Giustizia costituzionale e comparazione. Nuove tendenze e dinamiche negli ordinamenti di democrazia stabilizzata

di Francesco Duranti

Abstract: *Constitutional justice and comparison. New trends and dynamics in constitutional systems of stable democracy* - The use of comparative argument and the citation of foreign judicial precedents by the Courts are widespread elements in contemporary constitutional jurisdictions, albeit with varying degrees of intensity with respect to the effective practice in place by different Courts. This phenomenon of cooperative confrontation between the Courts seems now to characterize more intensely also the experience of the Italian Constitutional court, which in the past has been reluctant to use the comparative argument in its rulings, to the point that the citation (even explicit) of judicial precedents of other Courts has been employed to resolve hard cases, also from the ethical and institutional point of view. The recourse to comparative and foreign law by the Italian Court has also recently been employed to promote a more intense form of dialogue with Parliament, along the lines of what happened in common law systems, which are more inclined to use comparative arguments than the rest of the world. Comparative constitutional law is revealed thus, also from this point of view, to be an essential instrument for solving complex institutional issues.

823

Keywords: Common law constitutionalism; Comparative constitutional justice; Constitutional courts and comparative law; Italian constitutional court.

1. Premessa

Ragionare oggi di comparazione costituzionale¹ implica anche interrogarsi sulla principale funzione pratica svolta dalla comparazione, ovvero quella di costituire un sicuro ausilio sia al legislatore (ordinario e costituzionale), quando procede all'approvazione di rilevanti riforme normative, che al giudice, chiamato a dirimere, in sede interpretativa, complessi e delicati nodi in tema di applicazione delle disposizioni al caso concreto sottoposto dalle parti².

¹ Di grande interesse, sul punto, le stimolanti riflessioni proposte da L. Pegoraro, *Il diritto pubblico comparato in cerca di una identità*; G.F. Ferrari, *La comparazione tra necessità teoriche e limitazioni pratiche*; R. Scarciglia, *Su alcune questioni aperte nel diritto (pubblico) comparato*; R. Toniatti, *Per una concezione aperta, plurale ed eterodossa del metodo comparato nel diritto costituzionale*; D. Amirante, *“Una specie che si crede un genere”: il diritto pubblico comparato e i sedimenti della post-modernità*; saggi tutti pubblicati in *DPCE Online*, 1, 2020, 821 ss.

² Sulle funzioni pratiche della comparazione, cfr., tra gli altri, G. Morbidelli, M. Volpi, G. Cerrina Feroni, *Diritto costituzionale comparato*, Torino, II ed., 2024, 3 ss.; L.

Nell'ambito della funzione normativa, rientra, come noto, la comparazione al fine di predisporre testi costituzionali e legislativi destinati a regolare e conformare in senso innovativo un determinato ordinamento.

In quella giurisdizionale, la comparazione è di particolare utilità per la soluzione di specifici casi contenziosi all'attenzione delle Corti³.

È ampiamente noto che nella preparazione dei testi costituzionali si è spesso fatto riferimento in modo più o meno esplicito alla comparazione, così come è altrettanto noto che «non si legifera senza prima comparare»⁴.

La comparazione ad opera dei giudici costituzionali è, invece, fenomeno più recente.

2. La comparazione nelle Corti costituzionali

È considerazione ormai condivisa quella secondo cui «the use of foreign and comparative-law arguments in constitutional decisions has increased at a steady rate in the last few decades»⁵.

Il metodo comparativo⁶, infatti, «forms part of the interpretative procedures employed by constitutional institutions for systematic interpretation by courts, in particular constitutional courts»⁷.

La comparazione impiegata dalle giurisdizioni costituzionali ha, infatti, tra le varie altre, principalmente la funzione di consentire una «migliore conoscenza del diritto nazionale da applicarsi al caso concreto mediante un raffronto critico con altri diritti»⁸.

Un potente fattore di stimolo alla ampia disseminazione delle idee costituzionali è, negli ultimi anni, senz'altro rappresentato dalla rapida proliferazione delle fonti (le Carte) e delle sedi (le Corti) di tutela internazionale e sovranazionale dei diritti, che svolgono una quotidiana opera di protezione dei diritti fondamentali e che, per tale via, influenzano profondamente anche l'attività delle Corti costituzionali chiamate a dare applicazione, in sede nazionale, ad analoghe attività di tutela, così favorendo ampie circolazioni interpretative di norme ed istituti che tendono spesso a

Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, II ed., 2024, 21 ss.; G. Bognetti, *L'oggetto e il metodo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, III ed., Roma-Bari, 2014, 16 ss.

³ R. Hirschl, *Judicial Review and the Politics of Comparative Citations: Theory, Evidence and Methodological Challenges*, in E.F. Delaney, R. Dixon (Eds.), *Comparative Judicial Review*, Northampton, 2018, 403 ss.

⁴ T.E. Frosini, *Il metodo*, in Id. (cur.), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, II ed., Bologna, 2022, 27.

⁵ M. Nicolini, S. Bagni, *Comparative Constitutional Justice*, The Hague, 2021, 222.

⁶ Sulla comparazione giuridica come un quinto metodo di interpretazione (oltre ai quattro metodi classici descritti da F.C. von Savigny nel 1840), cfr., in particolare, P. Häberle, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, 2003, 112 ss.

⁷ G. de Vergottini, *Constitutional Law and The Comparative Method*, in J. Cremades, C. Hermida (Eds.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Berlin, 2021, 25.

⁸ G. de Vergottini, *Comparazione e diritto costituzionale*, in *Nomos*, 2, 2018, 17.

convergere al fine di garantire efficaci meccanismi di protezione dei diritti fondamentali⁹.

In particolare, la questione relativa all'uso di argomenti comparatistici da parte del giudice costituzionale è attualmente oggetto di notevole interesse in numerosi ordinamenti costituzionali in varie parti del globo¹⁰.

Ciò in quanto la circolazione delle idee e delle soluzioni giuridiche si realizza principalmente per via giurisprudenziale, ad opera – soprattutto – delle Corti costituzionali e delle Corti supreme che svolgono funzioni di *judicial review of legislation*.

Il ricorso all'argomento comparativo e la citazione di precedenti giudiziari esterni da parte delle Corti costituiscono elementi largamente diffusi nelle giurisdizioni costituzionali contemporanee, sebbene con differenti gradi di intensità rispetto all'effettiva pratica in atto da parte delle diverse Corti.

Ciò che sembra emergere con evidenza è, in ogni caso, una linea di tendenza in atto, che si delinea attraverso processi di comunicazione tra esperienze costituzionali diverse, veicolate principalmente proprio ad opera della giurisprudenza costituzionale, la quale contribuisce – anche grazie al ricorso all'impiego dell'argomento comparativo – alla progressiva formazione di un patrimonio costituzionale comune¹¹.

La comparazione realizzata dai giudici costituzionali è, al proposito, di grande rilievo, perché – a differenza di quella praticata dal legislatore – scende in profondità, in quanto diviene un elemento costitutivo dell'interpretazione costituzionale, con effetti di sistema anche in relazione alla stessa configurazione complessiva dell'ordinamento.

Da questo punto di vista, la comparazione impiegata dal giudice costituzionale attinge, invero, «il livello più profondo dell'interpretazione, nel senso che essa dilata le opzioni argomentative del giudice ed amplia il raggio delle esperienze che egli prende in considerazione di fronte ad alternative di decisione»¹².

La comparazione impiegata, con finalità pratiche, dalle giurisprudenze costituzionali in numerosi ordinamenti del mondo consente, infatti, di ampliare l'orizzonte interpretativo e di favorire la dialettica ed il confronto, aperto e plurale, tra le idee in tema di interpretazione costituzionale¹³.

Nel moltiplicarsi ed approfondirsi dei canali e degli strumenti di dialogo tra le Corti è emerso, in tempi recenti, che questo incessante interscambio di esperienze genera anche controversie interpretative in

⁹ Su tali ampie dinamiche, vid. di recente G.F. Ferrari, *Tendenze verso il costituzionalismo transnazionale*, in G.F. Ferrari (cur.), *Atlante di Diritto pubblico comparato*, II ed., Milano, 2023, 583 ss.

¹⁰ Cfr., in particolare, l'ampio volume di G.F. Ferrari (cur.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden-Boston, 2019.

¹¹ Vid. soprattutto, in argomento, il recente contributo di A. Di Martino, *Comparare le identità costituzionali: circolazione degli argomenti giuridici e contesti storico-politici*, in M. Graziadei, A. Somma (cur.), *Esperienze giuridiche in dialogo. Il ruolo della comparazione*, Roma, 2024, 193 ss.

¹² Così P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 297.

¹³ G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, 119 ss.

relazione all'utilizzazione e alla citazione da parte delle Corti di materiali normativi e giurisprudenziali provenienti da altri ordinamenti¹⁴.

In particolare, si confrontano – a questo proposito – due principali filoni interpretativi circa il ruolo della comparazione nella giurisprudenza costituzionale¹⁵.

Da un lato, vi è la tesi – definita “isolazionista” – di chi rigetta in radice l'uso di argomenti comparatistici da parte delle Corti costituzionali, sulla base della considerazione in virtù della quale esse debbono occuparsi esclusivamente della interpretazione del testo originario della costituzione nazionale, impiegando soltanto materiali provenienti dal proprio ordinamento¹⁶.

Dall'altro, una più ricca linea interpretativa – definita, per contrapposizione alla precedente, “universalistica” – la quale ritiene, soprattutto per assicurare un più efficace livello di protezione ai diritti fondamentali, particolarmente produttiva l'interazione giurisprudenziale tra le varie Corti costituzionali e supreme, con precipue finalità di diritto interno, dal momento che la circolazione delle giurisprudenze non compromette mai l'identità della propria, ma la arricchisce di contributi conoscitivi e interpretativi su questioni che possono presentare evidenti profili di analogia¹⁷.

In ogni caso, la linea di tendenza emergente è al momento «the growing prevalence and acceptance of judges engaging with their foreign counterparts and case law to improve their understanding of the legal issue at stake»¹⁸.

3. La comparazione nella giurisprudenza costituzionale italiana

Lo stimolante confronto aperto con «altre giurisdizioni costituzionali affini a quella italiana per tradizioni e premesse culturali»¹⁹ – come si legge nella recente sentenza n. 110 del 2023 – sembra ora caratterizzare con maggiore

¹⁴ Come rilevano numerosi contributi nel volume M. Andenas, D. Fairgrieve (Eds.), *Courts and Comparative Law*, Oxford, 2015.

¹⁵ T. Groppi, M.C. Ponthoreau, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, 2013; C. Saunders, *Judicial Engagement with Comparative Law*, in T. Ginsburg, R. Dixon (Eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, 2011, 574 ss.

¹⁶ Il più celebre esponente di questa impostazione teorica è stato *justice* Scalia, secondo il quale «to invoke alien law when it agrees with one's own thinking, and ignore it otherwise, is not reasoned decision making, but sophistry»: *Roper v. Simmons* 543 U.S. 573 (2005). Sull'ampio dibattito in seno alla Corte Suprema USA in merito al ricorso al diritto comparato, cfr., in particolare, G.F. Ferrari, *Legal Comparison Within the Case Law of the Supreme Court of the United States of America*, in G.F. Ferrari (Ed.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, cit., 94 ss.

¹⁷ Sulle varie tipologie relative all'uso della comparazione da parte delle Corti, vid. anche G. Halmai, *The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (Ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 1328 ss.

¹⁸ M. De Visser, *Procedural rules and the cultivation of well-informed and responsive constitutional judiciaries*, in V. Barsotti, P.G. Carozza, M. Cartabia, A. Simoncini (Eds.), *Dialogues on Italian Constitutional Justice. A Comparative Perspective*, Abingdon, 2020, 86.

¹⁹ Corte cost., sent. n. 110 del 5 giugno 2023, punto 4.3.5 del *Considerato in diritto*.

intensità anche il percorso giurisprudenziale della nostra Corte costituzionale, in passato decisamente poco incline a sperimentare questa pratica²⁰.

Ed infatti ampi riferimenti di diritto comparato compaiono – nel 2023 – nella sentenza n. 14 in tema di obblighi vaccinali; nella sentenza n. 110 in tema di disposizioni normative dal significato oscuro; nella sentenza n. 159 in tema di risarcimento di danni bellici e nella sentenza n. 161 in materia di procreazione medicalmente assistita²¹.

Il ricorso all'argomento comparativo appare particolarmente significativo, sia in relazione a questioni involgenti delicati rapporti istituzionali con altri poteri dello Stato (sent. n. 1/2014; sent. n. 120/2014), che in tema di complessi bilanciamenti sui diritti fondamentali (ord. n. 207/2018; sent. n. 141/2019)²².

Questo fenomeno è ancor più rilevante se lo si pone in relazione allo scarto incontestabilmente sussistente tra il dato puramente numerico – i pochi casi nei quali la Corte impiega esplicitamente il diritto comparato – ed il profilo sostanziale, ovvero tutte quelle recenti pronunce nelle quali il ricorso all'argomento comparativo e la citazione di precedenti giudiziari stranieri rivestono una posizione significativa nella decisione adottata dalla Corte²³.

Come rilevato da accurate analisi relative all'impiego del diritto comparato da parte della Corte costituzionale negli ultimi due decenni, la tendenza al rafforzamento dell'argomento comparatistico si apprezza in maniera ancor più evidente prendendo in considerazione le decisioni individuate come quelle recanti i riferimenti più pregnanti, i riferimenti, cioè, in cui «può effettivamente parlarsi di un utilizzo del diritto comparato nell'ambito dell'argomentazione della Corte»²⁴.

²⁰ «Whereas in recent years the Italian Constitutional Court has only occasionally referred openly to the case law of other constitutional tribunals, the influence of the latter is much deeper than is apparent on the surface. In sum, Italian constitutional justice incrementally entered into an active relationship with European, international, and comparative law»: V. Barsotti, P.G. Carozza, M. Cartabia, A. Simoncini, *Introduction: Dialogue as a Method*, in *Dialogues on Italian Constitutional Justice. A Comparative Perspective*, cit., 7-8.

²¹ Sottolinea tale nuovo approccio della Corte anche il Presidente Barbera nella sua relazione annuale 2024, allorché ricorda che «le sfide della contemporaneità per le democrazie liberali sono largamente omogenee; e sarebbe miope volerle affrontare in solitudine, senza soffermarsi su quanto si è deciso altrove, nella certezza, corroborata dalla prassi, che a loro volta le ragioni di questa Corte potranno essere tenute in conto» (Roma, Palazzo della Consulta, 18 marzo 2024, www.cortecostituzionale.it/annuario2023/pdf/Relazione_annuale_2023.pdf).

²² Cfr. anche, in argomento, D. De Lungo, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato*, in *Federalismi.it*, 17, 2019.

²³ Per una aggiornata ricostruzione, corredata da una attenta analisi statistico-quantitativa del periodo 2000-2021, cfr. P. Passaglia, *L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana. Alcuni spunti di riflessione a partire dalla giurisprudenza del periodo 2000-2021*, in *DPCE*, 2, 2022, 191-246.

²⁴ Così P. Passaglia, *Corte costituzionale e comparazione giuridica: una analisi (molto) sineddotica, una conclusione (quasi) sinestesica*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, in P. Perlingieri, S. Giova, (cur.) *Atti del XII Convegno nazionale SISDIC*, Napoli, 2018, 73.

Anzi, nelle decisioni più difficili e controverse di questi ultimi anni²⁵, che – ad avviso di alcuni – hanno segnato una ennesima svolta nella giustizia costituzionale italiana, la citazione di precedenti giudiziari di altre Corti è stato, appunto, sovente esplicito e articolato.

In effetti, non può non rilevarsi come in tutti i più recenti, complessi, casi decisi dalla Corte, classificabili quali prodotti nuovi di una giurisprudenza che va evolvendo tanto sul piano processuale che sostanziale e che tende ad arricchire i contenuti della propria funzione, l'utilizzo della giurisprudenza costituzionale straniera ha avuto un peso tutt'altro che marginale nel percorso argomentativo che ha guidato la Corte verso l'adozione delle sue più innovative pronunce di questi ultimi anni.

Il ricorso all'argomento comparativo a suffragio della soluzione adottata dalla Corte è stato, infatti, ampiamente impiegato sia in tema di forma di governo (sentt. n. 1/2014, n. 120/2014 e n. 35/2017), che in relazione alle innovative scelte – introdotte dalla Corte stessa – in ordine alla decisione di attribuirsi il potere di modulare nel tempo gli effetti della pronuncia di incostituzionalità (sent. n. 10/2015), o di differire la pronuncia in attesa di un intervento del Parlamento, facendo leva «sui propri poteri di gestione del processo costituzionale» (ord. n. 207/2018).

È, dunque, incontestabile che in tutte le più recenti – complesse e controverse – decisioni la Corte ha deciso di fare ricorso al diritto comparato a supporto della innovativa scelta che ha poi effettivamente adottato nelle sue pronunce²⁶.

Il più frequente ricorso all'argomentazione comparativa da parte della Corte, sembra, perciò, confermare alcune linee di tendenza emergenti da altre esperienze che manifestano analoga apertura attraverso il confronto con numerose giurisprudenze costituzionali: 1) la comparazione è spesso impiegata in relazione alla risoluzione di complessi casi istituzionali, laddove la controversia può più facilmente trovare argomentazioni costituzionali di riferimento in contesti comparabili; 2) per evidenti ragioni, l'analogia funzionale comparativa è di frequente impiegata al fine di risolvere questioni interpretative in tema di diritti fondamentali; 3) la citazione di precedenti giurisprudenziali appare, poi, ricorrente in casi davvero intricati e complessi, con maggiore livello di implicazioni di natura etica, politica o sociale; 4) il ricorso al metodo comparativo è impiegato per rendere più autorevole la decisione, soprattutto nel caso in cui questa modifichi precedenti consolidati orientamenti giurisprudenziali; 5) il ricorso al diritto comparato contribuisce, in definitiva, a rafforzare la legittimazione complessiva dell'organo di giustizia costituzionale, in modo particolare nei casi più conflittuali che possono esporre la Corte a maggiori contestazioni e/o polemiche, anche di natura politica.

²⁵ Per un'analisi critica delle più controverse decisioni della Corte degli ultimi dieci anni, cfr., in particolare, A. Morrone, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12, 2021, 170 ss.

²⁶ Sulla scelta della Corte di dotarsi anche di un'apposita struttura organizzativa deputata alla ricerca comparatistica, vid. P. Passaglia, *La comparazione come servizio e la comparazione come rete: gli strumenti a disposizione della Corte costituzionale per l'utilizzo del diritto comparato*, in M. Graziadei, A. Somma (cur.), *Esperienze giuridiche in dialogo. Il ruolo della comparazione*, Roma, 2024, 269 ss.

Altra recente linea di tendenza della giurisprudenza costituzionale italiana è, poi, legata al nuovo approccio dialogico che la Corte costituzionale pare, ora, voler sperimentare con il Parlamento²⁷ – in una prospettiva definita espressamente di «leale e dialettica collaborazione istituzionale» (ord. n. 207/2018) – attraverso ripetuti moniti al legislatore (in numero crescente nel corso degli ultimi anni²⁸) o attraverso la nuova, controversa, tecnica decisoria inaugurata con la già richiamata ord. n. 207/2018²⁹.

4. Comparazione costituzionale e ordinamenti di matrice anglosassone

In ottica comparativa, analogo approccio dialogico è da tempo sperimentato negli ordinamenti di matrice anglosassone³⁰.

Negli ordinamenti di Australia, Canada, Nuova Zelanda e Regno Unito è infatti realizzato da tempo un originale modello di giustizia costituzionale³¹, che si fonda principalmente sull'approccio dialogico tra Corte e Parlamento, mostrando una serie di interessanti caratteristiche istituzionali che si segnalano a livello comparativo: a) tende ad attivare una nuova dinamica tra Corti e Parlamento in materia di diritti fondamentali; b) mira a realizzare un maggiore equilibrio complessivo nel rapporto tra poteri dello Stato; c) prova a ridurre i casi di contrasti interpretativi in ordine ai diritti fondamentali.

In tali ordinamenti costituzionali si assiste, infatti, ad un intenso fermento di sperimentazioni costituzionali, che sta gradualmente edificando un nuovo modello di costituzionalismo, differente da quello statunitense e da quello europeo continentale, soprattutto per ciò che concerne le relazioni

²⁷ Ne danno ampiamente conto i numerosi dossier curati negli ultimi anni dal Servizio studi della Corte: cfr., ad es., *Il dialogo con il legislatore: auspici, richiami e moniti nella giurisprudenza costituzionale dell'anno 2023*, STU 336 (marzo 2024) www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_336_il_dialogo_con_il_legislatore_nel_2023_20240318141105.pdf.

²⁸ Come conferma il Presidente della Corte G. Amato, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2021*, Palazzo della Consulta, 7 aprile 2022 (in www.cortecostituzionale.it), «il dialogo tra Corte e legislatore è un aspetto della giurisprudenza costituzionale che costituisce ormai da tempo un punto fermo della Relazione annuale, con un dato dei moniti in costante crescita, ben 29 nel 2021, contro i 25 del 2020, i 20 del 2019 e i 10 del 2018».

²⁹ Di “dialogue as a method” e di “dialogical approach” parlano ora – a proposito dell'esperienza italiana di giustizia costituzionale e dello stile interpretativo della nostra Corte – anche V. Barsotti, P.G. Carozza, M. Cartabia, A. Simoncini, *Introduction: Dialogue as a Method*, cit., 18, ad avviso dei quali «a particularly noteworthy recent example of a dialogical relation with the Parliament is Order n. 207 of 2018 on assisted suicide».

³⁰ In argomento cfr., da ultimo, T. Groppi, *New and old challenges to the legitimacy of constitutional adjudication*, in *DPCE Online*, 2, 2023, 228 ss.; R. Masterman, *The United Kingdom's Human Rights Act as a Catalyst of Constitutional Migration: Patterns and Limitations of Rights Importation by Design*, in 19(1) *Eu. Const. L. Rev.* 88 (2023); B.E. Yosef, *A double-edged sword: Constitutional dialogue confined*, in 20(5) *Int'l J. Const. Law* 1820 (2022).

³¹ Sulle caratteristiche distintive dell'originale modello di giustizia costituzionale di questi ordinamenti in prospettiva comparativa, cfr. soprattutto S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge, 2013.

costituzionali tra il legislativo ed il giudiziario, con la conseguenza di influenzare profondamente, anche in questa materia, l'assetto istituzionale della ex madrepatria³².

La circolazione dei modelli tra gli ordinamenti di matrice anglosassone si è sviluppata più intensamente a partire dalla fine del secolo scorso, allorché, con l'introduzione della Carta dei diritti e delle libertà nella nuova Costituzione canadese del 1982, prende ad evidenziarsi un intenso fenomeno di *constitutional migration*³³ che produce il risultato di introdurre negli ordinamenti giuridici di Nuova Zelanda, Regno Unito (e, a livello solo locale, in Australia), nuovi *Bills of Rights*, con i quali si sperimentano forme di tutela più efficace dei diritti fondamentali.

La sola esperienza canadese sembra, a prima vista, differenziarsi nettamente da quelle sin qui esaminate, atteso che: a) i diritti fondamentali – che possono, come noto, subire le uniche limitazioni compatibili con una società libera e democratica (*section 1* della *Canadian Charter of Rights and Freedom*) – hanno lo status giuridico formale di norme costituzionali, risultando inclusi nella medesima Carta dei diritti allegata alla Costituzione; b) i medesimi diritti non possono, di conseguenza, essere modificati da norme di legge ordinaria, ma solo attraverso una revisione costituzionale adottata secondo lo speciale procedimento aggravato previsto dalla Costituzione; c) le Corti hanno la piena facoltà di sindacare le norme incompatibili con i diritti, dichiarandone l'incostituzionalità e provvedendo alla loro conseguente disapplicazione (*section 52* della Carta).

Tuttavia, al fine di operare un contemperamento tra quanti propugnavano il mantenimento inalterato del tradizionale principio britannico di supremazia parlamentare e quanti, invece, ritenevano preferibile l'adozione integrale del modello nordamericano, nella Carta è stata inserita una singolare disposizione – la *section 33*, meglio nota come *notwithstanding clause* – la quale prevede che i diritti fondamentali possano subire una limitazione, della durata temporale massima di cinque anni (ulteriormente prorogabile per un altro quinquennio), a condizione che il Parlamento federale (od uno provinciale) dichiarino espressamente, in una legge ordinaria, l'intenzione di voler procedere in tal senso facendo applicazione della *sect. 33*, specificando quale deroga ai diritti fondamentali intendono disporre³⁴.

Si tratta, dunque, di un *legislative override* che consente al Parlamento di limitare i diritti fondamentali, con una legge approvata a maggioranza semplice senza ricorrere al gravoso procedimento di revisione costituzionale, impedendo, nel contempo, alle Corti di dichiarare l'incostituzionalità delle norme che dispongono le deroga temporanea a tali diritti.

³² Per una più ampia analisi, sia consentito il rinvio a F. Duranti, *Ordinamenti costituzionali di matrice anglosassone. Circolazione dei modelli costituzionali e comparazione tra le esperienze di Australia, Canada, Nuova Zelanda e Regno Unito*, Roma, 2012.

³³ Per impiegare la felice espressione coniata da S. Choudry, *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2006.

³⁴ Sull'applicazione in giudizio della *sect. 33*, vid. il *leading case* della Corte Suprema canadese in *Ford v. Quebec (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R., il cui *reasoning* contiene, inoltre, numerosi riferimenti a precedenti giudiziari americani ed europei.

La *notwithstanding clause* attiva, in questa maniera, un complesso circuito istituzionale in materia di diritti fondamentali, la cui protezione è, innanzitutto, affidata alle Corti, le quali dispongono, al proposito, del sindacato diffuso di costituzionalità che consente loro di disapplicare le norme di legge con essi contrastanti, ma è anche rimessa al legislatore – sia federale che provinciale – cui è attribuito il *legislative override*, attraverso il quale i diritti protetti dalla Carta possono trovare una temporanea limitazione per motivazioni ritenute politicamente preminenti, con il risultato di produrre un più equilibrato bilanciamento tra poteri del Parlamento e quelli delle Corti, attraverso un congegno normativo del tutto peculiare, che mira a realizzare un efficace dialogo tra legislativo e giudiziario in tema di diritti fondamentali³⁵.

La circolazione dei modelli in questi ordinamenti determina, inoltre, accanto all'approvazione delle nuove Carte dei diritti, anche l'introduzione di originali strumenti interpretativi e dichiarativi a favore delle Corti, alle quali è ora concesso un ruolo di più penetrante sindacato nei confronti del legislatore, tradizionalmente in posizione d'inattaccabile primazia istituzionale nell'ordinamento, grazie al classico (ed a lungo incontestato) principio costituzionale di *sovereignty of Parliament*.

Tali nuovi strumenti a disposizione delle Corti si sviluppano sia grazie a specifiche previsioni normative (Regno Unito), che per via di prassi giudiziale (Nuova Zelanda), e mirano, in sostanza, a consentire alle Corti di sperimentare nuove tecniche interpretative in materia di tutela dei diritti e di poter pronunciare, nel caso di rilevata antinomia tra Carta dei diritti e legislazione parlamentare, apposite dichiarazioni di incompatibilità, che non producono l'effetto di annullare o disapplicare le norme contrastanti con i diritti, ma hanno lo scopo di segnalare al Parlamento l'esistenza di detto conflitto e, di conseguenza, di suggerire una loro rimozione attraverso l'espressa abrogazione (o modificazione) che può avvenire, però, ad opera del solo legislatore³⁶.

³⁵ La presenza della clausola *notwithstanding* nella Costituzione canadese consente, perciò, di evitare l'impiego della complessa procedura di revisione costituzionale qualora il Parlamento si trovi in disaccordo con una interpretazione costituzionale della Corte Suprema ritenuta non condivisibile, immunizzando, con l'impiego della clausola in parola, la legge dichiarata incostituzionale: la decadenza automatica, allo spirare dei cinque anni di tempo previsti dalla Carta, della clausola permette, inoltre, al corpo elettorale di esprimersi direttamente – nel corso delle successive elezioni nazionali o di quelle statali, a seconda di quale Assemblea legislativa abbia impiegato la *notwithstanding* – sul consenso o sul dissenso politico rispetto alla scelta dei propri rappresentanti circa l'uso della clausola di flessibilizzazione di cui alla sect. 33.

³⁶ «Although the courts of New Zealand cannot declare unconstitutionality and as a consequence they lack power of repeal, they can issue pronouncements on their preferred interpretation to be adopted in the light of the *Bill of Rights*, thus declaring the existence of legislative inconsistencies (...) in the execution of this competence, the case law of New Zealand has drawn on several constitutional cases dealt with by foreign judges, especially those in Australia and Canada»: così M. Gobbo, *The Practice of Comparative Law by the Supreme Courts of Australia and New Zealand*, in G.F. Ferrari (Ed.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, cit., 211, il quale richiama, a proposito, alcuni precedenti di rilievo, tra i quali *Lange v. Atkinson* (2000) 3 NZLR 385 (CA); *Tavita v. Minister of Immigration* (1994) 2 NZLR 257 (CA); *Sellers v. Maritime Safety Inspector* (1999) 2 NZLR 44 (CA).

Con la conseguenza di dar vita ad un nuovo modello di tutela costituzionale dei diritti e di giustizia costituzionale, che si differenzia da quelli tradizionali sino ad ora esistenti e che si sviluppa secondo direttrici originali, meritevoli di interesse nella prospettiva comparativa³⁷.

Allo scopo di conciliare il principio istituzionale di *sovereignty of Parliament* con la necessità di assicurare garanzia di effettività ai diritti fondamentali, il nuovo modello individua, infatti, un bilanciamento che prevede una sorta di dialogo tra Corti e Parlamento³⁸, in base al quale la Carta dei diritti è contenuta in una fonte di rango formalmente ordinario che non consente, dunque, ai giudici di disapplicare (o di ritenere comunque invalida o implicitamente abrogata) alcuna norma di legge nell'ipotesi di ritenuto contrasto con la Carta stessa, ma che gli impone di adottare, in ogni caso, la lettura interpretativa della legislazione che possa dirsi più compatibile possibile con i diritti medesimi, atteso che tali diritti possono trovare le sole limitazioni considerate ragionevoli e giustificabili in una società libera e ad ordinamento democratico: in questo ambito, gioca, di conseguenza, un ruolo di rilievo anche l'argomento di diritto comparato e la citazione di precedenti giudiziari di Corti di altri ordinamenti³⁹.

Nel caso di contrasto insanabile tra legge e diritti, il modello prevede – dopo che le Corti abbiano sperimentato tutte le interpretazioni possibili della norma sottoposta a giudizio – comunque la prevalenza della volontà definitiva del legislatore, rimanendo consentita alle Corti esclusivamente l'adozione di specifiche *declarations of incompatibility*, con le quali le stesse segnalano al Parlamento l'esistenza del contrasto e l'esigenza di una modifica delle norme incompatibili: modifica che può, però, essere disposta dal solo legislatore, che mantiene inalterata la prerogativa costituzionale del diritto all'ultima parola in materia⁴⁰.

Il nuovo modello è, inoltre, connotato anche da una sorta di più attivo e complessivo coinvolgimento dei tre poteri dello Stato in tema di protezione dei diritti fondamentali.

³⁷ M. Nicolini, S. Bagni, *Comparative Constitutional Justice*, cit., 94-95.

³⁸ «It prompted a shared approach to constitutional interpretation which is referred to, metaphorically, as a dialogue between the Court and Parliament»: N. Olivetti Rason, S. Pennicino, *Comparative Law in the Jurisprudence of the Supreme Court of Canada*, in G.F. Ferrari (Ed.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, cit., 143.

³⁹ Lo rilevano, per il Regno Unito, J.O. Frosini, *Splendid Isolation or Open to the World? The Use of Foreign Law by the UK Supreme Court*, 29 ss.; per Australia e Nuova Zelanda, M. Gobbo, *The Practice of Comparative Law by the Supreme Courts of Australia and New Zealand*, 194 ss.; per il Canada, N. Olivetti Rason, S. Pennicino, *Comparative Law in the Jurisprudence of the Supreme Court of Canada*, 140 ss., tutti in G.F. Ferrari (Eds.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, cit., contributi ai quali si rinvia per la citazione dei precedenti giudiziari pertinenti.

⁴⁰ «At the end of the day, in all the aforementioned countries the 'strong form of judicial review', where the judicial interpretation of the constitution is final and unreviewable by ordinary majorities, is ultimately rejected. Instead, space is left for the legislative body to intervene, according to different arrangements and tools ranging from the use of a notwithstanding clause (Canada and Israel), or the issue of a declaration of incompatibility (United Kingdom), or conforming interpretation (New Zealand)»: così, ancora di recente, T. Groppi, *New and old challenges to the legitimacy of constitutional adjudication*, cit., 2229.

Nelle varie esperienze prese in considerazione, infatti, le nuove Carte dei diritti che sono state di recente promulgate prevedono tutte espressamente una sorta di *political rights review*, ovvero l'obbligo – da parte del ministro della Giustizia (Canada), dell'*Attorney-General* (Nuova Zelanda) o del ministro di volta in volta competente (Regno Unito) – di effettuare una apposita dichiarazione preventiva in Parlamento circa la specifica compatibilità con la Carta della nuova legislazione in corso di approvazione, con il risultato di realizzare una maggiore consapevolezza complessiva di Governo e Parlamento in ordine alla questione del rispetto dei diritti e di stimolare ancor più, in tale materia, quel dialogo istituzionale tra organi giudiziari ed organi politici che costituisce il tratto autenticamente distintivo del nuovo modello di tutela dei diritti fondamentali in atto negli ordinamenti di matrice anglosassone⁴¹.

5. Considerazioni conclusive

I nuovi strumenti di tutela dei diritti fondamentali costituiscono un fertile esempio di tangibile contributo degli ordinamenti costituzionali «to the development and elaboration of the principles of the constitutionalism: Comparative constitutional law is an indispensable tool for this enterprise»⁴².

Tra le finalità della comparazione in campo costituzionale è, infatti, da tempo consolidata anche la sua funzione eminentemente pratica che consiste nell'offrire al costituente, al legislatore o al giudice «il materiale comparatistico commentato, ordinato, classificato, perché essi possano utilizzarlo con piena conoscenza»⁴³.

Il costituente ed il legislatore ricorrono, infatti alla comparazione allo scopo di predisporre un testo normativo destinato ad essere operativo per il futuro in un numero indeterminabile di situazioni che debbono ancora verificarsi: normatore e giudice cercano, di conseguenza, nella comparazione un supporto strumentale alla «migliore giustificazione della creazione o della interpretazione della norma»⁴⁴.

Per ciò che concerne il ruolo della comparazione nell'ambito dell'attività giurisdizionale, è ormai acquisito che la comparazione non è più praticata dalla giurisprudenza «soltanto in chiave esornativa, ma rientra ormai pacificamente tra le tecniche interpretative usate dai giudici (e in particolare dalla Corti supreme) per risolvere i casi a loro sottoposti»⁴⁵.

Nella dimensione attuale delle esperienze costituzionali contemporanee, i compiti della comparazione giuridica si sono, perciò,

⁴¹ Di recente, sulla circolazione del modello, vid. anche L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, II ed., 2024, 435-436; S. Bagni, M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, Milano, 2021, 103 ss.

⁴² S. Bartole, *The Internationalisation of Constitutional Law. A view from the Venice Commission*, Oxford, 2020, 34.

⁴³ L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, 2014, 230.

⁴⁴ G. de Vergottini, *Una riflessione su comparazione costituzionale e manualistica*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, 3.

⁴⁵ A. Di Giovine, A. Algostino, F. Longo, A. Mastromarino, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Firenze, 2017, 35.

notevolmente arricchiti, in modo particolare attraverso il confronto cooperativo tra le giurisdizioni costituzionali, senza che ciò comporti, del resto, alcun valore cogente o vincolante dei precedenti giudiziari citati, ma solo persuasivo, sì che «il rilievo per le giurisprudenze nazionali delle giurisprudenze straniere o sovranazionali non presuppone affatto l'umiliazione delle costituzioni nazionali»⁴⁶.

Questo fenomeno di confronto cooperativo tra le Corti sembra ora caratterizzare in maniera più intensa anche l'esperienza della Corte costituzionale italiana, in passato poco propensa ad utilizzare l'argomento comparativo nelle sue pronunce, al punto che – nelle decisioni più difficili e controverse di questi ultimi anni – la citazione (anche esplicita) di precedenti giudiziari di altre Corti è stata, non di rado, impiegata proprio per dirimere i casi più complessi e spinosi, anche dal punto di vista etico e istituzionale, oggetto di sindacato costituzionale.

Il ricorso alla comparazione e al diritto straniero da parte della Corte italiana è stato poi, di recente, impiegato anche per stimolare una forma di più intenso dialogo con il Parlamento⁴⁷, sulla scorta di quanto da tempo avviene negli ordinamenti di *common law*, i quali, come noto, risultano appunto più inclini a praticare il ricorso all'argomento comparativo rispetto ad altre aree geografiche del globo⁴⁸.

Il diritto costituzionale comparato si mostra, dunque, strumento essenziale per risolvere problemi complessi⁴⁹, che può proprio considerarsi come «un amico ricco di esperienza che fa pensare meglio, risveglia energie potenziali latenti, allarga le prospettive e arricchisce le argomentazioni, portando alla luce punti di vista forse altrimenti ignorati»⁵⁰.

Francesco Duranti
Dipartimento di Scienze Umane e Sociali Internazionali
Università per Stranieri di Perugia
francesco.duranti@unistrapg.it

⁴⁶ G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Torino, 2008, 404.

⁴⁷ D'altronde, «sulla fiducia nel dialogo, nel confronto degli argomenti e dei valori, si fonda la civiltà che la nostra Costituzione, insieme ad altre, ha contribuito a costruire in Europa sulla base della forza del diritto»: così G. Amato, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2021*, cit., 20.

⁴⁸ Come ricordano G. Morbidelli, M. Volpi, G. Cerrina Feroni, *Diritto costituzionale comparato*, Torino, 2020, 30.

⁴⁹ S. Bartole, *Comparative Constitutional Law – an Indispensable Tool for the Creation of Transnational Law*, in 13(4) *Eur. Const. L. Rev.* 601 (2017).

⁵⁰ G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, cit., 405.