

Laboratorio sistemi giuridici e globalizzazione

Andrea Lollini

Facoltà di Scienze politiche

Università di Bologna

Insegnamento: Giustizia costituzionale comparata

Nota metodologica introduttiva per gli studenti impegnati nelle ricerche di laurea in Giustizia costituzionale comparata.

Nell'ultimo decennio si sono moltiplicati gli studi consacrati all'analisi del diritto nell'era della globalizzazione¹. Da questi, emergono una serie di dati convergenti: la proliferazione e lo sviluppo dei sistemi giuridici internazionali di settore, l'aumento della porosità degli ordinamenti giuridici nazionali (e dei loro confini) che incamerano con progressione geometrica normatività prodotta fuori dallo Stato (a livello sovranazionale o internazionale), l'affermarsi di entità *transnazionali* (come le aziende multinazionali e le grandi *Law Firms* che producono giuridicità nella sfera privata con conseguenze che si riverberano in quella pubblica), la moltiplicazione di attori giurisdizionali o quasi-giurisdizionali non-statali (per es. l'affermarsi della giustizia penale internazionale e l'istituzione dell'*Appellate Body* del Wto). Quest'ultimo fattore ha prodotto una sovraesposizione della centralità dei giudici e delle Corti confermando ciò che alcuni studiosi da tempo affermano, ovvero come il secolo attuale si sia aperto all'insegna dei giudici e del potere giurisdizionale². Tutto ciò pone al centro una serie di problemi: da un lato, infatti, la necessità di ridefinizione costante degli equilibri tra i tradizionali poteri pubblici (fuori e dentro gli Stati) risulta essere sempre più stringente, e, dall'altro, è verificabile la tendenza della politica a demandare agli apparati giudiziari la risoluzione di spinosi conflitti di carattere sociale, politico e etico.

Sulla scorta di quanto la scienza giuridica sta elaborando su questi temi, la globalizzazione è considerata come un fenomeno di moltiplicazione dei sistemi giuridici (che producono normatività) e di complessificazione delle loro *interazioni*. Tali interazioni si producono e si sviluppano orizzontalmente (o per vie interne) tra ordinamenti omologhi (per esempio tra ordinamenti costituzionali o tra ordinamenti internazionali), oppure verticalmente (o per vie esterne) tra ordinamenti di tipo differente (per esempio nazionali e sovranazionali). Accanto a questa dimensione d'interazione che potremmo definire *sostanziale*, ne esiste anche un'altra che ha una vocazione marcatamente *istituzionale*. Essa riguarda i meccanismi di cooperazione o i conflitti di

¹ Cfr., S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Bari-Roma, Laterza, 2003; M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000; Id., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari-Roma, Laterza, 2006; S. Choudhry, *Globalization in Search of Justification: Towards a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, in *Indiana L. J.*, 1999, 74, 821 ss.; B. Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, in *Val. L. Rev.*, 1997, 83, 771 ss.; A.M. Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication*, in *U. Richmond L. Rev.*, 1994, 29, 99-137; Id., *40th Anniversary Perspective: Judicial Globalization*, in *Va. J. Int'l L.*, 2000, 40, 1103 ss.; Id., *A Global Community of Courts*, in *Harv. Int'l L. J.*, 2003, 44, 191-219;

² J. Alard, A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005. M.M. Feeley, E.L. Rubin, *Judicial Policy Making and the Modern State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998. C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La puissance de juger*, Paris, Michalon, 1996; A. Garapon, *Le Gardien des promesses*, Paris, Odile Jacob, 1996; L.M. Friedman, *Total Justice*, New York, Russel Sage, 1994; C.N. Tate, T. Vallinder (cur.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995; K. W. Olson, *The Litigation Explosion*, New York, Dutton, 1991; H. Jacob, E. Blankenburg, H.M. Kritzer, M.D. Provine, J. Sander, *Courts Law & Politics in Comparative Perspective*, New Heaven, Yale University Press, 1993; M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè 1984.

competenze tra i diversi organi incaricati di applicare il diritto dei rispettivi ordinamenti di riferimento.

In questa prospettiva, metaforicamente, la globalizzazione può essere visivamente rappresentata come un insieme di “placche tettoniche” (i sistemi/ordinamenti) che si spostano, s’ingrandiscono e sovente entrano in collisione sovrapponendosi. I punti di contatto in cui si generano i conflitti sono proprio le Corti i cui giudici, di diverso tipo, sono chiamati ad applicare o interpretare norme che provengono da un quadro delle fonti che assume sempre più quel connotato reticolare (anziché piramidale) ipotizzato da alcune ricerche nell’ambito della teoria del diritto³.

I giudici e le Corti, pertanto, divengono le “cerniere” tra i differenti ordinamenti. Studiarne l’operato attraverso l’analisi di casi da essi trattati, significa studiare l’interazione tra i vari sistemi giuridici che compongono lo spazio globale.

L’interrelazione tra i sistemi comporta un elemento ulteriore: *l’interdipendenza*, ovvero la sussistenza tendenziale di una molteplicità di meccanismi formali e informali di messa in relazione tra i sistemi tale per cui sembra difficile ormai riscontrare sistemi autosufficienti o chiusi.

A questo proposito, recenti studi, hanno proposto una modellizzazione delle tecniche di “presa in considerazione” di norme, interessi e valori che l’interprete situato in un dato sistema giuridico utilizza per “entrare in comunicazione” con un altro sistema⁴. Alcune hanno una configurazione formale in base alla logica del diritto positivo (ovvero si tratta di clausole di rinvio normativamente espresse), altre, invece, hanno un’origine pretoria e una meccanica votata alla flessibilità. L’ampiezza e il grado di rigidità di queste ultime è sovente stabilita dal giudice nelle operazioni di applicazione o interpretazione delle norme del proprio ordinamento di riferimento.

Nello spazio geo-giuridico dell’Europa, che senza dubbio costituisce uno degli esempi più chiari di quanto stiamo dicendo, il livello di interdipendenza tra i vari ordinamenti (costituzionali, sovranazionali) ha raggiunto un grado considerevole di coerenza. Questo è il frutto di decenni di sperimentazioni e di elaborazioni normative e giurisprudenziali che hanno progressivamente organizzato l’osmosi tra gli ordinamenti e i rapporti tra le Corti (Corti costituzionali, giudici nazionali, Corte europea dei diritti dell’uomo, Corte di giustizia dell’Unione europea). Tuttavia, ciò che si osserva oggi con grande interesse, è lo sviluppo dell’interdipendenza tra i vari sistemi giuridici continentali con altri sistemi internazionali esterni ad essi⁵. Valgano da esempio le problematiche di relazione, che sovente si traducono in veri e propri contenziosi, con l’ordinamento delle Nazioni Unite o con quello dell’Organizzazione mondiale del commercio. Essi riproducono, ad un livello superiore, le esigenze omologhe di armonizzazione che, sotto il profilo infrasistemico, l’Europa ha risolto nei decenni con tecniche innovative.

I fenomeni della globalizzazione giuridica, tuttavia, non cessano di produrre innovazioni e particolarità sempre nel segno della proliferazione ed evoluzione dei sistemi e della complessificazioni delle meccaniche di interrelazione fra essi. Per tutti, valga l’esempio della tendenza, oggi posta in essere da molteplici giudici di costituzionalità di diversi paesi, di utilizzare parametri (interpretazioni, precedenti, schemi argomentativi) provenienti da altri ordinamenti

³ Per tutti si veda F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications de facultés universitaires Saint Louis, 2002.

⁴ Cfr. L. Gradoni, *Systèmes Juridiques Internationaux: une esquisse*, in H. Ruiz Fabri, L. Gradoni (a cura di), *La circulation des concepts juridiques: Le droit international de l’environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de Législation Comparée, 2009, pp. 27-51. L’A., in uno studio che ha ad oggetto lo sviluppo del diritto dell’ambiente, individua undici tecniche di “presa in considerazione” di giuridicità proveniente da un altro sistema: 1) l’eccezione, 2) l’armonizzazione, 3) il rinvio, 4) l’incorporazione, 5) l’interpretazione conforme, 6) la sussunzione, 7) l’interpretazione ipertestuale “obbligatoria”, 8) il riferimento a norme esterne per stabilire il senso di una norma interna, 9) le contro-misure, 10) la regolazione dell’ampiezza della competenza giurisdizionale, 11) l’applicazione di principi che regolano il conflitto delle norme. Su questo tema va altresì ricordato il lavoro di un apposito gruppo di ricerca istituito dalla Commissione di diritto internazionale.

⁵ Cfr. F. Casolari, *L’incorporazione del diritto internazionale nell’ordinamento dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè editore, 2008.

costituzionali⁶. Tale atteggiamento, spesso criticato dalla dottrina, sta progressivamente costruendo un'inedita tecnica di interrelazione e di interdipendenza tra omologhi ordinamenti costituzionali. Le varie Carte costituzionali eredi del pensiero liberal-democratico, contengono in realtà nuclei di principi molto simili. A questo dato formale convergente, i giudici di costituzionalità stanno aggiungendo una prassi di circolazione delle interpretazioni costituzionali o degli schemi di bilanciamento dei principi. Tale fenomeno, nell'incompletezza, mutevolezza e contraddittorietà che lo contraddistingue, non può che essere decodificato nel lungo periodo. Ad oggi, tuttavia, si intravede l'emergere, nello spazio globale degli ordinamenti costituzionali, di alcuni trend convergenti in materia di interpretazione dei diritti fondamentali.

Ad una prima osservazione, la complessità (nel senso della coesistenza di una molteplicità di variabili) che contraddistingue la globalizzazione letta in ottica giuridica, potrebbe riflettere un'immagine di confusione, arbitrio, imprevedibilità, elementi, questi, che ledono le logiche fondanti il diritto e la giustizia. Sotto questo profilo, la complessità del diritto nell'era della globalizzazione, non consente ad oggi l'elaborazione di una teoria esplicativa unitaria e omnicomprensiva. Rinunciare, almeno nel presente, a schemi sulla scorta delle grandi modellizzazioni teoriche unificanti del XIX e XX secolo, non significa rinunciare alla sfida della comprensione di quanto sta accadendo e soprattutto alla necessità connaturata al diritto: ovvero la tutela del singolo dagli arbitrii dei poteri.

Tuttavia, oggi, le grandi teorie novecentesche elaborate sulla base del pensiero logico analitico, non sembrano in grado di contenere la molteplicità delle variabili del diritto nell'era della globalizzazione. Non serve, allora, che procedere secondo una metodologia empirica ponendo al centro delle ricerche lo studio di casi paradigmatici che si sviluppano negli epicentri di conflitto tra i sistemi. Lo studio casistico, oltre che a mettere in evidenza eventuali incongruenze nelle argomentazioni giuridiche elaborate dai giudici, consente di osservare i percorsi e i processi di sviluppo delle modalità di interrelazione e di interdipendenza tra i sistemi giuridici demandando, ad un momento futuro l'elaborazione, non tanto di una teoria unitaria fondata su categorie e tassonomie, ma piuttosto una sistematica dei modelli d'interazione sistemica che contraddistinguono la giuridicità globalizzata.

La raccolta di casi contenuta nel presente testo ha dunque una triplice valenza: in primo luogo mira ad illustrare come le scienze giuridiche, al pari di quelle economiche, politiche e sociali, sono un valido strumento in grado di fornire interpretazioni e rappresentazioni del complesso insieme di fenomeni definito globalizzazione. In secondo luogo, lo studio mediante la metodologia casistica, consente empiricamente l'analisi degli sviluppi e delle trasformazioni concrete a cui il diritto è sottoposto dalle dinamiche che oggi agitano lo spazio globalizzato. Infine, il *case study approach*, si è dimostrato un'efficace tecnica didattica. Sotto quest'ultimo profilo, *Casi difficili* è il risultato di una lunga sperimentazione didattica elaborata presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Bologna nei corsi di Diritto internazionale e globalizzazione e Giustizia costituzionale comparata. Sotto la direzione degli autori, con il fondamentale sostegno dei dottorandi del gruppo di ricerca e con la determinante partecipazione degli studenti, *Casi difficili* si è trasformato da laboratorio didattico per trattare le fenomenologie del diritto in rapporto alla globalizzazione in una facoltà di Scienze politiche (con le specificità che ciò comporta), a vera e propria mappa per orientarsi nella complessità delle variabili giuridico-politiche che caratterizzano la contemporaneità globalizzata. I casi selezionati, infatti, appartengono a nuclei tematici precisi in cui diritti, istanze, valori o esigenze entrano in conflitto: ordine pubblico e trattamento dello straniero, sicurezza collettiva e libertà individuali, libertà di autodeterminazione privata del singolo e morale pubblica, libertà di religione e laicità dello Stato, i conflitti tra esigenze contrapposte che caratterizzano il mercato e la concorrenza, cittadinanze nazionali e cittadinanza europea.

Casi difficili, pertanto, procede per *problematiche* a cui corrispondono conflitti e contenziosi situati in aree sistemiche diverse. Se l'Europa ne è il centro, importanti aperture vengono operate con

⁶ Cfr. A. Lollini, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Rivista di diritto pubblico comparato*, I, 2007, pp. 479-523.

riferimento alle relazioni extra-sistemiche dello spazio giuridico dell'Europa e a casi esemplificativi di importanti giudici nazionali di costituzionalità. Attraverso le parole stesse dei giudici espresse nei loro schemi argomentativi si evincono, non solo le scelte di bilanciamento tra principi e istanze contrapposte, ma anche la creazione dei percorsi di interrelazione e di interdipendenza tra la pluralità dei sistemi giuridici che compongono lo spazio globale.

Da questo punto di vista, *Casi difficili* non è una topografia stabilizzata. E' una mappa provvisoria ad uso didattico che ha la speranza di procedere per messe a fuoco progressive delle dinamiche del diritto nell'era della globalizzazione.