

## L'America balla da sola?

### I fattori di resistenza dell'ordinamento statunitense al costituzionalismo globale

#### *Is America dancing alone? Why the United States resists global constitutionalism*

*Andrea Pin*

**Abstract:** This article explores the main components of the American constitutional culture that resist the contemporary globalizing trends. This piece singles out four features of this resistance: the role of the Constitution in shaping the country's identity; the common law tradition and the status of *stare decisis* that attaches to it; the legacy of political constitutionalism that still pervades its understanding of jurisdiction; and the reluctant adherence to the law of nations more broadly. The article uses these features as proxies to investigate the nature of global constitutionalism in itself.

**Keywords:** costituzionalismo globale – costituzionalismo americano – originalismo – common law - giurisdizione

### 1. Introduzione

La maggior parte della dottrina comparatistica concorda sulla posizione prevalente dell'ordinamento americano. Rispetto all'attuale intensa attività di citazione, ispirazione e lo scambio di metodologie, idee e soluzioni tra corti supreme, costituzionali e sovranazionali<sup>1</sup>, l'atteggiamento di quel Paese sarebbe attardato su posizioni sostanzialmente isolazioniste<sup>2</sup>. Su questo convergerebbero sia analisti interni all'ordinamento USA, sia osservatori esterni<sup>3</sup>.

Dominato da un'impostazione culturale "eccezionalista", l'ambiente giuridico americano sarebbe complessivamente molto restio a imparare o persino semplicemente a paragonarsi con esperienze estere e sovranazionali, soprattutto nell'ambito dell'interpretazione costituzionale. Nonostante i

---

<sup>1</sup> Si vedano i diversi contributi in T. Groppi-M.C. Ponthoreau (eds.), *The use of foreign precedents by constitutional judges*, Portland, 2013.

<sup>2</sup> G.F. Ferrari, *La comparazione giuridica nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America*, Id, A. Gambaro (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli-Roma, 2006, 307.

<sup>3</sup> M. Cartabia-S. Cassese, *How Judges Think in a Globalized World? European and American Perspectives*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, 2013/07, 3; testo reperibile all'indirizzo: [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/30057/2013\\_07-Policy%20Brief\\_RSCAS\\_GGP-WEB.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/30057/2013_07-Policy%20Brief_RSCAS_GGP-WEB.pdf?sequence=1&isAllowed=y); ultimo accesso: 15 dicembre 2015); D.S. Law, *Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy*, 153 *U. Penn. L. Rev.* 927, 930-931 (2015); Ugo Mattei, *An Opportunity Not to Be Missed: The Future of Comparative Law in the United States*, 46 *Am. J. Comp. L.* 709, 716 (1998).

tentativi di autorevole dottrina e alcuni giudici di vaglia – tra tutti, Guido Calabresi, il quale ha patrocinato la causa di una comparazione giudiziaria con la famosa espressione “i genitori saggi non esitano a imparare dai propri figli”<sup>4</sup>, nella convinzione che la giustizia costituzionale americana sia davvero la capostipite delle sue varie declinazioni sul piano globale – nel complesso la cultura giuridica statunitense avrebbe maturato una estrema resistenza a considerare quanto accade all'estero, evitando generalmente d'importare quello che è stato definito una sorta di “diritto costituzionale generico”<sup>5</sup>: un arsenale di idee, concetti e strumenti che viene normalmente adottato e scambiato e che trova tuttavia un ostacolo a varcare la frontiera statunitense.

Non pochi fenomeni d'immediata evidenza sicuramente militano contro le indagini comparative, soprattutto nell'ambiente giudiziario americano. L'istruzione universitaria, sebbene migliorata, è ancora complessivamente carente nel curriculum di studi comparativi<sup>6</sup>, dando pochi strumenti e metodi ai giovani giuristi per orientarsi nel contesto del costituzionalismo globale. Non è dunque incomprensibile che nella pratica giudiziaria prevalga un'impostazione conservatrice o semplicemente ostile a guardare all'esterno; su tutte le corti americane, questo sarebbe l'atteggiamento dominante proprio della Corte Suprema, sebbene le sue risorse, la sua posizione apicale e il suo carico di lavoro la mettano in condizioni astrattamente molto più favorevoli a esercitare la comparazione<sup>7</sup>.

La resistenza americana alle influenze straniere, in anni recenti, è maturata anche al di fuori del ceto dei giuristi, sviluppandosi come fenomeno politico e popolare e deprimendo ulteriormente l'attitudine dei giudici americani a guardare all'esterno. Per avere utilizzato materiali esteri nel redigere l'opinione della Corte in alcuni casi controversi e di particolare impatto – come la pena di morte per minori<sup>8</sup> o disabili mentali<sup>9</sup> o in *Lawrence v. Texas*<sup>10</sup>, che ha dichiarato incostituzionale il reato di sodomia – il giudice della Corte Suprema Anthony Kennedy si è visto chiedere l'*impeachment*<sup>11</sup>. Da allora, è divenuta routine che i membri del Senato interroghino i candidati alla Corte Suprema sulla loro propensione a guardare all'estero prima di decidere se dare il proprio *consent* alla nomina<sup>12</sup>. E in diversi Stati sono partite, sebbene con diversa fortuna<sup>13</sup>, iniziative politiche o persino popolari volte a vietare qualsiasi uso del diritto straniero nelle corti statali, sia al

---

<sup>4</sup> *United States v. Then*, 56 F.3d 464, 469 (2nd. Cir. 1995)

<sup>5</sup> D.S. Law, *Generic Constitutional Law*, 89 *Minnesota L. Rev.* 651, 652 (2005).

<sup>6</sup> D.S. Law, *Constitutional Convergence and Comparative Competency: A Reply to Professors Jackson and Krotoszinsky*, in 66 *Alabama L. Rev.* 145 (2014); M.A. Glendon, *Comparative Law in the Age of Globalization*, 52 *Duquesne L. Rev.* 1 (2014); U. Mattei, *An Opportunity Not to Be Missed*, *cit.*, 709.

<sup>7</sup> R.P. Alford, *Lower Courts and Constitutional Comparativism*, 77 *Fordham Law Rev.* 647 (2008).

<sup>8</sup> *Roper v. Simmons* 543 U.S. 551 (2005).

<sup>9</sup> *Atkins v. Virginia* 536 U.S. 304 (2002).

<sup>10</sup> 539 U.S. 558 (2003).

<sup>11</sup> M.C. Miller, *The Views of the Court from the Hill*, Charlottesville, 2009, 181.

<sup>12</sup> M.C. Rahdert, *Comparative Constitutional Advocacy*, 56 *Am. Univ. Law Rev.* 553 (2007).

<sup>13</sup> *Awad v. Ziriax*, 670 F.3d 1111 (10<sup>th</sup> Cir. 2012) ha negato questa possibilità allo Stato dell'Oklahoma.

fine di renderle impermeabili alle infiltrazioni estere, sia per impedire l'applicazione più specificamente del diritto musulmano, soprattutto nei casi di diritto di famiglia<sup>14</sup>. Si tratta di scelte politiche tra l'altro molto difficili da perseguire, dal momento che in un Paese ancora d'immigrazione come gli Stati Uniti l'uso del diritto straniero è spesso concretamente imposto dal diritto internazionale privato<sup>15</sup>.

Quest'ostentata resistenza all'utilizzo del diritto straniero ha avuto effetti solo parzialmente decifrabili. Da un lato, essa ha senz'altro scoraggiato un aperto ricorso a decisioni e fonti estere nelle opinioni dei giudici, mentre ha persuaso i candidati alla Corte Suprema di qualunque provenienza a misurare le proprie parole sul tema di fronte al Senato, al fine di evitare una bocciatura<sup>16</sup>. Ed è piuttosto comprensibile che, dopo essersi espressi in modo quantomeno scettico sulla possibilità di citare sentenze nelle proprie opinioni, i nominati poi evitino di cambiare palesemente atteggiamento sul piano pratico. Dunque, apparentemente sul piano pratico la campagna contro la comparazione alla Corte Suprema ha avuto un certo effetto.

D'altro lato, non è affatto scomparsa – anzi, pare in aumento – la prassi, da parte di gruppi di esperti, di presentare alla Corte Suprema argomenti di diritto comparato attraverso gli *amicus briefs*, o persino di sostenere azioni legali all'estero (su tutte, presso la Corte europea dei diritti dell'uomo) nella speranza che le decisioni rese da giudici stranieri assumano un qualche rilievo nelle considerazioni dei giudici della Corte americana, sebbene queste fonti non appaiano in superficie<sup>17</sup>. L'aspettativa che il diritto straniero giochi qualche ruolo mobilita persino le fazioni teoricamente più contrarie all'adozione di schemi e soluzioni invalsi all'estero<sup>18</sup>, probabilmente con l'auspicio di poter esercitare una funzione persuasiva nei confronti del giudice Kennedy, vero *swinging vote* in numerosi casi sensibili per l'opinione pubblica, e apparentemente tra i più interessati all'uso del diritto straniero.

Nel complesso, la scarsa propensione dell'ordinamento americano a citare e considerare il diritto straniero ha condotto diversi studiosi a preconizzare un deciso declino del ruolo degli Stati Uniti nel contesto del costituzionalismo globale contemporaneo<sup>19</sup>. La resistenza a infiltrazioni estere lo collocherebbe ai margini dell'intenso dialogo tra costituzionalismi, normalmente concepito come una polifonia di soluzioni giuridiche, che si trasmettono con effetti di ibridazione e avvicinamento tra modelli nazionali e sovranazionali. La trasmissione di questo materiale scorrerebbe lungo i

---

<sup>14</sup> Per una rassegna, si veda Ran Hirschl, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014, 146.

<sup>15</sup> S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, New York, 2015, 4.

<sup>16</sup> R.J. Krotoszinsky, *The Heisenberg Uncertainty Principle and the Challenge of Resisting – or Engaging – Transnational Constitutional Law*, in 66 *Alabama Law Rev.* 105, 110-111, nota 24 (2014).

<sup>17</sup> C. McCrudden, *Transnational Culture Wars*, 2 *Int'l. J. Const. L.*, 13 (2015), 434.

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> C. Baudenbacher, *Judicial Globalization: New Developments or Old Wine in New Bottles?*, 38 *Texas Int'l. L. Rev.* 505, 526 (2003).

canali del potere giudiziario<sup>20</sup>, prevalentemente attraverso il linguaggio dei diritti<sup>21</sup> e delle tecniche di scrutinio<sup>22</sup>. Complessivamente, si andrebbe componendo un network di corti impegnate ad assicurare al maggior numero di diritti il massimo grado di tutela possibile. Tra gli strumenti essenziali si collocherebbero i crescenti momenti di dialogo e confronto tra i giudici<sup>23</sup> e dei database delle decisioni giudiziarie nazionali tradotte in lingua inglese, al fine di favorirne la massima conoscenza: una risorsa che le corti apicali dei Paesi europei hanno già attivato e formalizzato<sup>24</sup>.

La circostanza che un Paese come gli Stati Uniti, tanto influente politicamente, con una tradizione di giustizia costituzionale risalente e nella quale, per di più, i giudici sono usi a esplicitare i loro convincimenti e le loro fonti tramite le proprie *opinions*, si mostri complessivamente tanto restio a giocare un ruolo attivo nel contesto dell'attuale costituzionalismo globale sembra di particolare salienza. Effettivamente, la resistenza che quest'ordinamento è capace di esprimere nei confronti della circolazione di idee, nonostante le sue potenzialità e un'autorevolezza che lo rende per il momento il maggiore esportatore di idee giuridiche attraverso il canale giurisprudenziale<sup>25</sup>, fa ipotizzare che le ragioni sottostanti non possano essere semplicemente congiunturali, o derivanti dalla cultura politica momentaneamente prevalente all'interno del potere giudiziario; esse paiono legate, anche se forse non indissolubilmente, alla vena profonda del costituzionalismo americano.

Questo lavoro intende considerare tali fattori di resistenza strutturale, a un duplice fine. Da un lato, esso vuole tratteggiare il campo di forza nel quale si muove la tradizione costituzionale americana rispetto alla prassi contemporanea della comparazione e del prestito giudiziario; dall'altro, esso intende illuminare, per converso, i presupposti su cui si basa lo stesso costituzionalismo globale. Infatti, nell'analisi emergeranno alcune divergenze strutturali e teleologiche tra la cultura costituzionale americana e quella che prevale nel costituzionalismo globale contemporaneo, trasformando il focus sugli Stati Uniti in un *case-study* per portare in superficie le basi concettuali che sostengono l'interscambio di culture giuridiche, soprattutto sul piano giudiziario.

Preliminarmente, va inquadrato il contesto nel quale si muove il saggio. Qui si considererà prevalentemente l'interpretazione costituzionale nel contesto dell'attività della Corte Suprema americana e della dottrina che se ne occupa. Questo consente di delimitare l'oggetto della ricerca, selezionando conseguentemente il materiale rilevante e istituendo un proficuo raffronto con le basi del costituzionalismo globale, del quale verrà tenuta in speciale considerazione la sfera europea, le

---

<sup>20</sup> *Ivi*, 505; Anne-Marie Slaughter, *Judicial Globalization*, 40 *Va. J. Int'l. L.* 1103, 1112 (1999-2000).

<sup>21</sup> C. Saunders, *Judicial engagement with comparative law*, in T. Ginsburg, R. Dixon (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, 2011, 582.

<sup>22</sup> V.C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, New York, 2010, 1.

<sup>23</sup> La Corte costituzionale italiana è ad esempio inserita nella Conferenza della Corti costituzionali europee.

<sup>24</sup> Si tratta del network dei Presidenti delle Corti supreme dell'Unione europea: <http://network-presidents.eu/>.

<sup>25</sup> M. Gelter, M.M. Siems, *Citations to Foreign Courts – Illegitimate and Superfluous, or Unavoidable? Evidence from Europe*, 62 *Am. J. Comp. L.*, 35, 35 (2014).

cui reti istituzionali transnazionali, particolarmente evolute<sup>26</sup>, documentano cospicue differenze con il costituzionalismo americano.

Nell'analizzare le ragioni che ostacolano l'afflusso nell'ordinamento americano di cultura giuridica estera, il contributo isolerà alcuni fattori che si ripresentano con particolare frequenza nelle argomentazioni e nelle critiche nei confronti del fenomeno, sia da parte della Corte Suprema, che dei suoi commentatori.

## **2. Comparazione e cambiamento: i fattori di resistenza**

Inquadrato il perimetro dell'indagine nell'ambito dell'interpretazione costituzionale, è possibile sin d'ora individuare un tratto comune dei fattori di resistenza che si analizzeranno a breve. Essi, infatti, seppure in diversa misura, si appuntano su un medesimo elemento, che viene identificato come un punto particolarmente problematico nel conflitto tra costituzionalismo globale e localismo americano. Infatti, la resistenza alla penetrazione di idee e concezioni all'interno dell'ordinamento americano, in particolare attraverso la giurisprudenza, sembra soprattutto derivare dal timore che questi elementi esogeni fungano impropriamente da leva di mutamento per l'ordinamento stesso. Il diritto e la cultura giuridica straniera, agli occhi di chi resiste al loro ingresso, appaiono interferire con l'autonomo sviluppo dell'ordinamento americano, per tentare di farlo evolvere verso direzioni eterodeterminate<sup>27</sup>.

Quest'impressione, maturata in parte consistente della dottrina e della giurisprudenza americana, si articola nelle diverse ragioni predominanti che impediscono il pieno coinvolgimento dell'ordinamento americano nel contesto del costituzionalismo globale. Si tratta in particolare di quattro fattori, che poi verranno, ove necessario, ulteriormente scomposti, ma che si possono icasticamente individuare: in una certa concezione della Costituzione; in un particolare portato della tradizione di *common law* da cui è emerso l'ordinamento americano; nella cifra politica del costituzionalismo americano; e infine in uno specifico atteggiamento nei confronti del diritto di matrice non strettamente autoctona – si tratti di diritto internazionale o straniero.

L'analisi di questi fattori di resistenza consente, per opposizione, di illuminare le direttrici del costituzionalismo globale. Le forze che ostacolano l'espansione di una comunità giuridica transnazionale paiono mettere allo scoperto i caratteri e le articolazioni prevalenti del costituzionalismo globale, per come esso si va profilando.

---

<sup>26</sup> A. v. Bogdandy-C. Grabenwarter-P. Huber, *Il diritto costituzionale nel diritto pubblico europeo. L'esempio della rete istituzionalizzata della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2015, 4.

<sup>27</sup> V.C. Jackson, *Comparative Constitutionalism, Legal Education, and Civic Attitudes: Reflections in Response to Professors Krotoszinsky and Law*, 66 *Alabama L. Rev.* 155, 157 (2014).

## 2.1. Originalismo, patriottismo costituzionale e visioni della storia

Un primo fattore di resistenza dell'ordinamento americano alla partecipazione al costituzionalismo è senz'altro la natura stessa della Costituzione, colta nella forza del suo significato testuale. Tale dottrina multiforme, genericamente qualificata come "originalista" e andata espandendosi dall'opera di Robert Bork<sup>28</sup>, per poi prendere ulteriormente piede con le nomine di Antonin Scalia<sup>29</sup> e Clarence Thomas<sup>30</sup> alla Corte Suprema, ha sviluppato una fortissima adesione al testo nel suo significato originario<sup>31</sup>.

Quest'impostazione testualista, di particolare favore al dettato costituzionale, è stata intesa in modi davvero diversi, tra l'altro non tutti di marca conservatrice: Steven Calabresi, ad esempio, propugna una lettura progressiva dalla Costituzione americana e del *Bill of Rights* a partire da un'interpretazione esplicitamente "originalista"<sup>32</sup>. Più ampiamente, gli originalisti si dividono tra coloro che propugnano un'interpretazione focalizzata sull'*intent* – ossia sull'intenzione di coloro che hanno steso il testo costituzionale<sup>33</sup> – e chi invece punta sul *meaning* – ovvero il significato che un uomo dell'epoca avrebbe potuto attribuire alle parole nel momento in cui esse furono scritte<sup>34</sup>. Entrambe le versioni colgono un certo aspetto della fase costituente o di revisione costituzionale: l'*intent* si focalizza sulla motivazione che ha spinto ad adottare un certo testo; il *meaning* prende il punto d'osservazione del pubblico che è stato chiamato ad aderire alla proposta costituzionale, e dunque ritiene di ricostruire il significato normativo di una parola a partire dall'assenso del corpo politico che ha accettato di inserirla nella Costituzione. Ambo gli orientamenti promuovono un'attenzione al dettato costituzionale nella sua purezza, tentando di isolarlo dalle stratificazioni successive, anche con l'obiettivo di evitare di accumularvi significati al di là di quanto consegnato da principio nel testo.

In quest'ottica, si rende dunque comprensibile l'affermazione di Scalia in *Printz v. United States*, che, scrivendo per la maggioranza, ha specificato: "riteniamo [...] l'analisi comparativa inappropriata allo scopo di interpretare una costituzione, sebbene sia stata ovviamente assolutamente rilevante per scriverla. I Costituenti erano familiari con molti [ordinamenti], dall'antichità classica sino alla loro epoca"<sup>35</sup>. L'interpretazione condotta alla luce del materiale

---

<sup>28</sup> Suo il famoso *The Tempting of America*, New York, 1990.

<sup>29</sup> Alla Corte Suprema dal 1986.

<sup>30</sup> Alla Corte Suprema dal 1991.

<sup>31</sup> G.F. Ferrari, *La comparazione giuridica nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America*, cit., 308.

<sup>32</sup> S.G. Calabresi, S.D. Zimdahl, *The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision*, 47 *Wm. & Mary L. Rev.* 743, 743 e 868 (2005); S.G. Calabresi, A. Matthews, *Originalism and Loving v. Virginia*, *Brigham Young Univ. L. Rev.* 1393 (2012).

<sup>33</sup> È l'impostazione di Bork.

<sup>34</sup> È prevalentemente l'impostazione di Scalia e Steven Calabresi. Si veda S.G. Calabresi, *Originalism. A Quarter-Century of Debate*, Washington (DC), 2007.

<sup>35</sup> 512 U.S. 898 (1997), 921, nota 11.

giuridico straniero si tradurrebbe dunque in un inquinamento del significato del testo e pertanto sarebbe generalmente da evitarsi: un'impostazione che non a caso il conservatore Scalia condivide, ad esempio, con il maggiormente progressista Steven Calabresi<sup>36</sup>.

La collocazione della Costituzione al centro dell'edificio giuspubblicistico americano ha un impatto che non si ritrova facilmente in altri ordinamenti. L'adesione al dettato costituzionale assume toni particolarmente elevati, se raffrontati con altri ordinamenti che hanno ugualmente nella Costituzione un testo di fondamentale riferimento<sup>37</sup>.

Dal punto di vista operativo, un tale atteggiamento – sebbene non monopolista, sicuramente molto presente nella sfera accademica e pratica americana – colloca il dibattito statunitense sull'interpretazione su un binario molto particolare. Una porzione significativa della riflessione accademica e giudiziaria si concentra, a ritroso, sul significato originario della Costituzione. E in effetti buona parte dell'attenzione dei giudici della Corte Suprema si focalizza ugualmente sul significato attribuito a una certa parola al momento in cui essa venne inserita nel testo costituzionale:<sup>38</sup> il che include normalmente citazioni di vocabolari di lingua inglese dell'epoca. Non è raro trovare inoltre menzionata la prassi politico-giuridica dell'epoca, o immediatamente successiva: essa viene citata per illuminare il significato di una proposizione costituzionale, nella persuasione che il medesimo corpo politico che ha prodotto la Costituzione non possa essersi contraddetto nella sua normale attività politica e legislativa<sup>39</sup>. Il che innesca un paradosso: sebbene l'originalismo intenda preservare la purezza del significato del testo costituzionale, in realtà lo assoggetta a un'interpretazione orientata sulla prassi dell'epoca, con la quale il testo deve, in ultima analisi, accordarsi. A ben guardare, l'operazione originalista, allo scopo di ricostruire il significato primigenio della Costituzione, lo rilegge in realtà alla luce di testi e pratiche a esso esterne; tuttavia quest'operazione viene ritenuta legittima proprio perché riguarda pratiche coeve alla sua stesura e approvazione.

Questo singolare duplice fenomeno, di attaccamento al testo costituzionale e di una sua rilettura alla luce di fonti extracostituzionali ma ad esso contemporanee, non deriva tuttavia da ragioni incomprensibili, ma piuttosto affonda profondamente nella cultura giuspubblicistica americana<sup>40</sup>,

---

<sup>36</sup> S.G. Calabresi, H.M. Begley, *Originalism and Same Sex Marriage*, Northwestern Public Law Research paper No. 14-51, reperibile all'indirizzo <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509443> (ultimo accesso: 26 dicembre 2015).

<sup>37</sup> M. Cartabia-S. Cassese, *cit.*, 3.

<sup>38</sup> R.H. Fallon, Jr., *The Many and Varied Roles of History in Constitutional Adjudication*, 90 *Notre Dame Law Review* 1753, 1753-1754 (2015).

<sup>39</sup> *Town of Greece v. Galloway*, 572 U.S. \_\_\_\_ (2014): si vedano in particolare le opinioni di J. Kennedy (per la Corte) e di J. Alito (concorrente).

<sup>40</sup> Sulla distanza con la traiettoria del costituzionalismo canadese, fin dall'origine composito e frammentato, si veda H.P. Glenn, *Persuasive Authority*, *McGill L. Journal*, 2, 1987, 292.

che vede la stagione fondativa del suo testo come il principio, all'unisono, della parabola giuridica, politica e persino sociale del Paese<sup>41</sup>.

L'ordinamento politico-giuridico americano ha notoriamente il suo anno zero in un brevissimo lasso di tempo che va dalla Dichiarazione d'indipendenza alla redazione della Costituzione. La separazione dalla madrepatria, la definitiva costruzione della statualità per le tredici ex-colonie, l'ingresso nella confederazione e la formazione della federazione americana si sono consumate in un periodo di tempo molto contenuto, nel quale sono emerse sia le istituzioni politiche, sia un nuovo ordinamento indipendente, sia, infine e soprattutto, la cittadinanza americana.

Il contrattualismo anglosassone, unito alle venature religiose che hanno caratterizzato l'immigrazione dei coloni e la nascita degli Stati americani, ha cementato nella Costituzione statunitense<sup>42</sup> e nelle istituzioni che ne sono scaturite il senso di comune appartenenza ad un popolo, cresciuto e sviluppatosi, in forme mutevoli, per almeno un secolo<sup>43</sup>. Quest'estrema valorizzazione del dato costituzionale è parte integrante di un'enfasi che nel tempo ha caricato di significato il momento generativo sia del diritto, sia della politica, sia infine della società americana<sup>44</sup>. Il testo costituzionale ha dunque un particolare spessore, legato all'attività politico-simbolica sia del documento, sia della collocazione che esso ha avuto nella formazione dell'identità americana<sup>45</sup>.

Questo carattere fondativo-simbolico del testo costituzionale ha il suo *pendant* in un fenomeno che altrimenti sembrerebbe contraddittorio. Mentre i primi anni di vigenza dell'ordinamento costituzionale americano sono stati attentamente osservati sotto molteplici punti di vista, i momenti successivi di revisione del testo costituzionale hanno attratto un'attenzione comparativamente inferiore<sup>46</sup>. Ad esempio, gli emendamenti della ricostruzione post-guerra civile, seppure molto importanti e persino critici nello sviluppo successivo della giurisprudenza della Corte Suprema, sono stati oggetto di uno sforzo ricostruttivo e di contestualizzazione inferiore a quello dedicato alla Costituzione nella sua formulazione originaria. Quest'impostazione diviene comprensibile se si pone mente al fatto che quei testi sono maturati in un ordinamento già stabilito, e dunque non trattengono un significato simbolico paragonabile a quello del periodo fondativo dell'Unione.

Questa particolare accentuazione del contesto in cui è stato generato il testo costituzionale americano ha un'ulteriore conseguenza sul costituzionalismo nazionale. La centralità della Costituzione americana e della sua stagione, se ha l'effetto di concentrare l'interpretazione

---

<sup>41</sup> G. Himmelfarb, *The Roads to Modernity. The British, French, and American Enlightenments*, New York, 2005, 191.

<sup>42</sup> A. La Pergola, *Residui contrattualistici e tendenze federalistiche nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milano, 1969.

<sup>43</sup> R. Niebuhr, *L'ironia della storia americana* (a cura di A. Aresu), Milano, 2012, 233 ss.

<sup>44</sup> Sulla guerra culturale che venne combattuta proprio in sede costituente, si veda L. Pellicani, *La guerra culturale fra Atene e Gerusalemme nella storia americana*, in N. Mastroliola-Id. (a cura di), *Le radici pagane della Costituzione americana*, Milano, 2013, 25-27.

<sup>45</sup> H.P. Glenn, *cit.*, 289.

<sup>46</sup> J. Balkin, *The New Originalism and the Uses of History*, 82 *Fordham L. Rev.* 641, 694 (2013).



costituzionale in direzione retrospettiva, esercita inoltre nei confronti delle prospettive future un certo grado di scetticismo, oppure l'impressione che sia il rispetto del testo costituzionale, e non il suo superamento, ad assicurare la civiltà giuridica<sup>47</sup>.

Naturalmente, anche il mondo giuspubblicistico americano è estremamente composito; non è affatto un'affermazione isolata quella del giudice Kennedy, proprio nell'opinione maggioritaria in *Lawrence v. Texas*, secondo cui "i tempi possono renderci ciechi a certe verità e le generazioni posteriori possono accorgersi che leggi che un tempo erano credute necessarie e appropriate in realtà servono solo ad opprimere"<sup>48</sup>. Se sono importanti i sostenitori di un pensiero giuridico la cui traiettoria dunque si arricchisce di diritti e ritiene che il passare del tempo sia benefico per la cultura giuridica, cionondimeno sono particolarmente significativi coloro i quali guardano al passato, nella convinzione che il progresso non sia la destinazione indefettibile della civiltà giuridica. Nelle parole di Antonin Scalia, "le società non sempre maturano. Talvolta si corrompono. Cosa [...] porta a credere che [...] il progresso umano sia un percorso rivolto verso l'alto e ogni giorno e in ogni circostanza noi non facciamo che migliorare? Mi sembra che il *Bill of Rights* avesse lo scopo di impedire il cambiamento, non di incoraggiarlo e costituzionalizzarlo"<sup>49</sup>.

L'impatto di queste teoriche è tale da influenzare l'argomentazione del campo avverso: persino chi persegue un'ermeneutica progressista della Costituzione, avverte la necessità di fondare quest'impostazione sul testo fondativo. L'ancoraggio teorico del progressivismo è ancora la lo spirito costituente: la medesima affermazione di Kennedy in *Lawrence* secondo cui "i tempi possono renderci ciechi" si apre con una precisazione molto significativa: "Se coloro che stesero e ratificarono la *Due Process Clause* del Quinto Emendamento o del Quattordicesimo emendamento [i testi costituzionali sui quali la Corte ha fatto leva per invalidare la legge] avessero conosciuto la composizione della libertà nelle sue innumerevoli possibilità, avrebbero potuto essere più specifici. Non presunsero di essere capaci di quest'intuizione. *Loro* sapevano che i tempi possono renderci ciechi"<sup>50</sup>. Kennedy giustifica dunque la novità giurisprudenziale che sta introducendo, sostenendo che gli estensori di quegli emendamenti avrebbero condiviso il suo approccio.

L'impostazione della dottrina americana è dunque complessivamente caratterizzata da una forte accentuazione del momento fondativo del costituzionalismo nazionale. Questo innanzitutto frena l'integrazione del diritto straniero e sovranazionale all'interno dell'interpretazione costituzionale,

---

<sup>47</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 187: "the Constitution protects us from our own best intentions: It divides power among sovereigns and among branches of government precisely so that we may resist the temptation to concentrate power in one location as an expedient solution to the crisis of the day" (J. O'Connor, opinione della Corte).

<sup>48</sup> *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), 579.

<sup>49</sup> Dibattito tra A. Scalia e S. Breyer, *Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions*, 13 gennaio 2005, American University, Washington College of Law, reperibile all'indirizzo <http://www.freerepublic.com/focus/news/1352357/posts> (ultimo accesso: 5 dicembre 2015).

<sup>50</sup> *Idem*. Enfasi aggiunte.

come se fosse una sorta di agente inquinante della purezza originale. Inoltre, il carattere politico-simbolico della fase costituente americana esercita un forte peso nell'orientare lo sguardo della dottrina e della giurisprudenza della Corte Suprema verso il passato, piuttosto che verso l'avvenire, secondo una sensibilità ottimistica più sulle basi del costituzionalismo, che sui suoi sviluppi.

In questo quadro, il ricorso al diritto straniero assume i toni di un abuso giurisprudenziale. Vengono citate in tal senso le decisioni più deprecabili per dimostrare come la comparazione non conduca sempre ad un incremento delle garanzie costituzionali, ma sia piuttosto uno strumento malleabile e persino un catalizzatore di ingiustizie. Su tutte, viene ricordato il caso *Dred Scott v. Sandford*<sup>51</sup>, che, alla vigilia della Guerra civile, legittimò lo schiavismo e negò il diritto a stare in giudizio agli afroamericani, facendo perno anche sui costumi delle altre nazioni<sup>52</sup>.

Se si confronta l'atteggiamento del costituzionalismo americano nei confronti del futuro, con altri filoni contemporanei, il divario sembra piuttosto evidente. Conviene considerare molto brevemente le punte più avanzate del costituzionalismo europeo, maggiormente propense al sovranazionalismo e strutturalmente caratterizzate da un'intensa attenzione al dato comparato, che si articolano nel diritto dell'Unione europea e in quello scaturito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Entrambe queste sfere mostrano atteggiamenti radicalmente diversi da quelli che contraddistinguono una significativa parte del costituzionalismo americano.

Ue e Consiglio d'Europa sembrano avere adottato una logica strettamente rivolta al futuro, tramite un'interpretazione dei testi di riferimento e, prima ancora, del loro ruolo, in direzione opposta a quanto fa un'importante porzione del pensiero giuspubblicistico americano.

L'Ue è concepita come una "unione sempre più stretta"<sup>53</sup>, nella convinzione che essa consista sostanzialmente in un processo incrementale. A differenza di quello americano, il quale si

---

<sup>51</sup> 60 U.S. 393 (1857).

<sup>52</sup> Alcuni passi della sentenza sono eloquenti in questo senso: "Now the following are truths which a knowledge of the history of the world, and particularly of that of our own country, compels us to know -- that the African negro race never have been acknowledged as belonging to the family of nations; that, as amongst them, there never has been known or recognized by the inhabitants of other countries anything partaking of the character of nationality, or civil or political polity; that this race has been by all the nations of Europe regarded as subjects of capture or purchase, as subjects of commerce or traffic; and that the introduction of that race into every section of this country was not as members of civil or political society, but as slaves, as *property* in the strictest sense of the term." Ancora: "It is difficult at this day to realize the state of public opinion in relation to that unfortunate race which prevailed in the civilized and enlightened portions of the world at the time of the Declaration of Independence and when the Constitution of the United States was framed and adopted. But the public history of every European nation displays it in a manner too plain to be mistaken. They had for more than a century before been regarded as beings of an inferior order, and altogether unfit to associate with the white race either in social or political relations, and so far inferior that they had no rights which the white man was bound to respect, and that the negro might justly and lawfully be reduced to slavery for his benefit" Si vedano R.P. Alford, *Misusing International Sources to Interpret the Constitution*, in *Am. J. Int'l. L.*, 2004, 69, nota 94, e S.G. Calabresi, S.D. Zimdahl, *cit.*, 802.

<sup>53</sup> Preambolo al Trattato di Roma (1953).

contraddistingue per l'estrema difficoltà di procedere a revisione costituzionale<sup>54</sup>, il costituzionalismo dell'Unione non è concepito per essere particolarmente stabile. Anzi, esso invita a una compenetrazione degli ordinamenti sempre più marcata, sia attraverso la frequente riscrittura dei testi normativi, sia attraverso una interpretazione giudiziaria sempre più favorevole all'integrazione<sup>55</sup>. L'incompletezza dell'edificio europeo è in un certo senso volontaria, in quanto mira a generare squilibri poi destinati ad assestarsi attraverso ulteriori stadi d'integrazione<sup>56</sup>.

La Corte di Strasburgo interpreta ugualmente il proprio ruolo in senso progressivo, adottando un atteggiamento che vede nella Convenzione uno *strumento vivente*<sup>57</sup>, malleabile e capace di garantire una sempre maggiore tutela dei diritti in essa contenuti<sup>58</sup>. Proprio per mantenere sotto l'osservazione della Corte la politica statale, ed anzi ampliare il ventaglio di diritti coinvolti, essa recepisce le tendenze emergenti del costituzionalismo continentale e globale, limitando progressivamente gli spazi di sovranità nazionale. In questo senso si distacca persino dal dettato convenzionale, il quale, nella lettura di alcuni giudici della Corte, costituisce il limite, e non la bussola di orientamento, per il lavoro della Corte<sup>59</sup>.

Un'impostazione incrementale come quella della Corte Edu non vede l'apice dell'esperienza giuridica nel suo momento fondativo, ma piuttosto distende il suo sguardo verso il futuro, auspicando un miglioramento della tutela dei diritti nel tempo. In questo senso, acquisisce particolare rilievo la circostanza che la Corte tragga sovente ispirazione dalla giurisprudenza e dalla legislazione di Paesi che non sono membri della Convenzione: essa dunque non delimita la propria esplorazione comparatistica all'interno del Consiglio d'Europa, ma guarda oltre i suoi confini<sup>60</sup>. Il che conferma che l'appartenenza di un Paese al Consiglio e l'adesione alla Convenzione non descrivono un legame politico ideale particolare, capace di circoscrivere l'ambito operativo e interpretativo della Corte. L'atteggiamento globalista della Corte non si fonda su un costituzionalismo marcatamente identitario, radicato nella Convenzione, come accade per l'ordinamento e la cultura giuspubblicistica statunitense, ma in un approccio universalistico.

---

<sup>54</sup> Si veda, *ex multis*, D.S. Law, *Judicial Comparativism*, cit., 930; tuttavia si veda V. Jackson, *The (myth of un)amendability of the US Constitution and the democratic component of constitutionalism*, *Int'l. J. Const. Law*, 13 (2015), 575 ss.

<sup>55</sup> K. Lenaerts, J.A. Gutiérrez-Fons, *To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, 20 *Columbia J. Eur. L.* 3, 51 (2014).

<sup>56</sup> L. Guiso-P. Sapienza-L. Zingales, *Monnet's Error?*, reperibile all'indirizzo [http://www.brookings.edu/~media/projects/bpea/fall-2014/fall2014bpea\\_guiso\\_sapienza\\_zingales.pdf](http://www.brookings.edu/~media/projects/bpea/fall-2014/fall2014bpea_guiso_sapienza_zingales.pdf) (ultimo accesso: 15 dicembre 2015), spec. 7.

<sup>57</sup> Secondo l'espressione riaffermata innumerevoli volte e inaugurata con *Tyrer c. Regno Unito*, ric. no. 5856/72, sentenza del 25 aprile 1978, par. 183.

<sup>58</sup> F. Tulkens, *La Cour européenne des droits de l'homme: le chemin parcouru, les défis de demain*, in *Cahiers de Droit*, 2012, 422.

<sup>59</sup> Lech Garlicki, citato in K. Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, 2015, 203.

<sup>60</sup> In questo senso, si veda *Oliari c. Italia*, ric. n. 18766/11 e 36030/11, che al par. 65 sviluppa un'approfondita analisi del caso americano *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015).

L'idea di uno *strumento vivente* dunque fa perno e insieme allude ad un'idea progressiva della storia costituzionalistica, nella quale il campo dei diritti s'infittisce, assorbendo quello lasciato alla discrezionalità politica. Le occasioni nelle quali la Corte di Strasburgo ammette l'esistenza temporanea<sup>61</sup> di un margine d'apprezzamento statale mostrano come essa preconizzi un momento nel quale quel margine si esaurirà.

Se la Corte suprema americana e molta dottrina statunitense guardano dunque al passato per ritrovare il momento nel quale si sono cristallizzate il passaggio costituente, la fondazione politica e l'emersione delle istituzioni, il costituzionalismo europeo, soprattutto di stampo sovranazionale, è invece rivolto al presente e intravede nel futuro una dimensione sempre più largamente protettiva ed espansiva delle tutele.

## 2.2. L'eredità di *common law* e il ruolo del precedente

Un secondo dato utile a comprendere l'atteggiamento della dottrina e della giurisprudenza americana relativamente alla penetrazione di cultura giuridica esterna sembra essere costituito dall'eredità del precedente, per come esso è venuto sviluppandosi in America, in distanza crescente dall'Inghilterra.

La natura del precedente e soprattutto la rigidità dello *stare decisis* nell'ordinamento americano sono tutt'altro che questioni assodate<sup>62</sup>, ma anzi ragioni di profonda divisione. Complessivamente, con l'eccezione di alcune frange della giuspubblicistica, la dottrina e la giurisprudenza americana riconoscono un ruolo di rilievo al precedente, sebbene non gli attribuiscono il grado di vincolatività cui esso è giunto nell'ordinamento inglese<sup>63</sup>. Quest'ultimo, del resto, ha sviluppato una tenuta particolare del precedente – poi peraltro mitigata, almeno teoricamente<sup>64</sup>, con il *Practice statement* del 1966<sup>65</sup> – solo decenni dopo l'indipendenza americana<sup>66</sup> per cristallizzarla solo alla fine dell'Ottocento<sup>67</sup>.

Lo *stare decisis* familiare al giurista americano al momento della separazione dalla Gran Bretagna era composto di una catena di precedenti non sempre perfettamente ricostruita, generalmente consistente in *reports* non redatti dall'estensore della sentenza e rispetto ai quali ciascun giudice

---

<sup>61</sup> *Schalk und Kopf c. Austria*, 30141/04, sentenza del 24 giugno 2010, prima sezione, par. 106.

<sup>62</sup> C. Nelson, *Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*, 87 *Va. L. Rev.* 1, 2 (2001).

<sup>63</sup> G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, 276-277. Si veda anche U. Mattei, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Digesto – Discipline privatistiche*, Torino, 150.

<sup>64</sup> Sulla tendenza, anche dopo il 1966, delle corti superiori inglesi ad adeguarsi alle decisioni già prese U. Mattei, *Precedente giudiziario e stare decisis*, *cit.*, 156.

<sup>65</sup> Si veda R. Cross, J.W. Harris, *Precedent in English Law*, Oxford, 1991 (4° ed), 104; gli autori mettono in luce come il precedente nel *judicial review of legislation* tende ad avere un carattere più mite perché si lega ad un tenore normativo più generale e concepito per adeguarsi a situazioni diverse (*ivi*, 20).

<sup>66</sup> J.P. Dawson, *The Oracles of the Law*, Westport, 1968, 85; U. Mattei, *Precedente giudiziario e stare decisis*, *cit.*, 152.

<sup>67</sup> *London Street Tramways Ltd. v. London County Council* [1898] UKHL 1. N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, 2008, 25.

avvertiva di doversi attenere ma con una sorta di distanza critica, proporzionale alla povertà d'informazioni relative alle decisioni passate<sup>68</sup>. Quel che è filtrato nell'ordinamento americano<sup>69</sup> è un tipo di precedente relativamente mite, e dunque non in diretto conflitto con la prevalenza del testo scritto. Su questa recezione relativamente moderata del precedente giurisprudenziale si sono però concentrate critiche e letture di segno diverso, in momenti differenti.

Non sono mancati, soprattutto dalla corte Warren in poi<sup>70</sup>, molti fautori dell'approccio di *common law* nell'ambiente americano, i quali, più che spalleggiare la vincolatività del precedente, hanno piuttosto tentato di valorizzarne il potenziale di creatività ed evolutività graduale<sup>71</sup>. Anziché celebrarne la fermezza, ne hanno evidenziato la malleabilità e la modificabilità con il tempo, argomentando a favore dello sviluppo del diritto attraverso la giurisprudenza: una caratteristica certamente non sconosciuta al *common law* inglese<sup>72</sup>, e tuttavia particolarmente galvanizzata da questa linea di pensiero.

Viceversa, l'originalismo ha in epoca recente sferrato critiche radicali all'adozione del precedente all'interno dell'ordinamento statunitense<sup>73</sup>, nella convinzione che la vincolatività delle decisioni già prese mitighi e dunque ostacoli l'affermazione del testo scritto<sup>74</sup>. Per i sostenitori dell'originalismo nelle sue versioni più pure, il precedente costituirebbe un improprio ostacolo alla fedeltà del testo: sarebbe alternativamente inutile, qualora non facesse altro che replicare quanto contenuto nella Costituzione, o dannoso, nel caso in cui una passata decisione ne avesse travisato il dettato<sup>75</sup>.

Nonostante le critiche e le diverse letture che ne vengono offerte, il precedente, sebbene non sia un "comando inesorabile"<sup>76</sup>, svolge un ruolo di rilievo, riconosciuto formalmente dalla Corte Suprema soprattutto in *Planned Parenthood v. Casey Martin*<sup>77</sup>, ma già pienamente inserito quale

---

<sup>68</sup> *Ivi*, 80.

<sup>69</sup> Sul modesto ruolo del precedente sembra abbia pesato anche la complessità del sistema giurisdizionale americano, non solo stratificato ma profondamente disgregato dall'assetto federalista: U. Mattei, *Precedente giudiziario e stare decisis*, *cit.*, 154.

<sup>70</sup> J. Greenbaum (a cura di), *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, Milano, 1992.

<sup>71</sup> D.A. Strauss, *Originalism, Precedent, and Candor*, 22 *Constitutional Commentary* 299, 300 (2005), e, più recentemente, dello stesso autore *The Modernizing Mission of Judicial Review*, 76 *Univ. Chic. L. Rev.* 859 (2015).

<sup>72</sup> N. Duxbury, *cit.*, 27.

<sup>73</sup> M.S. Paulsen, *The Text, the Whole Text, and Nothing but the Text, So Help Me God: Un-Writing Amar's Unwritten Constitution*, 81 *Univ. Chic. L. Rev.* 1385, 1389 ss. (2014).

<sup>74</sup> Una sintesi delle posizioni su questo punto in T.E. Merrill, *Bork v. Burke*, 19 *Harvard J. L. & Publ. Pol.*, 509 (1996).

<sup>75</sup> *Idem*.

<sup>76</sup> *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991), 829. Si veda U. Mattei, *Il modello di common law*, IV ed., Torino, 2014, 162 ss.

<sup>77</sup> 505 U.S. 833 (1992), specc. 854-855: "The obligation to follow precedent begins with necessity, and a contrary necessity marks its outer limit. [...] we recognize that no judicial system could do society's work if it eyed each issue afresh in every case that raised it. [...] Indeed, the very concept of the rule of law underlying our own Constitution requires such continuity over time that a respect for precedent is, by definition, indispensable. [...] At the other extreme, a different necessity would make itself felt if a prior judicial ruling should come to be seen so clearly as error that its enforcement was for that very reason doomed.

Even when the decision to overrule a prior case is not, as in the rare, latter instance, virtually foreordained, it is common wisdom that the rule of *stare decisis* is not an "inexorable command," and certainly it is not such in every constitutional

meccanismo normale del funzionamento del sistema giudiziario e dei rapporti tra poteri e livelli di governo negli Stati Uniti<sup>78</sup>. Il precedente, infatti, normalmente limita il volume di cause a ruolo di fronte alla Corte Suprema: nel procedimento di *certiorari*, questa fa leva sulla sua giurisprudenza pregressa per selezionare i propri interventi sulle questioni che le giungono dalle corti inferiori, a seconda che ritenga i propri orientamenti da rivedere o chiarificare o, al contrario, da mantenere persino evitando di esprimersi. Quest'atteggiamento della Corte, inoltre, deferente nei confronti del proprio *stare decisis*, stimola le corti inferiori a fare altrettanto<sup>79</sup>.

La circostanza che il precedente abbia un certo peso nella giurisprudenza americana non sembra senza significato per comprendere l'atteggiamento statunitense nei confronti del costituzionalismo globale, in un duplice senso.

In primo luogo, per gli ordinamenti che ammettono un qualche grado di *stare decisis*, la citazione di un caso all'interno di una decisione non è una mera fonte d'ispirazione, ma assume un peso normativo. Quest'aspetto ha un particolare vigore nei Paesi sui sistemi basati sul precedente, sebbene il quadro ricomposto dall'influente pensiero di Patrick Glenn sembri averlo in qualche modo sottovalutato. Glenn ha parlato di una funzione non normativa, ma "persuasiva" del precedente straniero<sup>80</sup>, il quale dovrebbe avere un impatto sulla giurisprudenza e sulla dottrina non in forza del fatto di esistere, ma per la sua ragionevolezza<sup>81</sup>. Quest'interessante qualificazione<sup>82</sup> non elimina un punto fondamentale: la cultura giuridica basata sullo *stare decisis*, anche quando cita un precedente in virtù della sua persuasività, tende ad attribuirgli un peso particolare, incorporandolo

---

case. [...] Rather, when this Court reexamines a prior holding, its judgment is customarily informed by a series of prudential and pragmatic considerations designed to test the consistency of overruling a prior decision with the ideal of the rule of law, and to gauge the respective costs of reaffirming and overruling a prior case. Thus, for example, we may ask whether the rule has proven to be intolerable simply in defying practical workability [...]; whether the rule is subject to a kind of reliance that would lend a special hardship to the consequences of overruling and add inequity to the cost of repudiation [...]; whether related principles of law have so far developed as to have left the old rule no more than a remnant of abandoned doctrine[...]; or whether facts have so changed, or come to be seen so differently, as to have robbed the old rule of significant application or justification”.

<sup>78</sup> Cfr. *Vanhorne's Lessee v. Dorrance* 2 U.S. 304 (1795), 307: “To form a correct judgment, legal principles must be taken up and applied, and when this is done in a proper manner, it gives stability to judicial decisions, and security to civil rights. Hence uniformity and certainty; hence the decisions of tomorrow will be like the decisions of to-day; they will run in the same line, because they are founded on the same principles;” *ivi*, 312-313: “The constitution is the origin and measure of legislative authority. It says to legislators, thus far ye shall go and no further. Not a particle of it should be shaken; not a pebble of it should be removed. Innovation is dangerous. One incroachment leads to another; precedent gives birth to precedent; what has been done may be done again; thus radical principles are generally broken in upon, and the constitution eventually destroyed.” Quasi due secoli dopo, il punto è riaffermato, seppure con minore fermezza, in *Moragne v. States Marine Lines, Inc.*, 398 U.S. 375 (1970),404: “Very weighty considerations underlie the principle that courts should not lightly overrule past decisions. Among these are the desirability that the law furnish a clear guide for the conduct of individuals, to enable them to plan their affairs with assurance against untoward surprise; the importance of furthering fair and expeditious adjudication by eliminating the need to relitigate every relevant proposition in every case, and the necessity of maintaining public faith in the judiciary as a source of impersonal and reasoned judgments. The reasons for rejecting any established rule must always be weighed against these factors.”

<sup>79</sup> U. Mattei, *Il modello di common law*, *cit.*, 165.

<sup>80</sup> H.P. Glenn, *cit.*, 261; si veda anche C. McCrudden, *Transnational Culture Wars*, *cit.*, 502-503.

<sup>81</sup> Si veda anche R. Bronaugh, *Persuasive Precedent*, L. Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, 1987, 230.

<sup>82</sup> Su cui si veda G. Gorla, *Precedente giudiziale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, 5.

in un ragionamento dotato di forza normativa. Se in un primo momento una sentenza resa altrove aiuta un giudice nel prendere una decisione per la sua ragionevolezza, una volta introdotta nell'argomentazione essa diviene parte di un precedente e dunque acquista una particolare pregnanza all'interno dell'ordinamento. Essa viene, in un certo senso, cristallizzata nella decisione e, in quanto inserita in una catena di precedenti, acquisisce ugualmente una peculiare portata normativa. Se è stata introdotta nell'ordinamento perché persuasiva, essa poi, grazie a tale inserimento, esercita all'interno di questo una pressione destinata a durare: poiché fa parte di un precedente interno, è in grado di esercitare un certo potere attrattivo<sup>83</sup> nei confronti delle sentenze successive<sup>84</sup>.

Tale profilo probabilmente consente di illuminare un punto altrimenti poco in vista dello snodo tra la teoria dello *stare decisis* e l'apertura verso altri ordinamenti: a meno di situazioni totalmente o largamente nuove, rispetto alle quali un qualsiasi precedente manchi, abbracciare una decisione straniera può alterare la catena di precedenti, introducendo un elemento nuovo. Dopotutto, se fosse totalmente ininfluenza per la decisione, una tale citazione estera potrebbe essere omessa, oppure risulterebbe evocata *ad abundantiam*<sup>85</sup>. Se la citazione effettivamente gioca un qualche ruolo in un'area coperta già dalla giurisprudenza, essa lo fa ponendosi in tensione con i precedenti interni rilevanti<sup>86</sup>, che avrebbero potuto orientare la Corte in modo diverso.

Questa tensione dipende dunque dalle differenti concezioni con cui la giurisprudenza viene intesa in un ordinamento: acquisisce intensità diverse a seconda del ruolo normativo che si riconosce al precedente interno. Il fatto che non vi sia concordanza nell'ordinamento americano su quest'ultimo punto, non significa che il fenomeno del prestito dall'esterno non ponga problemi, ma piuttosto che inneschi reazioni differenziate nella dottrina.

Un secondo punto, ugualmente derivante dal peso che il precedente assume nella giurisprudenza, potrebbe condurre a riconsiderare l'accusa all'ordinamento americano di essere refrattario a interazioni con l'esterno. Il fatto che le citazioni di giurisprudenza straniera siano poche e siano andate persino scemando negli ultimi anni non è necessariamente indicativo di un disinteresse verso l'estero, ma potrebbe persino essere il segnale di una loro lenta ma progressiva assimilazione.

---

<sup>83</sup> Sulle diverse accezioni della forza del precedente, si veda N. Duxbury, *cit.*, 60-63. Va considerato che l'autore evidenzia la differente percezione del precedente tra giuristi britannici e continentali: "it is fair to say that *stare decisis* is much a common-law – and indeed [...] a modern common law – doctrine and that continental lawyers tend to think of precedent as persuasive argument rather than as legal authority" (*ivi*, 5).

<sup>84</sup> V. Fikfak, *English Courts and the 'Internalisation' of the European Convention of Human Rights? – Between Theory and Practice*, University of Cambridge – Legal Studies Research Paper Series, paper no. 37/2015, giugno 2015, 11.

<sup>85</sup> S. Legarre, C. Orrego, *Los usos del derecho constitucional comparado y la universalidad de los derechos humanos*, in *Revista Española de Derecho constitucional*, 2010, 22.

<sup>86</sup> Il principio dello *stare decisis* riguarda infatti non solo la regola, ma anche l'ambito in cui si applica: il conflitto con la giurisprudenza estera si gioca all'interno del contesto regolato dai precedenti interni. Sull'ambito di applicazione del precedente, si veda R. Kozel, 113 *The Scope of Precedent*, *Mich. L. Rev.* 185 (2014).

Proprio il sistema del precedente concepisce il mutamento giurisprudenziale in maniera frammentaria ma graduale<sup>87</sup>. Una novità giurisprudenziale nell'ordinamento si dilata progressivamente, attraverso nuovi casi condotti all'attenzione del giudice, che vengono decisi in base alla nuova regola di giudizio<sup>88</sup>. Nel caso di un precedente che fissa un'interpretazione costituzionale, fattispecie analoghe cambiano regolamentazione progressivamente, nella sequenza con la quale vengono sottoposte al giudice che le decide alla luce di quel precedente.

Se in un ordinamento che apprezza lo *stare decisis* ogni sentenza muove dalla quella che l'ha preceduta e ciascun giudicato costruisce un percorso verso il successivo<sup>89</sup>, un precedente straniero può imporre un mutamento di rotta alla giurisprudenza americana su un singolo punto; poi, su quella decisione della Corte Suprema basata sul materiale straniero faranno perno ulteriori cambiamenti del diritto interno. Ad esempio, la famosa e recente sentenza sul *same-sex marriage*, *Obergefell v. Hodges*<sup>90</sup>, non sembra in alcun modo influenzata da acquisizioni estere; tuttavia essa cita per ben dodici volte proprio *Lawrence v. Texas*, una tra le decisioni più famose in cui la giurisprudenza straniera – in particolare *Dudgeon c. Regno Unito* della Corte Edu<sup>91</sup> – giocò un ruolo significativo nell'orientare la Corte americana<sup>92</sup>. Il diritto al matrimonio omosessuale negli USA, inserendosi nel percorso aperto da *Lawrence*, è pertanto debitore di *Dudgeon* e della Corte Edu, proprio grazie all'uso che ne ha fatto l'estensore Kennedy in *Lawrence*. A ben guardare, *Dudgeon* ha fatto breccia nell'ordinamento americano, fino a *Obergefell*, anche se in maniera discreta.

Il giudizio sullo scarso impatto che la giurisprudenza estera eserciterebbe sulla Corte Suprema Usa può dunque essere alterato dalla diversa percezione del peso delle citazioni giurisprudenziali tra regimi di *common law* e sistemi che non adottano la logica del precedente. Questa differenza di mentalità sembra rendere difficilmente misurabile l'impatto della giurisprudenza estera su un sistema di *common law* poco favorevole alle citazioni esplicite di tali fonti: tali riferimenti al diritto straniero sono poco probabili anche perché scatenerebbero ostili reazioni politiche, ma nondimeno nei pochi casi in cui essi si verificano hanno un influsso potenzialmente durevole.

Si consideri, paradossalmente, *Oliari c. Italia*<sup>93</sup>, con cui la Corte di Strasburgo ha condannato lo Stato italiano per aver mancato di dare effettività ai diritti delle coppie omosessuali. *Oliari* ha

---

<sup>87</sup> A.R. Amar, *America's Unwritten Constitution. The Precedents and Principles We Live By*, New York, 2012, 213.

<sup>88</sup> Si veda la lettura della Costituzione americana e della giurisprudenza della Corte suprema nel prisma dell'erosione progressiva del precedente in C.R. Sunstein, *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, 2009, 97.

<sup>89</sup> A.R. Amar, *America's Unwritten Constitution*, cit., 213; D.A. Strauss, *The Common Law Genius of the Warren Court*, 49 *Wm. & Mary L. Rev.* 849, 850 (2007).

<sup>90</sup> 576 U.S. \_\_\_ (2015).

<sup>91</sup> Ric. n. 7525/76, decisa dalla Grande Camera il 22 ottobre 1981.

<sup>92</sup> M.A. Glendon, *Comparative Law in the Age of Globalization*, cit., 1 ss.

<sup>93</sup> Ricc. n. 18766/11 e 36030/11, decisi il 21 luglio 2015, quarta sezione.



mostrato un'ampia considerazione per *Obergefell*, dedicandole un intero paragrafo<sup>94</sup>, mentre non ha prestato praticamente alcuna attenzione alla propria decisione *Dudgeon*<sup>95</sup>: cioè la sentenza che aveva ispirato, tramite *Lawrence*, anche *Obergefell* negli Stati Uniti. La sentenza di Strasburgo *Dudgeon*, dunque, sembra avere avuto effetti più duraturi nel tempo nella giurisprudenza americana che presso la Corte che l'aveva decisa.

La dottrina del precedente, in sostanza, se sembra costringere la cultura giuridica americana a moderare l'ispirazione dall'estero, pare però consegnarle una capacità pervasiva poco esplicita ma molto profonda.

Quanto detto a proposito degli Stati Uniti non trova effettivamente riscontro in altri Paesi di *common law*, in *primis* la medesima Gran Bretagna, la quale è ormai coinvolta in un significativo ed esplicito flusso di informazioni e di circolazione di modelli che condivide con altre democrazie del *Commonwealth*; tuttavia, proprio questa comune appartenenza, insieme ad altri fattori, giustifica il grado di maggiore permeabilità di quell'ordinamento. Si tornerà più tardi sull'argomento.

### 2.3. Il costituzionalismo politico

Il rapporto tra potere politico e potere giudiziario nel costituzionalismo americano è segnato da un difficile equilibrio. L'attivismo giurisprudenziale ha normalmente suscitato molte più perplessità rispetto a quanto avvenuto in Europa, ove la Corte di Strasburgo e soprattutto di Lussemburgo hanno interpretato un ruolo di primissimo piano proprio nello sviluppo del tessuto giuridico sia del Consiglio d'Europa sia dell'Unione europea.

L'affermazione del ruolo del giudiziario è stata notoriamente progressiva nel costituzionalismo americano, ottenendo una definitiva consacrazione solo verso la metà del Novecento<sup>96</sup>. L'area di competenza dei giudici è risultata un terreno di scontro, su cui la cultura costituzionalistica statunitense è tornata a più riprese, con il potere giudiziario a svolgere un ruolo pendolare tra posizioni più quietiste e maggiormente attiviste<sup>97</sup>.

Per persuadere della necessità di un forte apparato giudiziario federale, innanzitutto Hamilton nel *Federalista* evidenziò come questo potere fosse neutro, essendo dotato di nient'altro che "giudizio"<sup>98</sup>, e dunque non potesse interferire con i poteri d'indirizzo politico. *Marbury v. Madison*,<sup>99</sup> inaugurando la stagione della giustizia costituzionale americana, riconobbe al potere giudiziario il compito di assicurare l'assoluta preminenza della Costituzione: un'affermazione che,

---

<sup>94</sup> Par. n. 65.

<sup>95</sup> Par. n. 95: *Dudgeon* è quasi introvabile all'interno di una parentesi contenente un folto elenco di sentenze.

<sup>96</sup> A.R. Amar, *cit.*, 152; M.J. Horwitz, *La trasformazione del diritto americano. 1870-1960*, Bologna 2004, 379-380.

<sup>97</sup> Si vedano le considerazioni di K.E. Wittington, *The Least Activist Supreme Court in History? The Roberts Court and the Exercise of Judicial Review*, 89 *Notre Dame L. Rev.* 2219, 2220 ss. (2014).

<sup>98</sup> A. Hamilton, *Il Federalista*, n. 78, a cura di M. D'Addio-G. Negri, Bologna, 1980, 582.

<sup>99</sup> 5 U.S. 137 (1803).

come Tocqueville di lì a poco avrebbe notato, assicurò al giudiziario un enorme potere politico<sup>100</sup>. Con *Dred Scott v. Sandford*, la Corte Suprema pose le premesse per la guerra civile, o quantomeno non la impedì. Tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, essa oscillò tra tradizionalismo liberale e progressismo economico sociale<sup>101</sup>, divenendo infine il custode del *New Deal* rooseveltiano<sup>102</sup>. Con l'*incorporation* e più generalmente una forte attenzione per i diritti civili<sup>103</sup>, essa traghettò alla seconda metà del Novecento l'ordinamento americano, radicando la cultura dei diritti a tutti i livelli del federalismo<sup>104</sup>. Dalla fine degli anni sessanta, Bickel avrebbe richiamato il giudiziario all'alveo descritto dai costituenti, richiamando proprio la formula hamiltoniana del "potere meno pericoloso"<sup>105</sup>: una strada seguita da Mary Ann Glendon<sup>106</sup> e poi più generalmente dal movimento originalista.

Quest'oscillazione ha complessivamente mantenuto la Corte Suprema al centro dell'edificio costituzionale americano. Tutto ciò, però, non ha eliminato una componente fondamentale di quella struttura ordinamentale, la quale mantiene alcune delle cifre caratteristiche del costituzionalismo britannico da cui prese le mosse.

È in particolare il carattere "politico" di quel costituzionalismo a caratterizzare ancora l'ordinamento americano. Sebbene esso sia ovviamente collocato all'interno del costituzionalismo giuridico grazie alla presenza di una giustizia costituzionale<sup>107</sup>, esso è comunque indebitato in un certo modo con il filone politico del costituzionalismo,<sup>108</sup> riemerso soprattutto tramite una sensibilità che ha preso il nome di "costituzionalismo popolare"<sup>109</sup>: non è un caso che la cultura giuridica americana insista sulla necessità che non sia solo il potere politico a essere "limitato e controbilanciato", ma anche quello giudiziario<sup>110</sup>. L'insistenza specifica sul carattere rappresentativo e sulla legittimazione popolare delle cariche politiche, sulla circostanza che sia stato conferito ad esse e non ad altri soggetti il compito di guidare la Federazione o i singoli Stati, è tuttora un elemento vitale del costituzionalismo americano, che sembra avere profonde conseguenze

---

<sup>100</sup> A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, Milano, 2003, 101-2.

<sup>101</sup> G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. II La costituzione democratica*, Torino, 2000, 205.

<sup>102</sup> D.A. Strauss, *The Common Law Genius*, cit., 850.

<sup>103</sup> A.R. Amar, cit., 152; M.J. Horwitz, cit., 156.

<sup>104</sup> D.A. Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, 63 *Univ. Chic. L. Rev.* 877, 921-922 (1996).

<sup>105</sup> A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven-Londra, 1986.

<sup>106</sup> *Rights Talk: The Impoverishment of American Public Discourse*, New York, 1991, e *Traditions in Turmoil*, Sapienza, 2006.

<sup>107</sup> R. Bellamy, *The Democratic Legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the European Convention on Human Rights*, *Eur. J. Int. L.* 25, 4 (2014), 1021.

<sup>108</sup> A. Tomkins, *In Defence of the Political Constitutionalism*, 22 *Oxford J. Legal St.* (2002) 157, 169-170.

<sup>109</sup> L.K. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, 2004; M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, 1999.

<sup>110</sup> J. Scalia, opinione della Corte, in *College Savings Bank v. Florida Prepaid Postsecondary Education Expense Board* 527 U.S. 666 (1999), 690.

sul modo di concepire il ruolo del giudiziario, e sulla sua capacità di costruire una rete di relazioni e di scambi con l'esterno.

La convinzione che la Costituzione collochi in maniera univoca e insostituibile le decisioni discrezionali, e più generalmente creative di diritti, nelle mani del decisore politico, si ritrova in molti campi, alcuni meno scontati ed evidenti di altri. Sicuramente si riscontra nelle critiche alla teoria secondo cui "ogni cosa è giustiziabile"<sup>111</sup>, quanto nell'insistenza sulle procedure previste dalla Costituzione per la sua emendabilità e sulla loro insostituibilità con una particolare iniziativa del potere giudiziario. Tuttavia vi sono anche altri campi meno sospettabili: ad esempio, il mutamento di un precedente giudiziario è per alcuni sintomo di un attivismo giurisprudenziale irrispettoso del compito esclusivamente politico di innovare l'ordinamento<sup>112</sup>. La preoccupazione di ricavare spazio al potere politico, secondo alcuni, si ritrova anche nelle teorie evolutive di Bruce Ackerman<sup>113</sup>: questi, sostenendo che le modificazioni profonde del tessuto costituzionale americano si possano verificare non solo attraverso le procedure costituzionali previste, ma anche tramite un dialogo creativo tra la popolazione e la sfera giudiziaria, in realtà ammette la creatività giurisprudenziale *in quanto* le attribuisce la capacità di interpretare il sentimento popolare. Dunque, in ultima analisi, anche Ackerman riconduce al corpo politico l'iniziativa di modificare l'ordinamento<sup>114</sup>, sebbene ritenga che sussistano diversi modi di metterla in pratica. Come ha messo in luce certa dottrina, nelle tesi di Ackerman persino le sentenze più radicalmente criticate dalla stragrande maggioranza della dottrina americana – da *Dred Scott* a *Lochner*<sup>115</sup> – non sarebbero in sé incostituzionali, ma anzi coerenti con la sensibilità politica dominante al tempo in cui furono rese; sarebbe stato il mutamento culturale successivo, ad avere mutato la rotta. Quelle sentenze non sarebbero contrarie alla Costituzione, ma piuttosto sarebbero state successivamente superate da nuove interpretazioni costituzionali offerte dal corpo politico per mezzo di iniziative legislative o l'azione dei giudici<sup>116</sup>.

Questi frammenti del costituzionalismo politico che sopravvivono nella sensibilità americana<sup>117</sup> paiono ostare a una convinta adesione a diversi tratti distintivi del costituzionalismo globale, impostato piuttosto sulla giurisdizionalizzazione dei processi politici. Non è mistero che il

---

<sup>111</sup> A. Barak, citato in R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.)-Londra, 2004, 169.

<sup>112</sup> B.W. Miller, *Legislated Rights: From Magna Carta to Montgomery March*, 6 *Faulkner L. Rev.* 21, 46 (2014).

<sup>113</sup> Nota la sua trilogia *We The People (Foundations, Transformations, The Civil Rights Revolution)*, Cambridge (Mass.), 1991, 1998 e 2014.

<sup>114</sup> Si vedano le osservazioni sulle teorie di Ackerman sviluppate in J.M. Balkin, "Wrong the Day It Was Decided": *Lochner and Constitutional Historicism*, 85 *BU L. Rev.* 677, 693 (2005).

<sup>115</sup> 198 U.S. 45 (1905).

<sup>116</sup> J.M. Balkin, "Wrong the Day It Was Decided", *cit.*, 692-693.

<sup>117</sup> Sulla qualificazione del costituzionalismo politico e sul suo rapporto con il "popular constitutionalism", si veda, di recente, M. Tushnet, *Popular Constitutionalism as Political Law*, 81 *Chicago-Kent L. Rev.* 991 (2006).

costituzionalismo globale manchi di una legittimazione popolare e, in ultima analisi, politica<sup>118</sup>, ma si sostenga piuttosto sulla sua capacità di offrire un'argomentazione razionale alle proprie decisioni<sup>119</sup>: processo nel quale interverrebbero e si giustificerebbero dunque i prestiti dall'esterno. Questo sembra essere un punto di particolare attrito tra costituzionalismo politico e giuridico: mentre il primo dà particolare smalto alla provenienza di una decisione dal corpo politico, il secondo s'interroga sulla sua validità argomentativa, e dunque attribuisce maggior peso al potere giudiziario, proprio perché, come diceva Hamilton, quest'ultimo non trae forza se non dal suo giudizio. In altre parole, se “[n]ella globalizzazione si consuma la rottura del monopolio e del rigido controllo statale sul diritto”<sup>120</sup>, tale rottura è percepita dal costituzionalismo politico anche come una preoccupante perdita di controllo da parte del corpo politico: la globalizzazione sviluppa il ruolo del potere giudiziario, erodendo la primazia della compagine politica.

Sono anche altri i fattori, ugualmente connessi alla mancanza di legittimazione politica, che coinvolgono il costituzionalismo globale e che il costituzionalismo politico rifiuta. In questo senso è particolarmente evidente il contrasto americano con l'approccio della Corte europea dei diritti dell'uomo. Se si è già notato il conflitto tra l'originalismo americano e l'impostazione evolutiva della Corte Edu, a questo vanno aggiunti almeno il tema del *consensus* e scrutini come quello di proporzionalità, ugualmente incidenti nella giurisprudenza di Strasburgo<sup>121</sup> e tuttavia controversi nella cultura costituzionalistica americana.

Come noto, lo strumento del *consensus* è un propulsore dell'evoluzione della Corte europea<sup>122</sup>, sebbene non venga utilizzato così frequentemente<sup>123</sup>. Questo metodo aggrega dati provenienti da ordinamenti differenti, per individuare linee di tendenza, circoscrivere le convergenze e concretizzare i diritti stabiliti nella Convenzione. Nel farlo, come si è visto, la Corte Edu tende a guardare oltre i propri confini, instaurando delle comparazioni anche con ordinamenti extra-europei e mostrando dunque di interpretare la protezione dei diritti in un orizzonte davvero globale.

L'idea del *consensus* non è univocamente abbracciata dalla cultura americana. Questo per due ordini di ragioni. In primo luogo, per l'inclinazione federalistica dell'ordinamento americano, che sviluppa l'idea di un diritto calibrato sulla comunità di riferimento. Quest'approccio è riluttante a chiedersi quale sia una regola giusta; piuttosto si chiede quale sia la regola giusta *per la Virginia*, il

---

<sup>118</sup> S. Cassese, *Global Administrative Law: The State of the Art*, *Int. J. Con. L.* 13 (2015) 467.

<sup>119</sup> M. Cohen, *When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach*, 72 *Wash & Lee L. Rev.* 483, 486 (2015).

<sup>120</sup> G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storia e teorica*, Napoli, 2007, 47.

<sup>121</sup> K. Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, 2015, 17.

<sup>122</sup> *Idem*.

<sup>123</sup> *Ibidem*, 21-23, ove si sostiene che il *consensus* eserciti un ruolo attivo effettivamente in meno del 5% dei casi all'attenzione della Corte.

*Connecticut*, o gli *Stati Uniti* a seconda del livello di governo pertinente<sup>124</sup>. Quest'orientamento localistico è sopravvissuto all'*incorporation*, per ritrovare anzi vigore con l'originalismo<sup>125</sup>.

Una seconda forte ragione di opposizione al *consensus* passa attraverso il *Teorema di Condorcet* e la sua critica. Una delle maggiori teoriche a favore del *consensus*, utilizzate soprattutto dalla dottrina americana favorevole al suo utilizzo da parte della Corte Suprema<sup>126</sup>, segue un'intuizione del filosofo e matematico francese, il quale sviluppa la convinzione che in un giudizio tra pari, la scelta della maggioranza abbia più probabilità di puntare nella direzione giusta<sup>127</sup>. Tradotto in termini di politica costituzionale, questo significherebbe che se la maggioranza – o una porzione comunque considerevole – dei Paesi sviluppati individua l'esistenza di un nuovo diritto, è ragionevole presumere che quel diritto effettivamente esista<sup>128</sup>.

Ebbene, proprio il *Teorema di Condorcet* è stato sottoposto a una critica particolarmente serrata, che si è concentrata sui presupposti su cui poggia il *Teorema* e sulla sua applicabilità all'interpretazione costituzionale<sup>129</sup>. Queste critiche mettono in luce la traslazione cui il *Teorema* è sottoposto per essere applicato nel contesto giurisprudenziale. La logica del *Teorema di Condorcet* funziona facilmente per una giuria nella quale ciascuno si chiede cosa sia vero, non semplicemente giusto<sup>130</sup>. Tra l'altro, quest'utilizzo giurisprudenziale di Condorcet postulerebbe che i giudici si debbano interrogare su quale sia la soluzione giusta, piuttosto che su quella coerente con il testo costituzionale di riferimento<sup>131</sup>. In sostanza, il *consensus* costruito sul *Teorema* non sarebbe che un'espressione, ancora una volta, di un costituzionalismo che affida al potere giudiziario e alla sua capacità argomentativa le decisioni sulla giustizia, anziché alla Costituzione e alla politica.

Anche sul largo uso dello scrutinio di proporzionalità proposto dal costituzionalismo globale si appunta la critica, o quantomeno lo scetticismo della cultura giuridica americana<sup>132</sup>. Sebbene tale scrutinio non sia sconosciuto all'interpretazione costituzionale soprattutto con riferimento al secondo emendamento, che proibisce pene disumane e degradanti, la formulazione della proporzionalità come un vero e proprio test, sulla scorta delle corti sopranazionali europee e soprattutto di quella tedesca, è fonte di radicali opposizioni.

---

<sup>124</sup> N.Q. Rosenkranz, *Condorcet and the Constitution: A Response to The Law of Other States*, 59 *Stan. L. Rev.* 1281, 1296-97 (2007).

<sup>125</sup> A. Pin, *La sovranità in America. Il federalismo di fronte alla Corte Suprema, dalle origini alla crisi economica contemporanea*, Padova, 2012, 72.

<sup>126</sup> E.A. Posner, C.R. Sunstein, *The Law of Other States*, 59 *Stanford L. Rev.* 131, 136 (2006-2007).

<sup>127</sup> S. Dothan, *Why Granting States a Margin of Appreciation Supports the Formation of a Genuine European Consensus*, *ICourts Working Papers Series*, The Danish National Research Foundation's Centre of Excellence for International Courts, 22/2015, 5.

<sup>128</sup> E.A. Posner, C.R. Sunstein, *cit.*, 136.

<sup>129</sup> N.Q. Rosenkranz, *cit.*, 1283.

<sup>130</sup> P.H. Edelman, *On Legal Interpretations of the Condorcet Jury Theorem*, 31 *J. Legal St.* 3 (2002) 327 ss.

<sup>131</sup> S. Dothan, *cit.*, 5.

<sup>132</sup> F.J. Urbina, *A Critique of Proportionality*, 57 *Am. J. Jurisprudence* 49 (2012).

Lo scetticismo nei confronti del test di proporzionalità non deriva dal fatto che esso si configuri come uno strumento di scrutinio coerente e stabile; il ricorso a metodi di giudizio durevoli è del resto un tratto caratterizzante della giurisprudenza americana<sup>133</sup>, e il test di proporzionalità si è diffuso invero proprio perché ha i tratti di un vaglio trasparente, improntato a caratteri di neutralità e imparzialità<sup>134</sup>, prevenendo considerazioni partigiane. Quel che sembra suscitare dubbi da parte americana, viceversa, è l’impatto che questo tipo di giudizio avrebbe sulla separazione dei poteri.

Il test di proporzionalità, con la sua valutazione mezzi-fini, entrerebbe in un ambito di discrezionalità che la Costituzione americana avrebbe riservato al legislatore<sup>135</sup>: il giudizio di costituzionalità non potrebbe avventurarsi in un contesto che gli sarebbe precluso. Che quest’osservazione tocchi un tasto sensibile, in qualche senso, è confermato dal fatto che le Corti costituzionali e sovranazionali hanno normalmente espanso il proprio ambito di operatività attraverso il test di proporzionalità<sup>136</sup>. Questo confermerebbe, per i suoi oppositori, il carattere invasivo del test nei confronti dell’ambito lasciato al legislatore.

Che questi aspetti di frizione con il costituzionalismo globale derivino dal carattere politico di quello americano sembra confermato dalla vicenda dell’ordinamento britannico nel quadro del diritto CEDU. La Gran Bretagna ha infatti mostrato segni di crescente insofferenza nei confronti del diritto espresso dalla Corte di Strasburgo<sup>137</sup>, con un parallelismo quasi perfetto rispetto alla giurisprudenza americana. Anche dal Regno Unito si sono levate critiche nei confronti dell’atteggiamento creativo della Corte Edu, che sarebbe precluso a un organo giudiziario<sup>138</sup>; è stato rivolto un appello al rispetto della Convenzione nel suo significato letterale e originario<sup>139</sup>; infine è cresciuto un particolare atteggiamento di sospetto nei confronti del giudizio di proporzionalità, che non si è fatto ancora pienamente strada nelle corti britanniche<sup>140</sup>, le quali hanno mostrato anche recentemente di preferire talvolta il risalente *Wednesbury Test*<sup>141</sup>, perché più deferente nei confronti del legislatore e insieme ritenuto meno arbitrario<sup>142</sup>.

---

<sup>133</sup> S. Breyer, *cit.*, 255-256.

<sup>134</sup> *Ivi*, 257.

<sup>135</sup> *Ivi*, 56.

<sup>136</sup> L. Palombella, *The Rule of Law as an Institutional Ideal*, in L. Morlino, Id. (eds.), *Rule of Law and Democracy. Inquiries into Internal and External Issues*, Leiden, 2010, 32.

<sup>137</sup> *Ex multis*, si vedano V. Fikfak, *cit.*, 1; E.S. Walton, *Preserving the European Convention on Human Rights: Why the UK's Threat to Leave the Convention could Save It*, in *Capitol University L. Rev.* 2014, 977.

<sup>138</sup> E.S. Walton, *cit.*

<sup>139</sup> J. Finnis, *Prisoners' Voting and Judges' Powers*, *Oxford Legal Studies Research Paper No. 58/2015 – Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 1529*, 19; ma si veda V. Fikfak, *cit.*

<sup>140</sup> M. Taggart, *Proportionality, Deference, Wednesbury*, *New Zealand L. Rev.* 2008, 423.

<sup>141</sup> *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1947] EWCA Civ 1.

<sup>142</sup> Si veda il conflitto culturale culminato nella sentenza della Corte Edu *Smith and Grady v. UK*, ricc. n. 33985, 1996, and 33986, 1996, decise il 27 settembre 1999, spec. parr. 29, 31, 137 e 138: il caso è stato risolto in due modi opposti da corti inglesi e di Strasburgo in ultima analisi per una diversa intensità di scrutinio – di “razionalità” nel campo britannico, di “proporzionalità” in quello Edu, nella piena consapevolezza da parte di ciascun giudice di essere chiamato ad applicare quello specifico tipo di scrutinio.

Nel complesso, l'atteggiamento americano sembra scettico nei confronti del costituzionalismo globale perché quest'ultimo accentua particolarmente la logica dei *diritti* – non a caso la dimensione largamente prevalente nell'attività di prestiti concettuali tra una corte e l'altra<sup>143</sup>. Come Waldron ha messo in evidenza, la pratica del *judicial review* tende proprio a trasformare il linguaggio politico e giuridico in un linguaggio per diritti<sup>144</sup>, vera *lingua franca* dell'*adjudication*. Questo costringe argomenti e lessico in categorie che il costituzionalismo politico trova talvolta forzate<sup>145</sup>: dove per il costituzionalismo giuridico si colloca un diritto azionabile, quello politico può ad esempio riscontrare semplicemente una zona d'immunità derivante dal silenzio del legislatore<sup>146</sup>; ambiti che il costituzionalismo giuridico sottopone al controllo del giudizio di costituzionalità, in quello politico vengono mantenuti nell'area di dibattito e confronto politico e divengono oggetto di *policies*<sup>147</sup>.

La caratteristica del ragionamento per diritti ha infine un effetto particolare sul costituzionalismo politico: esso non esprime semplicemente una logica parallela e differente, ma può persino esercitare un effetto disgregante sugli ordinamenti caratterizzati da una particolare densità della dimensione politica. Come Joseph Weiler ha messo in luce, gli strumenti principali dell'integrazione europea attraverso i diritti, come il rinvio pregiudiziale, strutturalmente pongono l'individuo che esprime una pretesa in posizione dialettica nei confronti della comunità nazionale di riferimento, obbligando il giudice dell'Unione a prendere una posizione<sup>148</sup>. Questo alla lunga tende a creare una cesura all'interno delle comunità nazionali, le quali hanno percepito anche per questa ragione il diritto dell'Unione come forza disgregante, rivolgendo la propria critica verso di essa<sup>149</sup>. Il costo dell'integrazione “per diritti” è dunque consistito in una diluizione dei legami politici attorno ai quali invece fa perno il costituzionalismo politico. Questo pare motivare, almeno in parte, lo scetticismo americano nei confronti della centralità della giurisdizione.

---

<sup>143</sup> J.L. Dunoff, A. Wiener, M. Kumm, A.F. Lang Jr., J. Tully, *Editorial: Hard Times: Progressive narratives, Historical Contingency and the fate of global constitutionalism*, 4 *J. Global Constitutionalism* 11, 12 (2015).

<sup>144</sup> J. Waldron, *The Core of the Case against Judicial Review*, 115 *Yale L. J.* 1346, 1353 e 1381 (2006).

<sup>145</sup> M. Tushnet, *cit.*, 992-993.

<sup>146</sup> M. Elliott, *Beyond the ECHR: Human Rights and the Common Law*, *Legal Studies Research Paper Series – University of Cambridge, Faculty of Law*, paper n. 19/2015, aprile 2015, 12.

<sup>147</sup> A. Tomkins, *cit.*, 172-173 e 175.

<sup>148</sup> J.H.H. Weiler, *Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration: An Exploratory Essay*, in J. Dickson, P. Eleftheriadis (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, 2012, 155: “The situation implicated in preliminary references always posits an individual vindicating a personal, private interest against the public good. Paradoxically, European rights, in some interesting way, become anti-community rights. If the social reality of the European construct were stronger, this could be seen as mitigating this effect. But the reality of the situation from a social perspective is that – for good legal reason – the principal artifact of the principle of the rule of law in the thin political space constituted by the Union places the individual at odds with his or her thicker national political space. This is how it should be legally. This is what creates the most effective drive for compliance. But this is why it also contributes to the national social and political turn against the Union.”

<sup>149</sup> *Idem*.

## 2.4. Internazionalismo e comparativismo

La dimensione politica del costituzionalismo americano si riflette, sul piano esterno, in una speciale resistenza ad aderire al diritto internazionale<sup>150</sup> e a trarre spunto dal diritto straniero, sia nazionale sia sovranazionale.

Il legame tra diritto internazionale e comparato in questa trattazione non appare arbitrario. I due campi hanno, nella logica predominante negli Stati Uniti, un simile destino, che si riflette nello sviluppo delle discipline internazionalistiche e comparatistiche, dominate da riviste giuridiche che si occupano indifferentemente di diritto internazionale e comparato e da studiosi che si muovono trasversalmente tra un campo e l'altro. Persino l'analisi e la critica all'uso del diritto comparato e del diritto internazionale sovente s'intrecciano in saggi e volumi dal contenuto miscelaneo<sup>151</sup>.

Parte della dottrina e della giurisprudenza considerano entrambi come corpi esterni, che possono legittimamente entrare nell'ordinamento solo alle condizioni previste dal costituzionalismo politico<sup>152</sup>. Sul piano federale, sarebbero in particolare il Congresso e il Presidente degli Stati Uniti, ciascuno in base alla propria competenza, le chiavi di accesso del diritto internazionale e straniero. Il primo penetrerebbe nell'ordinamento americano attraverso l'adesione a fonti di diritto internazionale; il secondo invece attraverso il diritto internazionale privato, quando per risolvere una controversia sia necessario riferirsi al diritto di un altro Paese.

La diretta applicabilità del diritto internazionale è stata oggetto di dibattito per tutta la durata dell'esperimento costituzionale americano. Fattori di un riconoscimento del diritto internazionale consuetudinario<sup>153</sup> si sono opposti a fazioni maggiormente critiche e convinte che sia necessaria un'espressa attivazione dei processi politici affinché il diritto internazionale sia recepito all'interno dell'ordinamento<sup>154</sup>. *Medellin c. Texas*<sup>155</sup> in tempi recenti ha sia elencato le condizioni restrittive alle quali il diritto internazionale dei trattati entra nel diritto americano, sia mostrato quanto la giurisprudenza sia riottosa nel prendere l'iniziativa e ampliare gli effetti dei trattati cui l'America ha aderito, per timore di scalzare il potere politico nel ruolo di capofila nelle relazioni internazionali<sup>156</sup>:

---

<sup>150</sup> G.F. Ferrari, *La comparazione giuridica nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America*, cit., 331.

<sup>151</sup> J. Waldron, "Partly Laws Common to All Mankind". *Foreign Law in American Courts*, New Haven-Londra, 2012, 28.

<sup>152</sup> Si veda G. de Burca, *International Law Before the Courts: the EU and the US Compared*, 55 *Va. J. Int. L.* 685, 723-726 (2015), che mette in evidenza come in ogni caso l'impostazione della Corte Suprema sia più complessa e ondivaga di come venga normalmente descritta.

<sup>153</sup> In questo senso, ad esempio, *The Paquete Habana* 175 U.S.677 (1900).

<sup>154</sup> P.B. Stephan III, *International Law in the Supreme Court*, *Sup. Ct. Rev.* 150 (1990).

<sup>155</sup> 552 U.S. 491 (2008).

<sup>156</sup> Nelle parole dell'opinione della Corte, resa dal C.J. Roberts, "The dissent's [di J. Breyer, favorevole all'autoapplicabilità di un trattato internazionale siglato dagli Stati Uniti] contrary approach would assign to the courts—not the political branches—the primary role in deciding when and how international agreements will be enforced. To read a treaty so that it sometimes has the effect of domestic law and sometimes does not is tantamount to vesting with the judiciary the power not only to interpret but also to create the law".



un atteggiamento che ad esempio influisce fortemente sull'intensità con cui gli Stati Uniti resistono all'intervento nei loro confronti della Commissione interamericana per i diritti dell'uomo<sup>157</sup>. Questi fenomeni tradiscono un'impostazione ancora ripiegata sulla centralità del potere politico, nella convinzione – come ha evidenziato la dottrina – che questa scelta alla lunga possa favorire l'apertura dell'ordinamento: se la giurisprudenza prendesse una propria iniziativa, probabilmente scoraggerebbe il Congresso a intraprendere azioni diplomatiche e giuridiche di concerto con altri Paesi, per il timore che un nuovo canale aperto venga poi utilizzato dai giudici per scopi incontrollabili<sup>158</sup>. Al contrario, un'azione misurata da parte delle Corti favorirebbe l'ottimismo e dunque l'iniziativa del potere legislativo<sup>159</sup>, il quale sarebbe rassicurato nella sua capacità di guidare tali relazioni con altri Paesi e la comunità internazionale.

Rispetto al diritto internazionale, il diritto comparato presenta un aspetto di ulteriore complicazione per la dottrina americana: la possibilità di trarre ispirazione da fonti che non appartengono al primo, ma a ordinamenti nazionali o macroregionali, risulta ulteriormente depotenziata. Patriotismo costituzionale, teoria del precedente e costituzionalismo politico convergono con particolare vigore a frenare il ricorso al diritto straniero. Sinteticamente, e riprendendo quanto già detto sopra, esso *a)* si baserebbe su fondamenti diversi da quello formalmente alla base dell'ordinamento, ossia la Costituzione; *b)* interferirebbe con l'ordinato dispiegarsi del ragionamento giuridico condotto dai giudici, in quanto inserirebbe materiali esogeni rispetto alla catena di precedenti; *c)* costituirebbe un'operazione essenzialmente politica, in quanto il diritto straniero rilevante sarebbe determinato in base alle preferenze del singolo operatore, con un'operazione notoriamente definita di “*cherry-picking*”<sup>160</sup>. Tale caratterizzazione politica perturberebbe la cifra del costituzionalismo americano che ha suddiviso e ripartito i poteri pubblici, lasciando alla giurisdizione solo quello di “giudicare”, come sopra visto. In questo senso si comprende l'affermazione sopra ricordata di Scalia, secondo cui la comparazione non è utile a interpretare, ma a redigere un testo<sup>161</sup>: il ricorso ad elementi esterni non farebbe parte dei compiti di un giudice, ma del legislatore, anche costituzionale.

Se raffrontato con l'atteggiamento britannico, maggiormente aperto all'influsso esterno, quello americano può, ad un primo sguardo, apparire poco comprensibile; tuttavia, è forse nel raccordo tra diritto internazionale e diritto comparato che vanno cercate le ragioni che, mentre frenano l'America, facilitano la partecipazione del Regno Unito alla circolazione globale di idee giuridiche.

---

<sup>157</sup> Su temi e in momenti diversi, si vedano R.J. Wilson, *The United States' Position on the Death Penalty in the Inter-American Human Rights System*, 42 *S.ta Clara L. Rev.* 1159 (2001-2002), e M. Satterwaithe, *Using Human Rights Law to Empower Migrant Domestic Workers in the Inter-American System*, N. Piper (ed.), *New Perspectives on Gender and Migration*, New York, 2008, 238.

<sup>158</sup> P.B. Stephan III, *cit.*, 150.

<sup>159</sup> *Ivi*, 153 e 157-158.

<sup>160</sup> *Ex multis*, M. Gelter, M.M. Siems, *cit.*, 40.

<sup>161</sup> Sul tema si veda, da ultimo, T.E. Frosini, *Legislazione e comparazione*, in *Dir. pubb. comp. eur.* 1/2015, 63 ss.

La Gran Bretagna è caratterizzata da alcuni elementi strutturali dalla forte somiglianza con quelli elencati poco sopra: un certo retaggio per la tradizione tiene luogo del patriottismo costituzionale radicato su un testo scritto; il ruolo del precedente è molto più incisivo, e dunque ci si potrebbe attendere un'ulteriore resistenza alla penetrazione di schemi e idee giuridiche esterne; infine, il costituzionalismo politico britannico è persino più solido, non contemplando il *judicial review of legislation*<sup>162</sup>.

È invece *communis opinio* che l'ordinamento britannico viva da tempo una stagione di intenso dialogo con altri ordinamenti. In particolare, esso, oltre a offrire materiali, trarrebbe spunto da Canada, Nuova Zelanda e Australia, ma più generalmente terrebbe in considerazione l'evoluzione del diritto negli altri membri del *Commonwealth*<sup>163</sup>.

Esattamente la comune appartenenza al *Commonwealth* pare essere un fattore differenziale, in grado di spiegare almeno in parte il diverso atteggiamento britannico rispetto a quello americano<sup>164</sup>. La partecipazione a quel consesso sovranazionale di molti Paesi di lingua inglese è la filiazione di una lunga tradizione di condivisione della giurisdizione<sup>165</sup>. Fino al secondo Novecento, molti di quei Paesi dai quali ora i giudici britannici traggono idee e soluzioni avevano nella Madrepatria gli organi apicali della giurisdizione. Il *Privy Council* ha, almeno formalmente, rappresentato l'ultimo grado di giudizio fino a decenni recenti per l'Oceania<sup>166</sup>. Questa circostanza sembra avere favorito e legittimato un *habitus* giudiziario<sup>167</sup> – quello della circolazione delle idee<sup>168</sup> – che invece negli Stati Uniti non si è presentato, in quanto la separazione politica dalla Gran Bretagna al tempo della sua indipendenza ha reciso anche i legami con la sua giurisdizione<sup>169</sup>.

L'esempio britannico<sup>170</sup> sembra risultare illuminante anche per comprendere l'atteggiamento di molti altri ordinamenti, coinvolti nella circolazione di concetti sul piano globale soprattutto

---

<sup>162</sup> B.W. Miller, *cit.*, 21 ss.

<sup>163</sup> C. McCrudden, *A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, 20 *Oxford J. Legal Studies* (2000) 505.

<sup>164</sup> Sullo sviluppo di un modello caratteristico di quell'area, si veda S. Garbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge, 2013.

<sup>165</sup> Sul ruolo del *Privy Council* nello sviluppare la comparazione, anche in contraddizione con un certo isolazionismo britannico, si veda G.F. Ferrari, *Il diritto comparato nella giuspubblicistica britannica dall'inizio dell'Ottocento alla prima guerra mondiale*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 1/2015, 40 e 60-61.

<sup>166</sup> R. Hirschl, *Comparative Matters*, *cit.*, 35.

<sup>167</sup> È notevole come quest'esigenza della giurisprudenza non abbia raggiunto che gradualmente la giuspubblicistica britannica: si veda G.F. Ferrari, *Il diritto comparato nella giuspubblicistica britannica dall'inizio dell'Ottocento alla prima guerra mondiale*, *cit.*, 37-38.

<sup>168</sup> C. Saunders, *cit.*, 576.

<sup>169</sup> V.C. Jackson, *Comparative Constitutionalism, Legal Education, and Civic Attitudes*, *cit.*, 196.

<sup>170</sup> Va considerato che la partecipazione della Gran Bretagna alla circolazione di idee giuridiche sembra comunque impostata lungo i canali della *common law*, mentre fatica ad estendere il suo raggio all'attività parlamentare. È infatti ben diversa la ricezione delle tendenze della Corte Edu oltre la Manica, quando esse entrino in rotta di collisione con la sensibilità politica che si esprime attraverso la sovranità del Parlamento. Il costituzionalismo britannico convive infatti piuttosto a fatica in un sistema nel sistema governato dalla Corte di Strasburgo. Esso ha inteso mantenere la tradizionale impostazione propria del costituzionalismo politico, negando con lo *Human Rights Act* (1998) alle corti domestiche il potere di modificare la legislazione alla luce della giurisprudenza Cedu, ed ora avverte l'emergenza un forte conflitto tra

attraverso la dimensione giurisprudenziale. Questi Paesi sembrano essere sostenuti nella loro attività dalla circostanza di essersi coinvolti in progetti costituzionali o para-costituzionali più ampi, come la Cedu o l'Ue, o appunto di partecipare storicamente ad ambiti sovranazionali come il *Commonwealth*<sup>171</sup>. Sembra ragionevole dedurre che la condivisione di progetti ultranazionali per uno scopo comune abbia almeno favorito, se non proprio sospinto e persino giustificato, l'attività di comparazione e il prestito tra i Paesi membri.

Ad esempio, la Corte di Strasburgo, attribuendo un particolare posto al *consensus* nella sua giurisprudenza, spinge gli attori nazionali a confrontarsi reciprocamente: interpretando o anticipando le mosse degli altri, ciascun ordinamento statale può allinearsi con quella che potrebbe divenire la tendenza della Corte di Strasburgo in futuro, una volta che si sia creato un consenso sull'esistenza di un certo diritto convenzionale. Inoltre, poiché la Corte emette sentenze dichiarative, che accertano violazioni di diritti convenzionali sulla base di un'interpretazione evolutiva del tempo<sup>172</sup>, per i Paesi coinvolti giocare in anticipo è anche un modo per prevenire eventuali condanne. In un certo senso, l'adesione alla Convenzione e l'uso progressivo del *consensus* da parte della sua Corte impongono un contegno ai Paesi membri che non è richiesto agli Stati Uniti. E dato che la capacità di intercettare la formazione di un consenso tra i Paesi membri è tuttora poco sviluppata tra i legislatori nazionali della sfera Cedu<sup>173</sup>, sono i giudici a interpretare questo ruolo.

Non sembra un caso che i giudici americani si ritengano male equipaggiati a interpretare le tendenze estere, anche in presenza di un legislatore interno poco attento a quanto accade altrove. La mancanza di vincoli internazionali o sovranazionali non impone né suggerisce loro un tale sforzo, nemmeno dal punto di vista intellettuale.

Questi fattori, se non giustificano, almeno sembrano contribuire alla comprensione dell'atteggiamento complessivo di cui si fa portavoce il diritto americano, sia, per converso, dei fattori costitutivi del costituzionalismo globale. La partecipazione alla dimensione sovranazionale e internazionale pare essere un catalizzatore, seppure in forme e grado differenti, del coinvolgimento di un ordinamento nazionale in un intenso dialogo, soprattutto giudiziario, con i suoi pari. La formazione del diritto comunitario e le istituzioni del Consiglio d'Europa, se sono frutto di un

---

le scelte che il Parlamento britannico esprime e gli stimoli al cambiamento provenienti da Strasburgo. In quest'ambito, il costituzionalismo politico nazionale britannico mostra frizioni con quello giuridico sovranazionale di cui è interprete la Corte Edu. Si veda, tra i lavori recenti, J. Finnis, *cit.*, 19.

<sup>171</sup> V. Fikfak, *cit.*, 26-27.

<sup>172</sup> P. Popelier, *The European Court of Human Rights' Approach to Retrospective Judicial Reversals*, in Id., S. Verstraelen, D. Vanheule, B. Vanlerberghe (eds.), *The Effects of Judicial Decision in Time*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014, 280.

<sup>173</sup> N. Lupo, L. Scaffardi, *Introduction. The Uses of Comparative Law in Legislative Drafting*, in Id. (eds.), *Comparative Law in Legislative Drafting: The Increasing Importance of Dialogue Amongst Parliaments*, L'Aia, 2014, 2.

pensiero giuridico proiettato al di là della dimensione nazionale, sembrano anche avere prodotto una mentalità e un'attività comparatistica corrispondente. Non sono semplicemente alla foce, ma anche alla sorgente del fenomeno del costituzionalismo globale: e non è dunque un caso che, se la formazione di una comunità globale di giuristi e giudici è complessivamente embrionale, la sua punta più avanzata sia proprio in Europa, ove il sovranazionalismo si è definitivamente affermato<sup>174</sup>. Questo vale anche per il *Commonwealth*, le cui trasformazioni storiche hanno comunque radicato una mentalità rivolta verso i partners. Ove questi fattori sono mancati, come negli Stati Uniti, l'approccio sembra essere stato diverso, con il corpo giudiziario impegnato in un ruolo molto più sorvegliato, attento a non travalicare gli impegni esterni presi dal braccio politico.

### 3. Conclusioni

I fattori del costituzionalismo americano e globale fin qui analizzati non generano automatismi. Da essi non discende un atteggiamento univoco, alternativamente di partecipazione o resistenza alla costruzione globale di un sistema di diritti e tecniche di scrutinio. Tuttavia, quelle componenti costituiscono campi di forze diversi, che si sostengono e si autoalimentano.

Questo è, ad esempio, il caso del test di proporzionalità all'europea, quando lo si confronti con l'originalismo e la cultura dei diritti costituzionali impostisi nell'ordinamento americano. La proporzionalità consente un grado di valutazione al potere giudiziario, il quale può prendere una decisione dopo aver commisurato il sacrificio e il vantaggio dei diritti e degli interessi coinvolti. Viceversa, parte del costituzionalismo americano, non ammettendo che con un certo grado di scetticismo<sup>175</sup> una tale discrezionalità o una valutazione in concreto dei diversi profili implicati nell'affermazione di un diritto o di una *policy*, quando riconosce un diritto tende ad attribuirgli il ruolo che Ronald Dworkin ha etichettato come di un "asso di briscola"<sup>176</sup>. Un diritto può chiudere la riflessione imponendosi sui rimanenti interessi<sup>177</sup>.

Quest'impostazione differente ha suggerito a parte della dottrina e giurisprudenza americana di contenere l'espansione dei diritti di natura giurisprudenziale, per la potenzialità pervasiva che essi hanno nei confronti dell'ordinamento: come scrisse il giudice Harlan, "La Corte continua ad aggiungere nuovi piani ai templi del diritto costituzionale, e i templi finiscono per collassare quando viene loro aggiunto un piano di troppo"<sup>178</sup>.

---

<sup>174</sup> A. v. Bogdandy-C. Grabenwarter-P. Huber, *cit.*, 4.

<sup>175</sup> Ne discute S. Breyer, *cit.*, 261.

<sup>176</sup> Un concetto che egli sviluppa in *I diritti presi sul serio*, Bologna, ult. ed., 2010.

<sup>177</sup> F. Genova, *The United States' Approach to European-Style Family Rights and National Security: The Case of Kerry v. Din*, reperibile all'indirizzo <http://www.iconnectblog.com/2016/02/the-united-states-approach-to-european-style-family-rights-and-national-security-the-case-of-kerry-v-din/>.

<sup>178</sup> *Miranda v. Arizona*, 348 U.S. 486 (1966), 526 (opinione dissenziente).

Non ammettendone sistematicamente un ampio bilanciamento come fa la giurisprudenza europea, il linguaggio dei diritti nell'ambito statunitense diviene ulteriormente sospetto, perché il suo impatto sull'ordinamento risulta difficilmente controllabile o circoscrivibile. Il che, per converso, illustra una delle ragioni per le quali tale linguaggio è invece in espansione sul piano globale: proprio perché il potere giudiziario mantiene un grado di discrezionalità attraverso scrutini come quello di proporzionalità, l'inserimento di un diritto nel contesto costituzionale non impedisce una valutazione in concreto e una determinazione del modo in cui i diversi interessi e diritti coinvolti debbano articolarsi nel caso specifico.

Grazie a strumenti come quel test, molte corti evitano che l'affermazione di nuovi diritti si traduca in un automatismo dal risultato sempre uniforme, nel quale il diritto invocato tende costantemente a prevalere; al contrario, questi vengono soppesati e bilanciati avendo a mente le circostanze nelle quali essi debbono essere calati. Questo testimonia come la discrezionalità giudiziaria si saldi al linguaggio per diritti temperandone l'attitudine espansiva, e come, dunque, sia difficile ammettere uno dei due fattori senza l'altro.

La rassegna di ragioni qui proposte, che sembrano ostacolare maggiormente la partecipazione della dottrina e della giurisprudenza americana alle forme di costituzionalismo globale che si vanno imponendo, sembra degna d'interesse per due ordini di ragioni. In primo luogo, essa illustra la natura sistemica di tali resistenze: queste hanno a che fare con la natura politico-fondativa del testo costituzionale, con una concezione limitata del potere giurisdizionale e con la funzione del precedente in quell'ordinamento, e non semplicemente con transitori orientamenti della cultura costituzionalistica contemporanea. Ciò non significa che il percorso dell'ordinamento americano sia segnato, o che i fattori di resistenza prevalgano definitivamente sulle ragioni che sosterebbero il dialogo con il costituzionalismo globale, ma piuttosto che il conflitto è, appunto, di natura strutturale prima che ideologica.

In secondo luogo, la resistenza americana conferma le direttrici che sostengono il costituzionalismo globale. Si tratta di un fenomeno che prende forma presso le corti, le quali trasmettono diritti e metodi di scrutinio in forza della loro attitudine a dipanare controversie, talvolta prescindendo dalla fondazione costituzionale di tali idee o concetti: si pensi, *ex multis*, alla recente affermazione della Corte costituzionale italiana, che ha giustificato la modulazione temporale degli effetti di una sua sentenza sostenendo che “[d]el resto, la comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche

nei giudizi in via incidentale, *indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi.*<sup>179</sup>.

Se le direttrici lungo le quali si è sviluppato il nuovo costituzionalismo su scala globale sono note, l'analisi dell'approccio americano mette in evidenza i profili di particolare delicatezza che quest'impostazione ha rispetto alla sfera spettante al decisore politico, sia per la natura para-normativa che assume l'attività giurisdizionale, sia per la trasformazione che una questione politica subisce quando viene assunta dal giudice, il quale ragiona in termini di diritti, anziché di *policies*.

È la complessa relazione tra cosmopolitismo e patriottismo costituzionale a essere forse il tratto meno intuitivamente evidente, e tuttavia particolarmente problematico, del conflitto tra la cultura giuspubblicistica americana e il costituzionalismo globale. È fuor di dubbio, infatti, che accanto al costituzionalismo globale molti ordinamenti contemporanei siano percorsi da una crescente necessità di definirsi in modo identitario, anche al fine di radicare la propria fisionomia socio-politica<sup>180</sup>. Ebbene, la vicenda storica che ha caratterizzato gli Stati Uniti sembra illustrare eloquentemente come quel radicamento patriottico abbia posto le basi per una riluttanza verso l'assorbimento di nuovi diritti nella sfera costituzionale.

Ciò non significa che l'accentuazione dell'identità costituzionale e del ruolo fondativo di un testo e della sua stagione precludano agli Stati Uniti lo scambio transnazionale di idee e concetti giuridici che invece appartiene ormai alla pratica, se non proprio al DNA, di molto costituzionalismo contemporaneo. Piuttosto, la tensione tra questi due modelli testimonia come l'esistenza di reti sovranazionali di tutele, o di veri e propri sistemi istituzionali compiuti come quello Ue, insieme all'attitudine di ciascun ordinamento a guardare all'esterno da sé, abbiano coinciso con una profonda modifica del patriottismo costituzionale e della funzione dei testi normativi. In particolar modo, è l'idea di progresso a caratterizzare il costituzionalismo globale contemporaneo, laddove quello americano mostra una speciale cautela verso il cambiamento, specie di quello influenzato da fattori esterni.

I temi-chiave attraversano la cultura americana e il costituzionalismo globale: dall'identità costituzionale, all'integrazione con altri ordinamenti, allo *status* del diritto internazionale, al rapporto tra politica e giurisdizione, si tratta di ambiti d'interesse trasversale. Tuttavia, il campo di forze all'interno del quale ciascuno di essi trova posto è differente, e dunque il modo con il quale ciascun ordinamento reagisce alle sollecitazioni esterne può mutare fortemente. Costituzionalismo politico, originalismo e scetticismo nei confronti del diritto internazionale e della comparazione si accompagnano normalmente a un certo patriottismo costituzionale; insistenza sui diritti, valorizzazione della discrezionalità giudiziaria, attivismo delle Corti e intenso dialogo

---

<sup>179</sup> Sentenza n. 10 del 2015, par. 7 *Cons. dir.* (enfasi aggiunta).

<sup>180</sup> A. Pin, *Religion, National Identities, and the Universality of Human Rights*, 3 *Oxford J. L. & Rel.* (2014) 319 ss.

sovranazionale vanno parimenti tendenzialmente insieme. La circolazione di uno dei fattori in gioco da un ambiente all'altro – ad esempio, il tema dell'identità, o il ragionamento “per diritti” – non produce necessariamente il medesimo effetto né ottiene le medesime reazioni, proprio perché s'inserisce in contesti differenti. Questo non vale solo per gli Stati Uniti: è interessante, ad esempio, come una storica decisione della Corte di Strasburgo<sup>181</sup> relativa ai diritti politici abbia minato, anziché favorire, la coesione sociale e politica nei Balcani. Essa, affermando dei diritti individuali a scapito della dimensione comunitaria che la comunità internazionale tentava faticosamente di riannodare, ha riaperto tensioni etniche<sup>182</sup>. Quest'azzardo di Strasburgo è tuttavia comprensibile, se si considera che la Corte Edu è probabilmente ormai tarata su ordinamenti nei quali le vicende etniche, in proporzione alla Bosnia-Herzegovina, sono più sopite se non assenti. È il contesto bosniaco ad avere messo in crisi il ragionamento di Strasburgo.

All'interno del costituzionalismo occidentale sussistono dunque varianti difficilmente riconciliabili con diversi tratti fondamentali di quello globale; e pare difficile ottenere una loro compenetrazione, mentre sembra probabile che essi continueranno a coesistere.

---

<sup>181</sup> *Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, ricc. no. 27996/06 e 34836/06, sentenza 22 dicembre 2009, Grande Camera.

<sup>182</sup> C. McCrudden, B. O'Leary, *Courts and Consociations. Human Rights versus Power-Sharing*, Oxford, 2013.