

Presentazione

Il tema della comparazione interseca alcuni snodi fondamentali dell'ermeneutica giuridica così come questa si è sviluppata dalle sue origini fino ai giorni nostri. Si pensi al problema dell'intelligibilità dei testi normativi provenienti da esperienze culturali diverse, alla questione della loro traducibilità mediante l'uso di un linguaggio ad essi estraneo, alla trasmissibilità nel tempo e nello spazio dei modelli di regolazione sociale, come pure alla pretesa di universalità associata alle massime d'azione che riguardano gli aspetti non rinunciabili dell'esperienza umana.

Le assonanze e i reciproci rinvii tra i problemi della comparazione e quelli dell'interpretazione trovano nell'ermeneutica giuridica una sistematizzazione ben nota: la comprensione dell'esperienza giuridica straniera può avvenire soltanto a partire da quella domestica, e ciò mediante quel lavoro di selezione e continue riconfigurazioni dei contenuti linguistici sotteso all'idea gadameriana di *Wirkungsgeschichte*. Al contempo, la comparazione di esperienze giuridiche diverse, anche se accompagnata dalla consapevolezza della loro irriducibile dipendenza contestuale, non può prescindere, nella prospettiva ermeneutica, dalla tensione verso una «fusione di orizzonti» tra modelli regolativi, tecniche interpretative, forme istituzionali, valori di sfondo; una tensione che nella sfera del diritto è innanzitutto riflesso di un'esigenza pratica, la quale scaturisce dai problemi che il giurista si trova ad affrontare in sede applicativa.

Questa sistematizzazione, sebbene ancora assai utile per rendere avvertito il giurista pratico di alcuni aspetti fondamentali della sua attività, si trova oggi a fare i conti con fenomeni in parte nuovi, che tendono a riconfigurare il rapporto tra interpretazione e comparazione. Tra i numerosi fenomeni che concorrono a delineare la cosiddetta globalizzazione del diritto, si impone oramai da diversi anni all'attenzione dei giuristi l'uso del diritto straniero da parte delle corti quale parametro interpretativo del diritto domestico. Nell'interpretare un testo normativo, il giudice sembra cioè eleggere la relazione tra questo testo e i materiali giuridici prodotti in altri ordinamenti a bussola della comprensione testuale; una bussola il più delle volte non sufficiente per giusti-

ficare un esito decisionale ma che non di meno condiziona e orienta le scelte interpretative del giudice. Questo fenomeno, al quale è dedicato il presente numero di “Ars Interpretandi”, sembra declinare in chiave nuova il rapporto tra interpretazione e comparazione, attività che in talune situazioni giungono a intrattenere tra loro una relazione biunivoca: non solo non si dà comparazione se non a partire dall’interpretazione di disposizioni normative, precedenti giudiziali, opinioni dottrinali, ma, parimenti, non si dà interpretazione se non mediante la comparazione. In un numero crescente di contesti decisionali, la comparazione giuridica si erge cioè a strumento e metodo di comprensione testuale. Per un verso, ciò revoca in dubbio alcuni capisaldi su cui la stessa ermeneutica giuridica non ha mancato di far presa lungo la sua storia, come ad esempio la centralità riconosciuta alla nozione di ordinamento giuridico per delineare il contesto normativo in cui il giudice opera. Per altro verso, il fenomeno di cui stiamo parlando sembra rivitalizzare alcune idee guida dell’approccio ermeneutico: si pensi al rapporto tra autorità del testo e tradizione, da intendere come trasmissione trans-temporale dei contenuti testuali, oppure alla dimensione dialogica della comprensione linguistica, che nell’uso di materiali giuridici stranieri da parte delle corti sembra trovare nuova linfa vitale. Per quanto riguarda il primo aspetto, la comparazione, divenuta strumento e metodo dell’interpretazione, non si limita a identificare tradizioni giuridiche distinte ma diventa essa stessa fonte di nuove tradizioni interpretative, le quali si sviluppano superando gli steccati dei singoli ordinamenti. Con riferimento, invece, al secondo aspetto, la metafora del “dialogo tra le corti”, spesso utilizzata per denotare il fenomeno che stiamo considerando, segnala sia la rilevanza del momento giurisprudenziale della costruzione dei contenuti normativi sia la circostanza che la dimensione giurisprudenziale del diritto è sempre più influenzata dal confronto tra culture ed esperienze giuridiche diverse.

Sullo sfondo dello scenario appena delineato, questo numero di “Ars Interpretandi” offre al lettore uno spaccato del dibattito odierno attorno all’uso del diritto straniero nell’interpretazione giuridica, muovendo da una prospettiva interdisciplinare. Come ricordato in precedenza, l’uso giurisprudenziale della comparazione costituisce una delle cifre della globalizzazione giuridica, un fenomeno che più di ogni altro si è imposto come fattore di trasformazione del diritto contemporaneo. Non sorprende, dunque, che gli studiosi delle diverse branche del diritto positivo, come pure i sociologi e filosofi del diritto, abbiano riservato a questo tema ampia attenzione in anni recenti. Ciò che ancora manca nell’amplissima letteratura sul tema è un confronto serrato tra le diverse prospettive disciplinari adottate, così come un’opera di sintesi del dibattito sviluppatosi nell’ultimo trentennio. Il presente numero di “Ars Interpretandi” fornisce un contributo in questa direzione raccogliendo saggi che approfondiscono alcuni importanti profili

di tipo filosofico-giuridico, teorico-generale e giuscomparatistico connessi all'uso del diritto straniero da parte delle corti.

Il saggio di Stefano Bertea e Claudio Sarra, con cui il numero si apre, considera il ruolo dei precedenti stranieri nella giurisprudenza a partire da una concezione dialettica del ragionamento giuridico, fondata sui principi della razionalità discorsiva e sulla struttura oppositiva che connota il giudizio. Qualora si assuma questa prospettiva filosofico-giuridica, emerge con chiarezza, secondo gli autori, come la rilevanza di un precedente in sede decisionale non sia predeterminata da fattori esogeni al giudizio ma emerga progressivamente nello scambio dialettico tra le parti, guidato da un giudice terzo. Ciò conduce per un verso a indebolire la distinzione tra precedente domestico e precedente straniero, la quale rinvia in realtà a differenti oneri argomentativi per l'interprete, per altro verso a riconsiderare il concetto di autorità del precedente giudiziale.

Il saggio di Damiano Canale considera il medesimo fenomeno dal punto di vista della teoria dell'argomentazione giuridica. L'autore analizza la struttura inferenziale dell'argomento comparatistico, così come questo viene di fatto utilizzato dalle corti, in modo da identificare a quali condizioni l'uso di questo argomento è giustificato nella prassi giudiziale contemporanea. Questa analisi conduce a distinguere versioni diverse di questa tecnica argomentativa: alcune di esse vengono usate per interpretare il diritto domestico, altre invece per colmare lacune; talune veicolano forme di armonizzazione tra i criteri decisionali, altre invece consentono di giustificare una diversa disciplina della medesima classe di casi generici. Da ultimo, il saggio evidenzia come i diversi usi dell'argomento comparatistico presuppongano concezioni alternative, tra loro inconciliabili, della comparazione nel campo del diritto, concezioni che finiscono col condizionare gli esiti dell'interpretazione giudiziale.

Il saggio di Andrea Lollini si pone idealmente a cavallo tra l'approccio teorico-generale e quello squisitamente giuscomparatistico al tema trattato in questo numero. Focalizzando l'attenzione sull'uso di materiali giuridici stranieri nella giurisprudenza costituzionale, Lollini distingue due modalità d'utilizzo di questi materiali: una *forte* e una *debole*. La prima tende a trasformare il diritto straniero in norme immediatamente applicabili nel giudizio domestico; la seconda, invece, tratta i materiali giuridici stranieri al modo di esempi di soluzione di una controversia che possono illuminare la scelta del giudice. Più precisamente, questa seconda modalità si sostanzia in una forma di ragionamento analogico nel quale un caso individuale domestico viene posto a confronto con un caso individuale straniero simile. L'«ermeneutica dell'esemplificazione» che ne deriva non mira a individuare una *ratio decidendi* comune tra i casi considerati ma a marcare le loro differenze, così da consentire al giudice di mettere a fuoco gli elementi specifici che entrano in gioco nella sua decisione.

Il saggio di Alessandro Oddi indaga a quali condizioni l'uso del diritto straniero in sede giurisdizionale possa dirsi opportuno e appropriato; ciò dapprima con riferimento all'ordinamento giuridico italiano e, in seconda battuta, alla luce delle critiche che sovente vengono mosse a questa pratica interpretativa e argomentativa. Tali critiche fanno leva sulla specificità di ciascuna esperienza giuridica, la quale sconsiglierebbe qualsiasi tipo di «trapianto» o «prestito» di massime decisionali da un ordinamento all'altro; sul rischio di una selezione strumentale dei materiali giuridici stranieri, funzionale agli obiettivi politici perseguiti dal giudice; sul pericolo che i richiami al diritto straniero siano erronei o parziali. La discussione di questi problemi conduce l'autore a sottolineare come il ricorso alla comparazione in sede giudiziale possa rivelarsi in molti casi prezioso; si tratta, non di meno, di uno strumento da maneggiare con circospezione. L'effettiva rilevanza del diritto straniero in sede di giudizio dipende, infatti, dalle specifiche circostanze del caso e varia in rapporto ai settori dell'ordinamento: se la comparazione appare uno strumento interpretativo certamente adeguato nel campo, ad esempio, della protezione dei diritti fondamentali, in altri contesti, come quello penalistico, essa può condurre a soluzioni giuridicamente scorrette, come nel caso degli usi del diritto straniero volti a giustificare l'estensione analogica delle fattispecie incriminatrici.

Da ultimo, il saggio di Pamela Martino focalizza l'attenzione, attraverso la lente del comparatista, sull'uso del diritto straniero nella giurisprudenza della Corte suprema del Regno Unito. La giurisprudenza di questa corte appare interessante sotto almeno due profili. In primo luogo, in essa si manifesta l'attitudine dei giuridici di *common law* a considerare i precedenti di altri ordinamenti con una frequenza maggiore rispetto ai giudici di *civil law*. Il peso attribuito al diritto straniero varia tuttavia in funzione dei settori del diritto in cui la corte interviene; allo stesso tempo, netta è la predilezione per i precedenti dei paesi del *Commonwealth*. Nella giurisprudenza della Corte suprema del Regno Unito, il diritto straniero contribuisce dunque allo sviluppo del *common law* inglese, uno sviluppo che avviene per selezione e accumulazione di materiali giuridici di origine diversa sebbene riconducibili alla medesima matrice culturale. In secondo luogo, in seguito all'incorporazione nell'ordinamento britannico della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il metodo comparatistico adottato dalla corte ha guidato l'interazione di quest'ultima con la Corte di Strasburgo; si tratta di un'interazione che ha contribuito a trasformare la *Constitution* britannica e in particolare il rapporto tra potere giudiziario e potere legislativo.

Quale bilancio si può trarre dall'itinerario percorso in questo numero di "Ars Interpretandi"? L'uso del diritto straniero nell'interpretazione giudiziale è un tema ormai da lungo tempo al centro dell'attenzione degli studiosi del diritto, che ne hanno ormai sondato tutti gli aspetti rilevanti. Si tratta tuttavia

di un fenomeno che conserva un carattere anfibio. Per un certo verso, esso segnala una trasformazione nel modo in cui molti giudici concepiscono il loro ruolo nel contesto della crescente interdipendenza tra gli ordinamenti; per altro verso, tuttavia, si tratta di un fenomeno multiforme, fortemente differenziato all'interno dei diversi ordinamenti e delle diverse branche del diritto. Talora esso veicola forme di coordinamento e armonizzazione tra standard decisionali, revocando in dubbio la tenuta di alcuni capisaldi del pensiero giuridico moderno, come il concetto di ordinamento quale sistema chiuso e autosufficiente di norme o il concetto di autorità del precedente intesa in senso puramente deferenziale. In altre occasioni, tuttavia, il metodo comparatistico giustifica forme di differenziazione tra ordinamenti, riaffermando la tenuta di quei medesimi concetti a cui abbiamo fatto appena riferimento. Di fronte a questo panorama estremamente variegato, appare difficile prevedere in che modo il fenomeno di cui stiamo parlando si evolverà in futuro e in che misura esso condizionerà, in positivo o in negativo, il processo di globalizzazione del diritto. Una globalizzazione che appare inarrestabile in taluni settori dell'esperienza giuridica, mentre presenta evidenti aspetti di stallo o di arretramento in altri.

In questo scenario di profonda incertezza, l'approccio ermeneutico alla comprensione del diritto, e lo stile di interrogazione che lo caratterizza, costituisce una risorsa importante per il giurista al fine di acquisire maggiore consapevolezza delle turbinate trasformazioni del presente. Queste trasformazioni non vengono infatti osservate dall'ermeneutica con uno sguardo dogmatico, teso a fornire un nuovo quadro sistematico del diritto contemporaneo o a indicare quali forme esso dovrebbe assumere; i mutamenti del presente vengono piuttosto visti come degli eventi che revocano in dubbio le certezze del giurista, spingendolo a rivedere continuamente le proprie convinzioni e le proprie categorie.