

AIC Associazione Italiana
dei Costituzionalisti

Osservatorio AIC
Quadrimestrale di attualità costituzionale

Anno 2016 / Fascicolo III

AIC

L'Associazione Italiana dei Costituzionalisti è iscritta al Registro degli Operatori della Comunicazione a far data dal 09.10.2013 con n. 23897.

La rivista *Osservatorio costituzionale*, inclusa tra le riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche, dal Fascicolo 1/2016, è ivi registrata ai sensi dell'art. 16 della legge n. 62 del 2001.

Codice ISSN: 2283-7515.

Le Linee Guida per la pubblicazione sulla rivista sono reperibili al sito www.osservatorioaic.it.

Per il triennio 2016-2018, Direttore responsabile è il Prof. Massimo Luciani, Direttori scientifici sono il Prof. Giorgio Grasso e la Prof.ssa Anna Maria Nico.

Segretari di redazione: Giuseppe Arconzo, Federica Grandi, Roberto Perrone, Vittorio Teotonico.

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Indice del fascicolo 3 del 2016

Daniele Butturini, <i>Il diritto della crisi economico-finanziaria tra ragioni dell'emergenza e giudizio di costituzionalità</i>	7
Luca Gori, <i>Elezioni primarie ovvero elezioni della bocciofila? Alcune riflessioni a margine delle primarie napoletane del 2016</i>	41
Roberto Ravì Pinto, <i>L'equiparazione sanzionatoria tra droghe pesanti e droghe leggere nel V comma dell'art. 73 del DPR n. 309 del 90: profili di incostituzionalità tra discrezionalità del legislatore e finalismo rieducativo (nota alla sentenza n. 23/2016 della Corte costituzionale)</i>	57
Giorgio Sobrino, <i>Gli Enti territoriali possono sottoporre a tutela gli immobili di interesse culturale presenti nel loro territorio? Il rapporto tra i poteri in tema di beni culturali in una recente decisione del Consiglio di Stato (con uno sguardo al d.d.l. costituzionale Renzi - Boschi) (Nota a Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 519/2016)</i>	69
Elisa Chiericato, <i>La Corte Suprema condanna la chiusura delle cliniche abortive: un commento a Whole Woman's Health et al. v. Hellerstedt</i>	83
Marco Galdi, <i>La Corte esclude ancora l'estensione generalizzata alle sanzioni amministrative dell'applicazione retroattiva del trattamento più favorevole, ma apre la porta a valutazioni caso per caso. Commento a Corte costituzionale, 20 luglio 2016, n. 193</i>	87
Angelo Jr Golia, <i>Un manifesto per il giudice nella globalizzazione. Riflessioni a margine di S. Breyer, The Court and the World. American Law and the New Global Realities, New York, 2015</i>	93
Gaetano Bucci, <i>Revisione costituzionale e rapporti economico-sociali nell'era della crisi organica</i>	103
Claudia Candelmo, <i>Il ruolo italiano nella pratica delle extraordinary renditions: il caso Nasr et Ghali c. Italie</i>	111
Valentina Rita Scotti, <i>'Vogliamo i colonnelli?': riflessioni preliminari sul fallito colpo di stato in Turchia e sull'evoluzione del ruolo dei militari nell'ordinamento costituzionale</i>	129
Giorgia Crisafi, <i>Fabbisogni e costi standard, un'occasione perduta</i>	143
Ivan Ingravallo, <i>al-Bashir, il Sudafrica e il diritto internazionale penale: molto rumore per nulla</i>	165
Stefano Rossi, <i>Tra politica e procedura. Il conflitto (in)utile sul d.d.l. Cirinnà</i>	183
Claudio Martinelli, <i>La necessaria evoluzione del costituzionalismo come strumento di governo della globalizzazione dei diritti</i>	203
Marco Cuniberti, <i>L'incerto bilanciamento tra esigenze processuali, diritti dell'imputato e libertà di cronaca: a proposito della sentenza Bédat c. Svizzera (Corte EDU, Grande Camera, 29 marzo 2016)</i>	207
Guido Rivosecchi, <i>I partiti politici nella giurisprudenza costituzionale</i>	223

Valentina Rostellato, <i>Diritto all'intimità personale e familiare e "derecho de despedida": l'espansione "convenzionale" dei diritti della carta fondamentale spagnola. Riflessioni a margine della sentenza del Tribunal Constitucional de España, n. 11/2016</i>	241
Mattia Costa, <i>Legge 6 maggio 2015 n. 52 e forma di governo parlamentare: un italico ossimoro?</i>	263
Maria Adele Carrai, <i>L'incerto riconoscimento del Market economy status alla Cina e l'interpretazione dell'Art.15 del Protocollo di Accesso: sfide e possibilità per l'Unione europea</i>	281
Marco Benvenuti, <i>Audizione resa il 12 ottobre 2016 innanzi alla Commissione III (Affari esteri e comunitari) della Camera dei deputati nell'ambito dell'esame della proposta di legge d'iniziativa popolare recante "Trattati internazionali, basi e servitù militari"</i>	293
Marta Moretti, <i>Continua il dialogo tra Corte di giustizia e Giudice amministrativo sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nel contenzioso appalti. Nota a Corte di giustizia, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica c. Airgest</i>	299
Chiara Ragni, <i>Ricongiungimento familiare, tutela dei diritti e interessi dello Stato nella giurisprudenza della Corte di giustizia: considerazioni a margine dei casi Genc e Khachab</i>	323
Roberto Virzo, <i>Le misure cautelari nell'affare dell'Incidente della Enrica Lexie</i>	333
Gianfranco Macrì, <i>Il futuro delle intese (anche per l'UAAR) passa attraverso una legge generale sulla libertà religiosa. Brevi considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 52 del 2016</i>	345
Martina Buscemi, <i>La Corte di Strasburgo opta per una soluzione soffice nel coordinare gli obblighi della Convenzione con quelli derivanti dalle Nazioni Unite: alcune riflessioni a margine della sentenza Al-Dulimi</i> .	355
Alessia Valentino, <i>La sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Abu Omar: la tutela dei diritti fondamentali nel rapporto tra i poteri dello Stato</i>	367
Giovanni Zampetti, <i>Osservazioni su alcuni aspetti processuali della nuova disciplina sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati: profili costituzionali</i>	395
Francesca Colombi, <i>Le problematiche concernenti la garanzia del preminente interesse del minore in un caso di bilanciamento tra diritti diversi del minore stesso (e non già di bilanciamento tra i suoi diritti e quelli di altri soggetti). Nota a Corte europea dei diritti dell'uomo, Mandet c. Francia, V sezione, sentenza del 14 gennaio 2016</i>	413
Valeria De Santis, <i>Politiche interregionali: attualità della questione dello squilibrio dimensionale e riforma costituzionale. Considerazioni a partire dal protocollo di intesa tra le Regioni Marche, Toscana ed Umbria (prove di macroregione?)</i>	437
Federica Persano, <i>Il caso Pajić: è in contrasto con la CEDU la legge di uno Stato contraente che disponga il diritto al ricongiungimento familiare esclusivamente a favore di partners eterosessuali</i>	451
Marco Pierangeli, <i>Responsabilità per danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie: cosa richiede la costituzione? Brevi considerazioni anche alla luce delle modifiche introdotte con legge 27 febbraio 2015 n. 18</i>	461
Matteo Timo, <i>Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa</i>	485

Maria Grazia Nacci, <i>Le funzioni del Consiglio delle autonomie locali tra previsioni normative, prassi e prospettive di riforma</i>	495
Andrea Ridolfi, <i>A proposito delle questioni di legittimità costituzionale sulla legge n. 18/2015 e della responsabilità dei magistrati in generale</i>	517
Oscar Prevosti, <i>Il caso Kalda contro Estonia: il diritto di accesso a internet dei detenuti secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo</i>	547
Daniele Casanova, <i>La rappresentatività del Consiglio nella forma di governo regionale di fronte alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale</i>	555
Giovanni Guerra, <i>La procedura di revisione della Costituzione e il ruolo del referendum: riflessioni sul metodo</i>	573
Massimo Cavino, <i>Il CAL e la rappresentanza territoriale del Senato nel quadro delineato dalla riforma costituzionale</i>	593
Germano Scarafiocca, <i>L'organizzazione dei CAL negli ordinamenti regionali. Qualche tentativo di sintesi (e proposta)</i>	599
Alessandra Ingraio, <i>Il "cyberslacking" e i diritti del lavoratore "catturato nella rete informatica". Note critiche a margine della sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. IV, 12 gennaio 2016, n. 61496, Bărbulescu vs. Romania, in attesa della pronuncia della Grande Camera</i>	621
Francesco Biagi, <i>Tra innovazione e continuità: la riforma costituzionale algerina del 2016</i>	631
Marco Filippeschi, <i>Per la riforma ed il rilancio dei consigli delle autonomie locali</i>	655
Erik Furno, <i>La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte costituzionale: un'occasione mancata dalla riforma c.d. Renzi-Boschi?</i>	659
Elena D'Orlando, <i>Il Consiglio delle Autonomie locali nel sistema regionale integrato</i>	675
Monica Bonini, <i>Giudice delle leggi o "signore dei trattati"? Riflessioni critiche sul sindacato a tutela dell'"identità costituzionale"</i>	691
Alessandra Algostino, <i>Audizione resa il 13 dicembre 2016 innanzi alla III Commissione (Affari esteri e comunitari) sul disegno di legge C. 4151, in tema di ratifica ed esecuzione dell'Accordo del 2015 e del Protocollo addizionale del 2016 tra Italia e Francia in relazione alla nuova linea ferroviaria Torino-Lione</i> .	713
Francesco Gallarati, <i>La leale collaborazione secondo la Corte costituzionale: le sentenze «additive di procedura»</i>	719
Massimiliano Malvicini, Giuseppe Lauri, <i>Le commissioni parlamentari di inchiesta: recenti sviluppi e osservazioni alla luce della prassi</i>	731
Federica Violi, <i>Mamatas et autres c. Grèce: il Private Sector Involvement Agreement allo scrutinio della Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	769

**Un manifesto per il giudice nella globalizzazione.
Riflessioni a margine di S. Breyer, *The Court and the World. American Law
and the New Global Realities*, New York, 2015***

di **Angelo Jr Golia** - Dottorando in Giurisprudenza, Seconda Università degli Studi di Napoli

«*La bêtise insiste toujours, on s'en apercevrait si l'on ne pensait pas toujours à soi*»

A. CAMUS, *La peste*, Gallimard, Paris, 1947

SOMMARIO: 1. *Il giudice e le sfide della globalizzazione: una lezione dal common law* – 2. *Evoluzione, analisi e coordinamento: l'approccio pragmatico e l'esempio dell'Alien Tort Statute* – 3. *Tra pragmatismo e idealismo: il giudice come argine alle «nuove pesti».*

1. Il giudice e le sfide della globalizzazione: una lezione dal common law

Sulla questione del se, quando, e come «pensare a se stessi» si è costruita una letteratura ormai sterminata. Temi come il dialogo tra corti, metodo comparativo nelle decisioni giudiziarie, e ricorso al diritto straniero e internazionale¹ da parte di giudici nazionali sono ormai *topoi* classici, strumenti necessari nell'arsenale del costituzionalista, e campi di infinite battaglie dogmatiche². In questo panorama, il volume di Stephen Breyer, *associate justice* della Corte Suprema degli Stati Uniti dal 1994, non aspira soltanto a delineare lo stato dell'arte in terra americana, ma anche a dare indicazioni di valore e di metodo al giudice che opera nel contesto della globalizzazione, soprattutto in considerazione degli enormi impatti che tali prassi hanno sugli ordinamenti costituzionali.

L'opera di Breyer è attraversata da una sottile ma costante radiazione di fondo che, con lo svilupparsi dei casi e delle argomentazioni, va crescendo e diventa infine assordante. Si tratta della

• Lavoro referato dalla Direzione della Rivista.

¹ Sulla distinzione tra ricorso al diritto straniero e ricorso al diritto internazionale cfr. H.H. KOH, *The United States Constitution and International Law*, in *American Journal of International Law*, 2004, 98, 43.

² Solo per limitarsi ad alcuni dei lavori più rilevanti, v. J. ALLARD, A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, Paris 2005; S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma 2009; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, Bologna 2010; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2004; B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, tr. it. il Mulino, Bologna 2009; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli 2011; A.-M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton 2005. Per una approfondita e ampia comparazione tra le concrete prassi delle corti costituzionali v., tra le opere più recenti, T. GROPPI, M.-C. PONTTHOREAU (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart, Oxford-Portland 2013.

tensione tra le spesso confliggenti esigenze della garanzia del *rule of law*, e della sempre più pressante necessità di «listen [...] to many voices» (pp. 6-7); ovvero, del principale problema che l'incontro/scontro con il diritto *lato sensu* esterno pone al giudice contemporaneo.

Detto altrimenti, nell'epoca della globalizzazione il principale dilemma del giudice, soprattutto costituzionale, consiste nel conciliare nei singoli casi, ovvero *nel momento del conflitto concreto tra opposti interessi e/o diritti*, almeno tre necessità: a) preservare la legittimazione democratica del diritto; b) custodire i diritti costituzionalmente riconosciuti; e c) garantire la capacità del diritto stesso di affrontare e risolvere questioni e materie che, oggi, oltrepassano i tradizionali confini degli ordinamenti nazionali³.

Tale dilemma è divenuto assordante, si diceva, in primo luogo perché la globalizzazione ha indebolito la capacità del diritto statale di “parlare” secondo modelli generali e astratti. Come noto, connettendo individui e gruppi che si trovano oltre i confini degli Stati e riunendoli in spazi giuridici de-territorializzati e de-politicizzati, la globalizzazione ha frammentato le comunità nazionali in una miriade di sistemi sociali funzionalmente differenziati⁴, che si definiscono a livello transnazionale: *lex mercatoria*, regime internazionale dei diritti umani, *lex digitalis*, *lex sportiva* sono solo i principali esempi di mondi giuridici affrancatisi dalla tutela diretta degli Stati. Non si tratta, dunque, soltanto della crisi di forme istituzionali (la capacità di governi e parlamenti nazionali di “normare” la realtà)⁵ ma, a livello ancora più profondo, dello stesso modello giuridico legislativo, parametrico e verticale su cui si è fondata la modernità⁶.

³ Cfr. *ex plurimis*, A. VON BOGDANDY, *Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law*, in *European Journal of International Law*, 2004, 15, 5, 885; A.-M. SLAUGHTER, W. BURKE-WHITE, *The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law)*, in *Harvard International Law Journal*, 2006, 47, 2, 327.

Come noto, peraltro, l'intimo legame tra identità politica, *rule of law* e sovranità popolare è particolarmente avvertito nella cultura giuridica statunitense, e costituisce una delle cause del cd. eccezionalismo americano: cfr. KAHN, *American Exceptionalism, Popular Sovereignty, and the Rule of Law*, in M. IGNATIEFF (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton 2005, 198-222; S.G. CALABRESI, *'A Shining City on a Hill': American Exceptionalism and the Supreme Court's Practice of Relying on Foreign Law*, in *Boston University Law Review*, 2006, 85, 1335 (che ricostruisce in modo approfondito le ragioni storiche e ideologiche del cd. eccezionalismo americano, a partire dalle sue origini europee e puritane).

⁴ Cfr. in generale G. TEUBNER, *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, tr. it. Città del Sole, Napoli 1999.

⁵ Il legame tra il parlamentarismo (come modello istituzionale) e il normativismo (come modello di teoria del diritto) è spesso sottovalutato o comunque sottaciuto, anche a causa della troppo netta distinzione tra il Kelsen politico e sociologo del diritto (v. soprattutto *l'Essenza e valore della democrazia e Il problema del parlamentarismo*, oggi entrambi in H. KELSEN., *La democrazia*, tr. it. il Mulino, Bologna, 1995) e il Kelsen teorico del diritto, distinzione peraltro da lui stesso caparbiamente ricercata. In questo senso, v. G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 2010, 251 ss.

Sul riassetto dei rapporti tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, ricostruiti secondo un rapporto di centro/periferia, v. G. TEUBNER, *Breaking Frames: la globalizzazione economica e l'emergere della lex mercatoria*, in ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, tr. it. Armando ed., Roma, 2005, 22: «se sotto la pressione esercitata dalla globalizzazione crolla la “forma” della gerarchia delle fonti – con al vertice la legislazione politica costituzionalmente legittimata – allora la nuova forma non può che presentarsi come *eterarchica*: essa utilizza la distinzione tra il centro e la periferia della produzione normativa. Decentra la giuridificazione politica, la allontana dalla sua sede privilegiata al vertice della gerarchia delle norme, e la ricolloca al livello di altre modalità sociali di produzione normativa. Ora al centro della produzione giuridica stanno i tribunali con la loro produzione “giurisprudenziale” di norme, mentre la legislazione politica si allontana verso la periferia pur rimanendo entro il sistema del diritto. La distinzione centro/periferia, tuttavia, non riproduce una gerarchia – nel senso che i tribunali ora sarebbero più importanti della legislazione politica. [...] La legislazione perde la sua centralità di vertice della gerarchia; diventa periferica, ma mantiene lo statuto di produzione giuridica all'interno del sistema del diritto».

Sulla crisi del modello ordinamentale piramidale è dovuto, infine, il rinvio a F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de l'Université de Saint-Louis, Bruxelles 2002.

⁶ Come noto, la letteratura sulla “crisi dello Stato” dovuta ai processi di globalizzazione è così ampia da non permettere nemmeno un pur veloce approfondimento. Solo per richiamare alcuni dei principali lavori in lingua italiana, v. AA. VV., *Costituzionalismo e globalizzazione. Atti del XXVII Convegno annuale AIC*, Editoriale Scientifica, Napoli

In questo contesto, dunque, è proprio sul giudice che ricade il peso della decisione, della risoluzione del conflitto in concreto, e della garanzia dei diritti. Ove ce ne fosse ancora bisogno, la globalizzazione ha svelato definitivamente quanto irrealistica o ipocrita fosse (soprattutto negli ordinamenti di *civil law*) l'immagine del giudice *bouche de la loi*⁷, e pone quest'ultimo di fronte alle sue responsabilità di *law maker* e, soprattutto, ai *limiti* della sua capacità di produrre diritto⁸.

A tal riguardo, il giudice di *common law* (e Breyer ne è l'emblema), proprio perché già abituato a considerarsi fonte del diritto, si è ritrovato molto meglio attrezzato di fronte alla sfida della globalizzazione rispetto al suo collega continentale⁹, paradossalmente spiazzato dalla improvvisa mancanza di solidi appigli legislativi e di limiti chiari alla sua attività interpretativa¹⁰.

La *countermajoritarian difficulty*¹¹, in questo senso, è un problema più attuale che mai, e ugualmente avvertito da un lato e dall'altro dell'Atlantico. Tuttavia, i vincoli processuali e istituzionali (basti pensare, solo per fare due esempi, al principio dello *stare decisis* o all'istituto della giuria) in cui opera il giudice statunitense gli permettono di svolgere una attività creativa abbastanza significativa da mantenere il diritto aderente alla realtà sociale che aspira a governare, ma sufficientemente modesta da non tradire il proprio ruolo, ed esserne delegittimato¹².

Al contrario, il giudice continentale, ammorbiditisi i vincoli che si pretendevano rigidi, si ritrova a esercitare poteri di decisione indefiniti, senza avere intorno a sé delle strutture istituzionali o processuali idonee a frenarli. Ciò, nonostante le apparenze, ha effetti disastrosi sulla legittimazione della funzione giudiziaria e, più in generale, del diritto stesso. È anche e soprattutto per questi motivi che la lettura del libro di Breyer risulta particolarmente utile per il giurista di *civil law*.

2014; A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2002; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari 2002; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, 1,21; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna 2000; ID., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari 2006; M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, 1, 124; L. RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Jovene, Napoli 2007.

⁷ Ipocrisia peraltro non attribuibile direttamente a Montesquieu, ma piuttosto ai lettori che non contestualizzano il suo pensiero nell'ambito della polemica contro le degenerazioni dell'assolutismo: cfr. D. BIFULCO, *Giurisdizione, potere legislativo e potere esecutivo*, in O. ABBAMONTE (a cura di), *Il potere dei conflitti. Testimonianze sulla storia della Magistratura italiana*, Giappichelli, Torino 2015, 84: « la chiave di volta del suo pensiero va individuata laddove egli nota che “non v'è libertà se il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo e da quello esecutivo”, non già nella celeberrima espressione del giudice “bocca della legge” ».

⁸ Con ciò, ovviamente, non si vuole affermare affatto che i diritti costituzionali possano trovare adeguata garanzia affidandoli al solo diritto giurisprudenziale, peraltro privo di piena legittimazione democratica (cfr. a tal proposito G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Politica del diritto*, 2003, 3, 327).

Si tratta tuttavia di riconoscere, anche a livello dogmatico, il mutato ruolo del giudice nel contesto della globalizzazione e, proprio a seguito di tale riconoscimento, elaborare nuovi e più raffinati strumenti per inquadrare la sua attività e i suoi rapporti con i governi, i parlamenti e, più in generale, la società. V. in generale, tra i lavori più recenti, D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al 'diritto'*, Jovene, Napoli 2008; M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Giappichelli, Torino 2015.

⁹ Sul punto v. in generale A. GARAPON, I. PAPADOPULOS, *Juger en Amérique et en France*, Seuil, Paris 2003.

¹⁰ Basti pensare, solo per fare un es., all'ondivago uso del parametro della ragionevolezza da parte della Corte costituzionale italiana: v. per tutti G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000.

¹¹ Ci si riferisce al problema del sindacato delle leggi, espressive della maggioranza, da parte di organi come i giudici, tendenzialmente privi di legittimazione democratica diretta. L'espressione è stata coniata da A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of American Politics*, Yale University Press, New Haven (Ct.) 1962.

¹² Su questa minuta ma costante e fondamentale opera di creazione del diritto da parte del giudice statunitense, v. G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, il Mulino, Bologna, 2013 49-84.

2. Evoluzione, analisi e coordinamento: l'approccio pragmatico e l'esempio dell'Alien Tort Statute

Tornando a quanto più ci interessa, è esattamente sul delicato equilibrio che si instaura fra quelle tre necessità cui si è fatto riferimento (legittimazione democratica, garanzia dei diritti ed efficacia delle soluzioni) che si muove il contributo di Breyer, peraltro con estrema eleganza.

Sul piano metodologico, la cifra caratterizzante del volume consiste allora nell'analisi puntuale e approfondita (a livello sia legislativo sia giurisprudenziale) di diversi settori del diritto statunitense, che in un modo o nell'altro interagiscono con ordinamenti stranieri o con il diritto internazionale. Nel far ciò, egli sfrutta in modo esemplare la posizione privilegiata di osservatore interno e protagonista dei processi decisionali della Corte Suprema: le norme, i casi e le decisioni sono di volta in volta sviscerati con precisione minuziosa, tenendo conto dei precedenti storici e delle esigenze di politica del diritto che la Corte si trova a fronteggiare.

Da questo punto di vista, peraltro, il volume offre al comparatista una rara opportunità: analizzare da una prospettiva qualificata le dinamiche decisionali di una corte suprema le cui modalità di composizione e la dialettica tra *majority*, *concurring* e *dissenting opinions* lasciano emergere le diverse opzioni ideologiche dei giudici. Soprattutto, è di particolare interesse il modo in cui tali opzioni si manifestano, con pari forza argomentativa, nell'ambito uno stesso tessuto normativo¹³.

Tuttavia, l'opera di Breyer non vuole essere una trattazione a carattere propriamente scientifico: egli non affronta in via generale ed *ex professo* i rapporti tra diritto interno e diritto internazionale o l'estensione delle garanzie costituzionali al di là del territorio nazionale, né si avventura a proporre teorie generali di diritto transnazionale. Il suo intento, allo stesso tempo descrittivo e prescrittivo, consiste piuttosto nel dimostrare che la risoluzione delle controversie concrete con cui ha a che fare il giudice contemporaneo richiede la conoscenza e, talvolta, l'applicazione del diritto straniero in modi molto più pervasivi di quanto accadesse in passato, e ciò sia che essa assuma la forma del "dialogo", sia che si risolva nell'adozione di decisioni che si basino su un'analisi comparativa in senso tecnico¹⁴. Ciò, ovviamente, ha delle implicazioni particolarmente rilevanti per la formazione e lo svolgimento della professione del giurista, soprattutto statunitense, segnato da quello che Frank Michelman definisce come una sorta di complesso di *integrity-anxiety* verso la stabilità e legittimazione delle interpretazioni giudiziarie¹⁵.

Ora, se si cala tale intento nel contesto giuridico americano, si può comprendere quanto esso sia fortemente polemico. L'A. si nasconde nelle pieghe di una prosa asciutta, neutra, quasi ecumenica, ma si inserisce di prepotenza nel più ampio dibattito che infiamma il mondo giuridico statunitense da ormai più di trenta anni, relativo al rapporto del diritto americano con culture giuridiche "altre"¹⁶, a sua volta parte di quell'eterna oscillazione tra apertura e chiusura che è sempre stata la cifra dell'*esser-ci* degli Stati Uniti nel mondo¹⁷.

Non solo: nonostante il lavoro di Breyer sia dichiaratamente orientato ai rapporti con il diritto straniero, esso si inserisce anche in un secondo dibattito, al primo strettamente collegato: quello sul rapporto del dettato costituzionale, ovvero dei diritti da esso riconosciuti e dei poteri da esso

¹³ Sul punto v. di nuovo G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice*, cit.

¹⁴ Sulla distinzione tra ricorso al diritto straniero, "dialogo" e metodo comparativo in senso proprio, v. in generale G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit.

¹⁵ V. F.I. MICHELMAN, *Integrity-Anxiety?*, in IGNATIEFF (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, cit., 241-276. A tal proposito, è indicativa la differenza con la cultura giuridica europea, in particolare continentale, in cui il ricorso al diritto straniero, soprattutto a livello interpretativo, sembra essere un dato ormai acquisito, e i dibattiti si orientano sempre più non sull'*an*, ma sul *quomodo* di tale ricorso: v., solo per richiamare un contributo recente, A. VON BOGDANDY, C. GRABENWARTER, P.M. HUBER, *Il diritto costituzionale nel diritto pubblico europeo. L'esempio della rete istituzionalizzata della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2015, 4, disponibile in www.rivistaaic.it.

¹⁶ Per una ricostruzione generale, v. B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, cit., 91-100.

¹⁷ V. su questi temi ad es. H. KISSINGER, *L'arte della diplomazia*, tr. it. Sperling & Kupfer, Segrate 2004, in particolare 11-33.

assegnati, con i mutamenti sociali interni e l'evoluzione del ruolo degli Stati Uniti nell'arena globale¹⁸.

Si tratta in entrambi i casi, e come è facile immaginare, di questioni che vanno ben al di là della relativamente ristretta sfera giuridica, ma hanno rilevanza centrale per la stessa politica statunitense, come peraltro dimostrato da alcune recenti degenerazioni¹⁹.

Quanto appena detto risulta particolarmente evidente, ad esempio, nella parte I del volume (pp. 9-87), in cui Breyer descrive lo sviluppo della giurisprudenza della Corte Suprema sull'estensione dei poteri del Presidente in tempo di guerra, soprattutto in relazione alle garanzie dell'*habeas corpus*. L'A. dimostra in modo convincente come, a causa dell'evoluzione delle tipologie di conflitti e, più in generale, del ruolo degli Stati Uniti nel sistema delle relazioni internazionali, la garanzia dei diritti costituzionali non possa più essere attuata seguendo approcci che potevano risultare funzionali e ragionevoli fino all'inizio del XX secolo: a meno di svuotare di senso (e quindi di capacità prescrittiva) la costituzione, *la tutela dei diritti e delle libertà costituzionali impone al giudice di rivedere le proprie posizioni, e di adattarle al nuovo contesto della globalizzazione*²⁰.

Ma Breyer non si limita a segnare un punto nel solo campo dell'interpretazione. In realtà, una delle sue più lucide strategie argomentative, seguita con quell'ostinazione quasi pedante di cui solo un giurista di *common law* è capace, consiste nello spezzare il legame esclusivo (ed escludente) tra ricorso al diritto straniero e la disputa tutta interna sull'originalismo. In altre parole, il ricorso al diritto straniero non vuole essere semplicemente il vezzo (o, peggio, l'ambizione) di giudici di orientamento *liberal*, usciti dalla *Yale Law School*, che desiderano «imporre agli americani mode, tendenze o opinioni straniere»²¹. *La conoscenza (e in alcuni casi l'applicazione) del diritto straniero, al contrario, è una vera e propria necessità* («necessity» è un termine che ricorre costantemente nel testo), *che si impone al giudice (sia comune sia costituzionale/supremo) per*

¹⁸ Entrambe le polemiche, come noto, ruotano anche e soprattutto intorno alle modalità di interpretazione del testo costituzionale e si risolvono spesso nell'adesione o nell'opposizione alla corrente dell'originalismo: v. *ex multis* A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, cit.; R.H. BORK, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, AEI Press, Washington (D.C.) 2003; A. SCALIA, *Originalism: The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, 1989, 57, 849; L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, tr. it. il Mulino, Bologna 2005; J.M. BALKIN, *Fidelity to Text and Principle*, in J.M. BALKIN, R.B. SIEGEL (eds.), *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, New York 2009, 11-24.

¹⁹ Ci si riferisce in particolare al fatto che, a seguito della scomparsa di Antonin Scalia, *justice* della Corte Suprema di orientamento conservatore e tra i più agguerriti oppositori del ricorso al diritto straniero, il Senato a maggioranza repubblicana si sia rifiutato per la prima volta, e fino all'entrata in carica del prossimo presidente, di tenere *hearings* sulla nomina di un giudice da parte del presidente democratico Obama. Sulle problematiche sollevate dalla scomparsa di Scalia, v. G. ROMEO, *To be or not to be: le prospettive dell'interpretazione costituzionale della Corte Suprema degli Stati Uniti dopo la morte di Justice Antonin Scalia*, in *Osservatorio costituzionale*, 20 febbraio 2016, disponibile in www.osservatorioaic.it.

²⁰ Nell'analizzare la giurisprudenza della Corte, l'A. sottolinea ad es. come gli approcci interpretativi invalsi fino al secondo conflitto mondiale permisero la grave violazione dei diritti costituzionali dei cittadini americani di origine giapponese a delimitare in modo molto più incisivo i poteri di cui dispone il presidente in qualità di *commander in chief* (*Korematsu v. United States*, 65 S.Ct. 193, 1944), e in questo senso si giustifica la progressiva evoluzione che ha portato (da ultimo, con i quattro *Guantanamo cases*: *Rasul v. Bush*, 124 S.Ct. 2686, 2004; *Hamdi v. Rumsfeld*, 124 S.Ct. 2633, 2004; *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S.Ct. 2749, 2006; e *Boumediene v. Bush*, 128 S.Ct. 2229, 2008).

Su questi temi v. anche e in generale N. MOURTADA SABBAH, B. CAIN (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Lexington, Lanham (MD) 2007; H. TRIGODJA, *Global war on terrorism, due process of law et office du juge constitutionnel américain*, in L. HENNEBEL, A. VAN WAEYENBERGE (dir.), *Exceptionnalisme américain et droits de l'homme*, Dalloz, Paris 2009, 199-235.

²¹ Così il giudice Scalia, che a sua volta richiamava le parole del giudice Thomas, nella *dissenting opinion* di *Lawrence v. Texas*, 123 S.Ct. 2472, 2003. Peraltro, che il ricorso al diritto straniero da parte del giudice federale americano non sia affatto un novità recente, ma fosse anzi considerato una pratica «uncontroverial» da parte dei *Framers* della costituzione, e così anche per tutto l'Ottocento, è dimostrato in D.A. FARBER, *The Supreme Court, the Law of Nations, and Citation of Foreign Law: The Lessons of History*, in *California Law Review*, 2007, 95, 1335; e S.G. CALABRESI, «*A Shining City on a Hill*», cit.

garantire l'efficace applicazione non solo della costituzione, ma anche di normative interne particolarmente tecniche.

E così, il governo del commercio internazionale, la maggiore o minore estensione extraterritoriale delle normative *antitrust* (pp. 95-133), il riconoscimento e l'esecuzione interna di lodi arbitrali internazionali (pp. 179-195) o, ancora, l'applicazione della disciplina in materia di adozione internazionale (pp. 169-178), rappresentano solo alcuni degli ambiti materiali con i quali il giudice contemporaneo si deve confrontare continuamente, e che *impongono* l'attenta analisi delle fonti straniere e il coordinamento tra autorità nazionali (legislative, amministrative, giudiziarie) e internazionali.

A tal proposito, tuttavia, l'esempio dell'*Alien Tort Statute* (il cd. ATS, trattato alle pp. 134-164)²² è emblematico, e vale la pena approfondirlo brevemente.

Si tratta di una legge risalente al primo *Judiciary Act* del 1789, che consta di un'unica disposizione, secondo la quale «the district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States». Adottata nell'intento di garantire un foro agli stranieri che avessero subito un *tort* (illecito civile extracontrattuale), e quindi evitare incidenti diplomatici alla neonata Repubblica, essa fu "riscoperta" a partire dagli anni Ottanta, come un formidabile strumento di *transnational human rights litigation*²³: detto altrimenti, sfruttando l'espressione «law of nations» (nel 1789 evidentemente limitata a pochissime fattispecie come la pirateria), stranieri di tutti i paesi si sono rivolti alle corti federali americane in cerca di risarcimenti (anche simbolici) per le violazioni di diritti fondamentali garantiti dall'*international human rights law*.

Ciò aveva portato ad una inaspettata espansione dell'ambito di applicazione dell'ATS, grazie al quale persone fisiche e, in alcuni casi, anche *corporations* furono condannate al pagamento di risarcimenti enormi²⁴. Tuttavia, in alcuni casi, l'ATS è stato invocato anche quando i fattori di collegamento con l'ordinamento statunitense erano del tutto inesistenti (attore e convenuto stranieri non residenti, condotta e danno verificatisi fuori dal territorio statunitense²⁵). Per rimediare ai problemi che ne sono seguiti²⁶, la Corte Suprema è intervenuta in due occasioni a restringere la portata della legge²⁷.

²² 28 U.S.C. § 1350. La letteratura sull'ATS è particolarmente ricca, e in questa sede ci si limita a rinviare soltanto a uno dei contributi più recenti e approfonditi: B. STEPHENS, *The Curious History of the Alien Tort Statute*, in *Notre Dame Law Review*, 2014, 89, 4, 1467.

²³ Erede della *public interest litigation* che, a livello interno, fu al centro del *civil rights movement* degli anni Cinquanta e Sessanta, con questa espressione si indicano generalmente quelle forme di contenzioso che mirano, al di là della vittoria processuale, alla «enunciation of a public international norm that will stimulate "relief" in the form of a negotiated political settlement» (H.H. KOH, *Transnational Public Law Litigation*, in *Yale Law Journal*, 1990-1991, 100, 2348). V. *ex plurimis* W.J. ACEVES, *Liberalism and International Legal Scholarship: The Pinochet Case and the Move Toward a Universal System of Transnational Law Litigation*, in *Harvard International Law Journal*, 2000, 129; H.H. KOH, *Why Transnational Law Matters*, in *Faculty Scholarship Series*, Paper 1793, 2006, 745. Con specifico riguardo all'ATS, v. E.A. YOUNG, *Universal Jurisdiction, the Alien Tort Statute, and Transnational Public Law Litigation after Kiobel*, in *Duke Law Journal*, 2014-2015, 64, 1023. Più in generale, e per un'analisi di tipo comparatistico, v. C. SCOTT (ed.), *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Hart, Oxford-Portland, 2001.

²⁴ Cfr. i due casi forse più rilevanti: *Kadic v. Karadžić* 70 F.3d 232, 2nd Cir.1995 (grazie al quale fu condannato uno dei principali criminali di guerra del conflitto balcanico); e *Doe v. Unocal* 395 F.3d 932 9th Cir. 2002 (con la quale una *corporation* statunitense fu costretta a patteggiare un accordo milionario per il ruolo avuto nelle violenze perpetrate della giunta militare birmana).

²⁵ Si tratta dei cd. *foreign-cubed cases*, secondo la fortunata espressione utilizzata per la prima volta dal giudice Scalia nella *majority opinion* di *Morrison v. National Australia Bank* (130 S.Ct. 2869, 2010).

²⁶ Breyer li raggruppa in quattro categorie: *legitimacy*, *capacity*, *interference* e *universality*. L'incontrollata espansione dell'ATS si è risolta, in particolare, in una arbitraria sovrapposizione con giurisdizioni di altri Stati sovrani, che non ha mancato di sollevare vivaci proteste da parte dei governi stranieri e, più in generale, accuse di imperialismo giuridico.

²⁷ Con *Sosa v. Alvarez-Machain*, 124 S.Ct. 2739, 2004 e *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* 133 S.Ct. 1659, 2013.

A tal proposito, e per quanto più interessa in questa sede, vanno sottolineati due dati. Il primo consiste nella tecnica con la quale la Corte ha delimitato l'ambito oggettivo dell'espressione «law of nations»: essa non va riferita al diritto internazionale in generale, né al più ristretto (ma comunque fumoso) nucleo del *ius cogens*, e nemmeno all'*international human rights law* nel suo complesso. L'approccio della Corte è stato piuttosto di limitare l'applicazione dell'ATS ai soli casi in cui il contenuto del diritto violato sia definito e accettato «among civilized nations»²⁸ in modo comparabile a quanto lo fossero, all'epoca della sua adozione, la pirateria o il commercio di schiavi²⁹.

Il secondo dato da sottolineare è la delimitazione dell'ambito di applicazione territoriale dell'ATS: inserendosi in un più generale filone giurisprudenziale che tende a restringere la portata extraterritoriale del diritto interno³⁰, la Corte Suprema ha affermato una presunzione contro la sua applicazione a condotte svoltesi al di fuori del territorio nazionale, presunzione che tuttavia può essere vinta nei casi in cui la controversia presenti un legame sufficientemente forte col territorio stesso³¹.

I due dati evidenziati permettono di comprendere il cuore dell'argomentazione di Breyer. Come ha agito la Corte? Essa, per assicurare una *effettiva ma allo stesso tempo ragionevole applicazione di una disposizione di diritto interno*, si è trovata costretta a: 1) rinviare all'attenta analisi delle fonti delle altre «civilized nations» in materia di diritti umani; 2) restringere in modo significativo, e in via interpretativa, la sua portata territoriale, per non entrare in conflitto con altri giudici nazionali e/o internazionali. Ancora una volta, quindi, ricorrono i due elementi dell'analisi di fonti esterne e del coordinamento tra autorità (giudiziarie).

Proprio a proposito del coordinamento, peraltro, il tema della *comity*³² rappresenta un altro *fil rouge* del lavoro di Breyer, che sembra accostarsi al dialogo tra corti in un'ottica tipicamente internazionalistica. Egli ricostruisce il dialogo tra corti come una prassi volontaria che, pur sfuggendo ad ogni schema di tipo verticale (o gerarchico, o prescrittivo), e a nozioni di supremazia comunque intese o declinate, riesce tuttavia a trovare la sua stella polare, e a farsi sistema, in alcune esigenze pratiche: dare soluzione a questioni concrete, rispettando allo stesso tempo la rispettiva

²⁸ Ovviamente, gli antecedenti immediati di tale richiamo si possono ritrovare nei casi *Atkins v. Virginia*, 122 S.Ct. 2242, 2002 (che ha dichiarato l'incostituzionalità della pena di morte per persone affette da disabilità mentale); *Lawrence v. Texas*, cit. (che, attraverso un *overruling* del precedente *Bowers v. Hardwick*, e invalidò le normative che criminalizzavano le relazioni omosessuali); e *Roper v. Simmons*, 125 S.Ct. 1183, 2005 (che ha dichiarato l'incostituzionalità della pena di morte per gli infradiciottenni). Tuttavia, va sottolineato che nel caso dell'ATS l'apertura al diritto straniero e internazionale è già in qualche modo dettata dal testo della legge che, come detto, fa esplicitamente riferimento al «law of nations».

²⁹ Cfr. *Sosa*, cit., 732, che a sua volta richiama i tre parametri dettati nel *leading case* della «riscoperta» dell'ATS (*Filartiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876, 881, 2nd Cir. 1980): la violazione del diritto internazionale, per dar luogo ad un pretesa fondata in base all'ATS, deve essere «specific, universal, and obligatory». Si tratta, come risulta evidente, di una soluzione di compromesso, che tiene conto anche dell'orientamento originalista sostenuto – nelle sue varie forme – da diversi membri della Corte.

Peraltro, vale la pena notare *en passant* che sostanzialmente la Corte ha imposto al giudice federale americano una verifica sugli ordinamenti stranieri simile a quella che, in ambito europeo, è condotta sugli ordinamenti degli Stati membri dalla Corte Edu sul «consenso europeo» riguardo alla portata di un determinato diritto (v. *ex plurimis A, B, e C c. Irlanda*, sent. 16 dicembre 2010) e, in misura minore, dalla Corte di giustizia UE sul «denominatore comune» e le «tradizionali costituzionali comuni». Si tratta, quindi, di comparazione vera e propria (*metodo comparativo*), e non di mero ricorso al diritto straniero, o di meri argomenti comparativi.

³⁰ Si tratta di una giurisprudenza che, nella sua versione moderna, risale a *Equal Employment Opportunity Comm. v. Arabian American Oil Co.*, 111 S.Ct. 1227, 1991 ('Aramco'): cfr. GROSSWALD CURRAN, *La jurisprudence récente de la Cour suprême des États-Unis sur l'extraterritorialité et d'autres questions d'importance internationale*, in *Recueil Dalloz*, 2014, 43, 2473.

³¹ Cfr. *Kiobel*, 1669: «and even where the claims touch and concern the territory of the United States, they must do so with sufficient force to displace the presumption against extraterritorial application».

³² Che, richiamando (a p. 107) *F. Hoffman-La Roche Ltd. v. Empagran, S.A.*, 124 S.Ct. 2359, 2004, viene definita come lo sforzo di «take account of the legitimate sovereign interests of other nations ... [by helping] potentially conflicting laws of different nations work together in harmony – a harmony particularly needed in today's highly interdependent commercial world».

sovranità e legittimazione delle autorità in conflitto³³. Si tratta di un approccio pragmatico, flessibile, ancora una volta da giurista di *common law*³⁴.

In altre parole, e tentando di andare più in profondità, nella ricostruzione di Breyer i conflitti tra ordinamenti (e, più in generale, tra regimi normativi transnazionali) sembrano essere risolti in una forma eterarchica esternalizzata. Detto altrimenti, invece che attraverso la ricostruzione di elementi normativi di altri regimi all'interno della propria costituzione (cd. soluzione eterarchica internalizzata, ad es. il modo in cui le fonti UE sono generalmente inquadrare nell'ordinamento costituzionale italiano), i conflitti vengono affrontati e risolti attraverso una cooperazione esterna. Si tratta di una modalità di risoluzione in cui gli attori rilevanti (nel nostro caso i giudici) in via di principio non sono costretti alla decisione, e nemmeno al "dialogo" in senso stretto³⁵, ma in cui tuttavia le possibilità di consenso finale, e quindi di funzionamento generale del sistema, sono di gran lunga maggiori³⁶.

Anche per questi motivi, e benché il lavoro di Breyer si configuri, come detto, come un *pamphlet* polemico e non aspiri a ricostruzioni comprensive, si può affermare che la sua visione si avvicini più agli schemi teorici del *global administrative law* (GAL)³⁷ che a quelli, più impegnativi sul piano dogmatico e (forse) più problematici sul piano della legittimazione, del costituzionalismo cosmopolitico³⁸. È un approccio, in definitiva, che non mira necessariamente a costruire il mondo

³³ Per questo tipo di approccio, anche nell'ambito dei rapporti tra Corte di giustizia UE e corti costituzionali nazionali, v. ad es. F. FONTANELLI, G. MARTINICO, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del «dialogo nascosto» fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multilivello*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2008, 2, 351. Una ricostruzione del dialogo tra corti come mediazione tra "conflitti di autorità" in ambito europeo si può trovare in DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Cedam, Padova 2013, 365 ss.

³⁴ Cfr. in generale P.S. BERMAN, *Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, 141 ss.

³⁵ In questo senso cfr. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo*, cit., che sottolinea come «in carenza di puntuali regole di quadro, essendo esclusa una configurazione di tipo monistico, ogni livello di giurisdizione tende ad affermarsi senza [...] essere certo di trovare corrispondenza nel livello concorrente».

Lo stesso A., come noto, tende a restringere la qualifica di "dialogo" ai soli rapporti (ad es. quelli tra corti nazionali e Corte di giustizia UE) che si svolgono «in seno a un ordinamento di un'organizzazione sopranazionale [...] in cui sono presenti, accanto alle corti statali, corti previste da un trattato, cui vengono devolute più o meno incisive competenze di intervento, i rapporti tra giurisprudenze sono necessitati ed è inevitabile chiarire gli spazi reciproci di intervento»; in altri casi, e in particolare nei rapporti orizzontali tra corti statali, al di là dell'influenza reciproca, non sarebbe possibile parlare di dialogo in senso stretto, in quanto «il ricorso più o meno esteso al diritto altrui e alla comparazione è del tutto facoltativo e non vincolante, sicché viene praticato solo se considerato utile al fine di dare il proprio giudizio».

A tal proposito Breyer sembra porsi in un'ottica almeno parzialmente differente. Con la compenetrazione sempre più stretta e la sovrapposizione di regimi regolativi, infatti, distinzioni troppo nette tra ambiti interordinamentali e ambiti intraordinamentali sembrano oggi forzate: come dimostrato dagli esempi in materia di legislazione *antitrust* o diritti umani, anche a livello orizzontale, cioè tra corti statali pariordinate, vi è ormai la ineludibile necessità di definire la reciproche sfere di competenza, e ciò a prescindere dal fatto che sia una norma giuridica (una «regola di quadro») a imporre tale collaborazione.

³⁶ Cfr., anche a livello terminologico, G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, tr. it. Bruno Mondadori, Milano 2012, 175 ss. V. anche N. WALKER, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *Modern Law Review*, 2002, 65, 317; J.L. DUNOFF, *A New Approach to Regime Interaction*, in M.A. YOUNG (ed.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011 136-174.

³⁷ Oltre al già richiamato S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, cit., v. *ex multis* B. KINGSBURY, N. KRISCH, R.B. STEWART, J. WEINER, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 2005, 68, 15; S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari 2006. Per un approccio critico verso il GAL v. A. SOMEK, *Administration without Sovereignty*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford 2010, 267-287.

³⁸ V. in generale Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Giuffrè, Milano 2007; M. KUMM, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2013, 20, 605; B. DE SOUSA SANTOS, C.A. RODRIGUEZ-GARAVITO (eds.), *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge University Press, Cambridge 2005. Per una approfondita ricostruzione dell'attuale dibattito sulla varie forme di "costituzionalizzazione del diritto

del domani³⁹, ma si propone il più modesto obiettivo di far funzionare in modo accettabile sistemi regolativi sempre più decentrati e tuttavia interdipendenti.

3. Tra pragmatismo e idealismo: il giudice come argine alle «nuove pesti»

Due ultime considerazioni. La prima riguarda il reperimento delle fonti straniere: Breyer sottolinea a più riprese come non sia possibile avere una diretta e approfondita conoscenza dei sistemi giuridici stranieri. A tal proposito, il giudice che opera nel contesto della globalizzazione, lungi dall'essere quella sorta di Ercole onnisciente teorizzato da Dworkin⁴⁰, è un giudice che sa di doversi fare umile e, proprio per questo, è disposto a rivolgersi a soggetti esterni particolarmente qualificati, che gli permettono di accedere ai dati di cui ha bisogno.

Si tratta, ancora una volta, di una questione eminentemente pratica: il giudice interno non conosce (e non può conoscere) realmente il diritto straniero, ma lascia che esso si faccia strada, si manifesti nello spazio del processo, in particolare attraverso il sistema degli *amicus brief*, così da poter "ascoltare le voci" di parti coinvolte, governi stranieri, autorità amministrative, organizzazioni per la tutela dei diritti fondamentali. Tutti questi soggetti portano con sé un prezioso bagaglio giuridico (ma non solo), che arricchisce la visione complessiva del giudice, e gli permette di definire il "fatto" rilevante, applicare il proprio diritto in modo consapevole, e comprendere eventuali equivalenze funzionali tra ordinamenti differenti⁴¹.

La seconda considerazione riguarda un'ulteriore funzione assolta dal ricorso al diritto straniero. Infatti, nonostante tale prassi nasca essenzialmente da esigenze pratiche, Breyer sottolinea continuamente (in particolare a p. 283) come dialogo tra corti e riferimenti a giurisprudenze straniere costituiscano anche un mezzo per preservare il prestigio e, se si vuole, la *soft power* di un determinato ordinamento. In altre parole, essi sono allo stesso tempo strumenti di pacifica collaborazione internazionale e condizione di sopravvivenza del modello costituzionale statunitense, come esempio da imitare, soprattutto da parte delle democrazie più giovani.

Il giudice di Breyer, in questo senso, deve essere particolarmente consapevole del proprio ruolo di «giudice ambasciatore»⁴²: con le sue sentenze egli non si rivolge soltanto alle parti in causa, o al proprio ordinamento, ma a tutto il mondo (non solo giuridico). È anche per questo motivo che un giudice che non "dialoga", nell'epoca della globalizzazione, è destinato a diventare irrilevante, trascinando con sé anche il modello giuridico di cui si fa rappresentante.

In questo modo, dunque, Breyer chiude il cerchio e, innalzando il tono generale dell'opera, libera finalmente quell'afflato cosmopolitico tenuto represso per gran parte del libro. Da necessità di carattere eminentemente pratico, e pur con tutti i problemi e le contraddizioni che esso pone, il ricorso al diritto straniero si trasforma in strumento essenziale della pacifica convivenza tra

internazionale", v. R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista AIC*, 2014, 4, 1, disponibile in www.rivistaaic.it.

³⁹ Per un approccio spiccatamente *liberal* al ricorso al diritto straniero, v. V. JACKSON, *Progressive Constitutionalism and Transnational Legal Discourse*, in J.M. BALKIN, R.B. SIEGEL (eds.), *The Constitution in 2020*, cit., 285-295.

⁴⁰ Cfr. R. DWORKIN, *La giustizia in toga*, tr. it. Laterza, Roma-Bari 2006, 60 ss.

⁴¹ Ad es., nella parte finale del volume (254 ss.) l'A. evidenzia come il sindacato di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE assolve la stessa funzione svolta dai vari gradi (*strict*, *intermediate*, ecc.) di *scrutiny* nella giurisprudenza della Corte Suprema. Sui «meccanismi equifunzionali» v. in particolare H.M. PAWLOWSKI, *Introduzione alla metodologia giuridica*, tr. it. Giuffrè, Milano 1993, 194 ss.; e K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, Principi fondamentali, tr. it. Giuffrè, Milano 1992, 37.

⁴² Secondo la felice espressione utilizzata in J. ALLARD, A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation*, cit., 41, i quali sono peraltro attenti a far emergere, sgombrando il campo da visioni troppo facilmente ireniche, la dinamica di lotta di influenze sottesa al dialogo tra corti. Cfr. anche A.-M. SLAUGHTER, *A New World Order*, cit., 36 ss.; e, in senso critico nei confronti di troppo ottimistiche visioni del cd. costituzionalismo multilivello, M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1643, in particolare 1660-1667.

popoli⁴³, del rispetto del principio del *rule of law* e, in definitiva, argine alle derive autoritarie, alle nuove “pesti” che l’A. – richiamando Camus – ricorda essere ancora e sempre in agguato nelle società occidentali contemporanee⁴⁴.

Più chiaramente, si può finalmente tentare di rispondere alla domanda che aleggia su tutto il libro: *da cosa deriva, in definitiva, la “necessità” del dialogo e dell’apertura?* Certo, delimitare sfere di competenza e di potere negli spazi giuridici globali, così come coordinare autorità nazionali e internazionali per l’efficace applicazione del diritto, sono la prima e più immediata esigenza, come si è visto. Ad un secondo livello, ancora, si tratta di conservare l’*appeal* di un determinato modello giuridico e, in modo disincantato, esercitare forme di *soft power*.

Ma la risposta più profonda risiede altrove. Si tratta di fare in modo che le voci di mondi “altri”, giuridici ma non solo, arrivino ad una determinata comunità, in modo che questa non si chiuda al mondo e diventi autoreferenziale. La pretesa di non raccogliere e di non confrontarsi con gli stimoli derivanti da altri ordinamenti e tradizioni non è soltanto dannosa, ma può risultare fatale per uno Stato costituzionale, che oggi più che mai deve riuscire a fondarsi sull’inclusione e sul pluralismo. È nel confronto con l’“altro da sé” che si costruisce, e-volve ed eventualmente re-esiste un’identità, soprattutto quella di uno Stato di democrazia pluralista⁴⁵. È proprio l’asfittica autoreferenzialità, allora, la presunzione di sempre bastare a se stessi, il più grande pericolo (la “peste” cui fa riferimento Breyer) cui può andare incontro una democrazia, perché la espone a involuzioni autoritarie.

In questo senso, e per concludere, si può riassumere il significato (non detto, ma) più vero dell’opera ricordando, anche noi con Camus, che «la stupidaggine insiste sempre, ce se n’accorgerebbe se non si pensasse sempre a se stessi».

⁴³ Ciò resta valido, e forse è confermato, anche se si guarda alle pratiche del cd. dialogo in una prospettiva particolarmente disincantata, ovvero come mere «*actiones finium regundorum*, o [...] atti interruttivi dell’usucapione» (come fa R. BIN, *L’interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 2015, 1, 13, disponibile in www.rivistaaic.it).

⁴⁴ In questo senso, Breyer si inserisce pienamente nella corrente inaugurata da Anne-Marie Slaughter: cfr. A.-M. SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, 2003, 44, 1, 191.

A tal proposito, vale la pena riportare per intero il passo che chiude l’opera di Breyer (p. 284): «Our perseverance is not merely a matter of an inexhaustible hope but reflects the vulnerability of what we create. At the end of his book *The Plague*, the French writer Albert Camus offers a parable of the Nazi occupation of France. “[T]he germ of the plague,” he writes, “never dies nor does it ever disappear. It waits patiently in our bedrooms, our cellars, our suitcases, our handkerchiefs, our file cabinets. And one day, perhaps, to the misfortune or for the education of men, the plague germ will reemerge, reawaken its rats, and send them forth to die in a once happy city”. The rule of law is but one defense against the plague germ, but it requires constant use to prevent the arrival of that unhappy day Camus describes. It is vital to our struggle to build a humane, democratic, and just society. I have written this book in order to show how the interdependence of today’s world, as it has become manifest in our Court’s docket, poses considerable challenges for our judiciary. It is above all the need to maintain a rule of law that should spur us on, jurists and citizens, at home and abroad, to understand these challenges and to work at meeting them together».

⁴⁵ V. J. DERRIDA, *Oggi l’Europa. L’altro capo*, tr. it. Garzanti, Milano 1991.