo tra i giudici «fondato sul diritto e sulla motivazione ragionata delle decisioni presenta molti vantaggi rispetto alla formazione di un ordine creato dalla negoziazione degli Stati»⁽³¹⁾.

Nell'«arena globale» si sono create nuove forme di potere che mettono in dubbio idee e concezioni tradizionali come quelle di sistema giudiziario e di democrazia che, forse, non possono più essere usate nel loro senso tradizionale per leggere questi fenomeni. I giudici creano principi e standard che permettono l'unificazione dell'ordine giuridico globale facendo uso dei principi del diritto internazionale generale, delle convenzioni, ovvero delle tradizioni costituzionali o legislative degli Sta-

⁽²⁹⁾ S. CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 143; da non dimenticare è il problema della soluzione dei c.d. «casi difficili» in cui i giudici devono prendere decisioni di carattere generale, colmare lacune o allontanarsi da proprie decisioni consolidate: SCHIEMANN, *Il giudice come comparatista*, in *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, a cura di Markesinis, Fedtke, Bologna, 2009, p. 483.

⁽³⁰⁾ S. CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 143; sul tema del diritto costituzionale globale uno dei primi studi è quello di ACKERMAN, *The Rise of World Constitutionalism*, in *Val. L. Rev.*, 1997, p. 83.

⁽³¹⁾ S. CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 149-151; S. CASSESE, *La funzione costituzionale dei giudici non statali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 3, p. 609-626; DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali nel diritto pubblico globale*, Bologna, 2009; BATTINI, *Amministrazioni nazionali e controversie globali*, Milano, 2007.

ti⁽³²⁾, lo sguardo di questi ultimi aperto ad altri sistemi rafforza il proprio perché aumenta il numero delle soluzioni possibili e diverse ai problemi a cui rispondere, un forte dialogo fra le Corti attraverso la circolazione del diritto ad ogni livello è un dato positivo soprattutto per la tutela di quei valori che sono «per loro stessa natura, indivisibili e globali»⁽³³⁾.

Abstract

This paper is aimed to highlight some aspects of legal comparison undertaken by the Judiciary, namely, the practice of using foreign Law in order to resolve legal disputes. With this regard, a distinction should be pointed out between normative use of foreign law, and dialectical use, addressed to the interpretation of national law.

On one hand, the normative use of foreign law is connected with the sources of national legal system and also, with the feasibility that it becomes part of the domestic law. The European system of protection of fundamental rights, involving the European Court of Human Rights, the European Union, and the States thereof, is an example of the aforementioned use of foreign law.

On the other hand, by means of the dialectical use of foreign law, judges base their decisions on a critic comparison with the latter. Therefore, the outcome are new and different arguments for the judgement.

Finally, at a global level, the «communication» between Courts allows the unification of the global order through the legal comparison.

⁽³²⁾ S. CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 152.

⁽³³⁾ ROZAKIS, *op. ult. cit.*, p. 466.; SCHIEMANN, *op. ult. cit.*, p. 483.