

*Handle with care.*

L'uso giurisprudenziale del diritto straniero:  
profili teorici e pratici

ABSTRACT

Although it's a widespread practice all over the world, the judicial use of foreign law raises many questions, which relate not only to the conditions and limits of that practice, but to its own eligibility.

The phenomenon is well known in Italy, too. Yet in our country, differently from others, this kind of practice is, on the whole, somewhat sporadic and has never aroused any controversy; actually, it is generally looked upon favorably.

Nevertheless, questions remain. Indeed, what's the legitimate basis of the judicial use of foreign law? Is it really appropriate for judges to resort to foreign law? And, if so, under what conditions and to what extent? The objective of the present paper is to provide an answer to these questions.

KEYWORDS

Legal Comparison – Foreign Law – Jurisprudence – Argumentation – Persuasive Authority.

1. INTRODUZIONE

Benché costituisca da tempo una pratica assai diffusa in tutto il mondo, specialmente negli ordinamenti di *common law*, l'uso giurisprudenziale del diritto straniero ha sollevato e continua a sollevare numerosi dubbi e interrogativi, i quali attengono non soltanto ai presupposti e ai limiti di tale pratica, ma alla sua stessa ammissibilità<sup>1</sup>. Soprattutto negli Stati Uniti d'America, il frequente ricorso dei giudici alla *foreign law* nella definizione di questioni domestiche ha dato luogo ad un vivace dibattito dottrinale – che ha coinvolto in prima persona i membri della Corte Suprema di Washington – e ha suscita-

1. Per un inquadramento generale del tema, si vedano, fra gli altri, G. Alpa, 2006; M. Andenas, D. Fairgrieve, 2015; C. Bassu, 2013; D. Canale, 2015; G. Canivet, M. Andenas, D. Fairgrieve, 2004; S. Choudhry, 2006; L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta, 2015; G. De Vergottini, 2010; F. Duranti, 2012; G. F. Ferrari, A. Gambaro, 2010, 2006; B. Markesinis, J. Fedtke, 2006; P. Martino, 2014; G. Smorto, 2010; A. Somma, 2001; V. Varano, V. Barsotti, 2014, 19 ss.

to forti reazioni politiche, culminate nella presentazione al Congresso di risoluzioni e proposte di legge espressamente volte a proibire ai giudici qualsivoglia riferimento a fonti estere (a meno che queste non aiutino a ricostruire l'*original meaning* della Costituzione), pena l'*impeachment*<sup>2</sup>.

Il fenomeno è ben noto anche in Italia. Basti solo ricordare, fra le più recenti, le pronunce della Corte Costituzionale sul reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, sulle operazioni di concentrazione concluse da imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali e sul reato di atti persecutori (cosiddetto *stalking*)<sup>3</sup>; le pronunce della Corte di Cassazione sul “caso Englaro”, sulla rettificazione di sesso e sulla responsabilità medica per nascita indesiderata<sup>4</sup>; nonché le pronunce del Consiglio di Stato sulle sanzioni *antitrust* e sulla penalità di mora<sup>5</sup>. Da noi, però, la pratica in questione risulta, nell'insieme, alquanto sporadica e (forse anche per questo) non ha mai destato polemiche di sorta: nessuna voce autorevole la contesta in radice com'era solito fare oltreoceano il giudice Scalia<sup>6</sup>, ed anzi è generalmente vista con favore<sup>7</sup>.

## 2. IL FONDAMENTO DELL'USO GIURISPRUDENZIALE DEL DIRITTO STRANIERO

Ciò nondimeno, i dubbi e gli interrogativi restano. Primo fra tutti: qual è il fondamento dell'uso giurisprudenziale del diritto straniero?

2. Cfr. A. R. Dennington, 2006, 269 ss.; N. Dorsen, 2005, 519 ss.; A. L. Parrish, 2007, 637 ss.; J. Resnik, 2006, 1564 ss.; J. Waldron, 2005, 129 ss. Com'è noto, nessuna di tali iniziative è mai andata a buon fine (ma si vedano le misure adottate in Florida, Michigan, Mississippi, North Carolina e Oklahoma: <http://jurist.org/paperchase/2015/02/mississippi-house-approves-bill-banning-use-of-foreign-law.php> e <http://www.reuters.com/article/us-usa-florida-shariaw-law-idUSBREA3T14H20140430>). Da segnalare che, in occasione della recente pronuncia sul matrimonio omosessuale, *us-576/2015, Obergefell v. Hodges*, due corpose memorie depositate in qualità di *amici curiae* (*friend-of-the-court briefs*) – l'una a supporto dei *petitioners*, l'altra a supporto del *respondent* – avevano sollecitato i giudici della Corte Suprema federale a tener conto proprio del diritto vigente in altri paesi (compresa l'Italia): si veda A. Liptak, 2015.

3. Si vedano, rispettivamente, sentt. 8 luglio 2010, n. 250; 22 luglio 2010, n. 270; 11 giugno 2014, n. 172. Cfr. A. Baldassarre, 2006, 983 ss. (il quale evidenzia, fra l'altro, come la nostra Corte Costituzionale rivolga costante attenzione al diritto straniero, pur quando non lo citi espressamente nelle motivazioni delle sue pronunce); P. Passaglia, 2015, 589 ss.; L. Pegoraro, 1987, 601 ss.; V. Zeno-Zencovich, 2005, 1993 ss.

4. Si vedano, rispettivamente, Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748; sez. I, 20 luglio 2015, n. 15138; Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767. Cfr. G. Alpa, 2006, 33 ss.

5. Si vedano, rispettivamente, Cass. civ., sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5368; Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15. Cfr. Sandulli, 2006, 51 ss.

6. Recentemente scomparso, il giudice Antonin Scalia era stato nominato nel 1986 da Ronald Reagan e rappresentava – com'è risaputo – l'ala più conservatrice della Corte Suprema: si veda A. Liptak, 2016.

7. Tra le eccezioni, si veda, ad esempio, Cass. civ., Sez. Un., 25 giugno 2001, n. 874.

Va da sé che il problema non sussiste quando il rinvio alla *lex alii loci* è frutto di una scelta dell'ordinamento, come nelle fattispecie in cui trovano applicazione le norme del diritto internazionale consuetudinario (art. 10 Cost.), quelle del diritto internazionale privato oppure quelle sul riconoscimento e sull'esecuzione di sentenze straniere (cosiddetto uso *normativo* o *forte* o *necessario* del diritto straniero). Sussiste, invece, quando il giudice utilizza di propria volontà il diritto straniero per risolvere una questione cui il diritto nazionale non fornisce da solo una risposta chiara e sicura (cosiddetto uso *dialettico* o *problematico* o *complementare* del diritto straniero)<sup>8</sup>.

Nella dottrina italiana v'è chi sostiene che la seconda evenienza configurerebbe una forma di *analogia legis*, sussumibile sotto l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, là dove è previsto che «[s]e una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe» (comma 2°). Tali disposizioni – si afferma – sarebbero dapprima quelle interne e dipoi, per l'appunto, quelle di altri ordinamenti, mentre i «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato» continuerebbero a costituire l'estrema risorsa nelle mani dell'interprete<sup>9</sup>.

A ben vedere, però, il tentativo di ricondurre l'uso giurisprudenziale del diritto straniero nell'alveo del procedimento analogico non convince: sia perché finisce per equiparare tale diritto a quello interno, attribuendogli così una valenza tendenzialmente cogente, sia perché travisa l'effettiva natura del fenomeno in parola. Quest'ultimo, infatti, si comprende e si giustifica con l'emergere di un *idem sentire* che travalica i confini del diritto statuale: ovverosia con l'«acquisita consapevolezza, che non ha bisogno di giustificazioni, di un contesto generale e diffuso, al di là di ogni ambito nazionale, di valori e principi ai quali il giudice è legittimato a fare riferimento. Pur essendo egli tenuto, in un sistema di diritto scritto, a prendere le mosse da una ipotesi testuale, il suo compito volto a riempire di contenuti storici concreti quella previsione si svolge oggi sulla base di referenti a più ampio spettro, che nulla hanno a che fare con l'asfittica prospettiva dell'art. 12 delle preleggi»<sup>10</sup> (palese espressione di un giuspositivismo statualistico ormai superato<sup>11</sup>).

In codesti frangenti, il diritto straniero assume rilievo (non già perché *legally binding*, bensì) per la sua forza persuasiva (*persuasive authority*): per la sua capacità di fornire – al di là del sistema delle fonti interne – elementi a sostegno della decisione adottata<sup>12</sup>. Elementi che spesso si riannodano, più che

8. Cfr. C. McCrudden, 2007, 377 ss.; G. Smorto, 2010, 228 ss. Si dà anche il caso – non raro – di un utilizzo meramente esornativo del diritto straniero, che nulla aggiunge all'apparato motivato della sentenza, risolvendosi in un puro e semplice sfoggio di erudizione. Qui non ce ne occupiamo.

9. Cfr. P. G. Monateri, A. Somma, 1999, 47 ss.

10. N. Lipari, 2012, 45.

11. Cfr. R. Guastini, 1998, 243 s.; P. Perlingieri, 2006, 585 s.

12. Per dirla con la Corte Suprema statunitense, «[t]he opinion of the world community,

all'assetto normativo di un singolo Stato (o di singoli Stati), ad una sorta di patrimonio giuridico sovranazionale, ad un moderno *ius commune* o *ius gentium*<sup>13</sup>, il quale comprende innanzitutto – e significativamente – gli «aspetti fondamentali dei diritti fondamentali»<sup>14</sup>.

Richiamato in maniera spontanea, dunque, il diritto straniero permette al giudice – come si dirà meglio fra poco – di arricchire il proprio strumentario esegetico-argomentativo<sup>15</sup>. È questa la sua funzione ed è questo, nel contempo, il suo limite intrinseco<sup>16</sup>.

### 3. LE OBIEZIONI ALL'USO GIURISPRUDENZIALE DEL DIRITTO STRANIERO

Ma è davvero opportuno che – al di fuori dei casi in cui l'ordinamento glielo

while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our own conclusions»: *Roper v. Simmons*, 543 us-551/2005. Cfr. *Lawrence v. Texas*, 539 us-558/2003; *Atkins v. Virginia*, 536 us-304/2002.

13. Cfr. P. G. Carozza, 2003, 1031 ss.; H. P. Glenn, 1987, 261 ss.; A. Pin, 2012, 1445.

14. G. Zagrebelsky, 2009, 403 (che in proposito menziona «la pena di morte, l'età e lo stato psichico dei condannati; i diritti delle persone omosessuali; le azioni positive a favore della partecipazione politica delle donne o contro storiche discriminazioni razziali, ad esempio nell'accesso al lavoro o all'istruzione; la regolamentazione dell'aborto e, in generale, i problemi posti dalle applicazioni tecniche delle scienze biologiche a numerosi aspetti dell'esistenza umana; la libertà di coscienza rispetto alle religioni dominanti e alle politiche pubbliche nei confronti di scuole e confessioni religiose»). Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.: «In una decisione che investa diritti fondamentali della persona umana, diventa, al riguardo, rilevante anche l'analisi comparatistica, mediante richiamo di precedenti attinti dall'esperienza maturata in ordinamenti stranieri, culturalmente vicini ed informati al più assoluto rispetto dei diritti della persona».

15. Cfr. D. Canale, 2015, 5 ss.; A. Pin, 2012, 1434 s. Come giustamente sottolinea S. Cassese, 2009, 97, «i giudici decidono sempre “caso per caso”. Il loro intervento è caratterizzato dall'interstitialità perché essi devono decidere in relazione al *petitum*. Nessun ordinamento nazionale accetterebbe un'intrusione delle corti, se non riconoscesse che essa è limitata alla richiesta della parte e ha, dunque, un carattere necessariamente concreto, non generale e astratto. E lo stesso può dirsi di ciascun sistema regolatorio settoriale globale rispetto agli altri. L'intervento delle corti presenta, quindi, gli stessi vantaggi del sistema “fire alarm” rispetto a quello “police patrol”: è più economico, perché interviene quando se ne presenta la necessità, ed è maggiormente pervasivo, perché si attiva su richiesta degli interessati».

16. Cfr. C. McCrudden, 2007, 391 ss. («much of the debate between supporters and opponents of the use of judicial comparativism [...] is couched in functionalist terms, with supporters arguing that ‘foreign’ legal material helps them find solutions to legal problems that are similar to, or can be illuminated by, approaches taken elsewhere. Opponents often contest the idea that such comparisons can be of use, in part because they contest the idea that the issues faced elsewhere are sufficiently similar that comparisons can ever be useful» [p. 391]); J. M. Smits, 2012, 76 ss.; R. Teitel, 2004, 2570 ss. («A consensus appears to be forming regarding the relevance of foreign sources, at least within circumscribed parameters. The justification for comparativist analysis is couched largely in functionalist terms: as a basis for the resolution of specific constitutional issues, particularly in areas of unsettled law» [pp. 2589 s.]).

impone – il giudice faccia ricorso al diritto straniero? E, se sì, a quali condizioni e in che misura?

Coloro che rispondono negativamente alla domanda principale sollevano, in linea di massima, tre diverse obiezioni:

1. la prima è incentrata sulla specificità di ciascuna esperienza giuridica<sup>17</sup>. Nella sua versione più radicale, tale argomento esclude qualsivoglia raffronto tra ordinamenti diversi e, quindi, lo stesso impiego del diritto straniero<sup>18</sup>. Nella sua versione moderata, invece, esso evidenzia la necessità che il giudice rivolga lo sguardo “nella giusta direzione”, ossia all’indirizzo di paesi che presentino rilevanti affinità culturali, sociali e giuridiche (*id est*: “familiarità”) con quello d’appartenenza<sup>19</sup>;
2. la seconda sottolinea il rischio di riferimenti selettivi al diritto straniero (cosiddetto *cherry-picking*)<sup>20</sup>, e quindi di un suo impiego distorto, strumentale o arbitrario<sup>21</sup>;

17. Si veda, ad esempio, S. Choudhry, 2004, 48: «The increased migration of constitutional forms stands at odds with one of the dominant understandings of constitutionalism - that the constitution of a nation emerges from, embodies, and aspires to sustain or respond to a nation’s particular national circumstances, most centrally, its history and political culture. Indeed, for some countries, particularly those with a diverse citizenry, lacking a prior or prepolitical bond of ethnicity, religion, or race, constitutions are an important component of national identity and reflect one way in which those nations view themselves as distinct from others».

18. È per l’appunto su questo argomento che si fondano le correnti americane dell’*originalism* e dell’*exceptionalism*: si vedano D. L. Drakeman, 2014, 1123 ss.; M. Ignatieff, 2005; V. C. Jackson, 2006, 191 ss.; J. Resnik, 2006, 1564 ss. Ma negli Stati Uniti v’è persino chi sostiene che l’uso giurisprudenziale del diritto straniero costituisca un attentato alla sovranità nazionale (cosiddette *Sovereignists*): si veda A. L. Parrish, 2007, 652 ss.

19. La Costituzione della Repubblica del Sud Africa (1996) indica espressamente tale direzione: «When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum- (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; // (b) must consider international law; and // (c) may consider foreign law» (art. 39 del *Bill of Rights*). Sulle ragioni storico-politiche di tale disposto, si veda D. M. Davis, 2003, 181 ss. Cfr. l’art. 10, comma 2°, della Costituzione spagnola (1978): «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

20. «[R]elying on foreign precedent doesn’t confine judges. It doesn’t limit their discretion the way relying on domestic precedent does. // Domestic precedent can confine and shape the discretion of the judges. Foreign law, you can find anything you want. If you don’t find it in the decisions of France or Italy, it’s in the decisions of Somalia or Japan or Indonesia or wherever. // As somebody said in another context, looking at foreign law for support is like looking out over a crowd and picking out your friends. You can find them. They’re there»: così il giudice John G. Roberts Jr. nell’audizione del 13 settembre 2005 dinanzi alla Commissione Giustizia del Senato, in vista della nomina a *Chief Justice* della Corte Suprema (<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/09/13/AR2005091301210.html>).

21. «[...] all the Court has done today, to borrow from another context, is to look over the heads of the crowd and pick out its friends. [...] The Court should either profess its willingness to

3. la terza – congenere alla precedente – pone l'accento sul pericolo che, per via dell'inadeguata preparazione del giudice, i richiami al diritto straniero siano erronei o parziali, tanto più se decontestualizzati (cosiddetto *contextomy*)<sup>22</sup>.

Si tratta di obiezioni usuali, ma tutt'altro che insuperabili.

Quanto alla prima, non v'è dubbio che ciascuna esperienza giuridica possieda caratteristiche sue proprie, che la rendono irripetibile; ciò non esclude, tuttavia, che – per varie ragioni – due o più ordinamenti (anche geograficamente lontani) s'ispirino a regole, principi o idee simili, quando non identici. Ove così non fosse, non esisterebbe la comparazione giuridica, come scienza e come metodo.

Quanto alla seconda e alla terza, riesce agevole replicare che il diritto straniero è suscettibile di un uso (consapevolmente o inconsapevolmente) erroneo non più di quanto lo sia il diritto interno. Del resto, il giudice – di *civil law* o di *common law* – che voglia sostenere ad ogni costo un certo approdo interpretativo, perché vicino alle proprie convinzioni ideologiche, non ha bisogno di spingersi oltre i confini nazionali: può abilmente avvalersi (volendo) dei soli strumenti che gli offre il proprio ordinamento<sup>23</sup>, senza neppure dover ricorrere ad artifici retorici<sup>24</sup>.

reconsider all these matters in light of the views of foreigners, or else it should cease putting forth foreigners' views as part of the *reasoned basis* of its decisions. To invoke alien law when it agrees with one's own thinking, and ignore it otherwise, is not reasoned decisionmaking, but sophistry»: così il giudice Scalia nella *dissenting opinion* sul caso *Roper v. Simmons*, cit.

22. Sebbene le moderne tecnologie della comunicazione – a cominciare da Internet – consentano di accedere facilmente alle fonti normative di quasi tutti i paesi del mondo, la sola diversità di lingua rappresenta, se non un serio ostacolo, un potenziale fattore di equivoci. Per questo, il giudice comparatista non può non essere poliglotta.

23. Ad esempio, nel ricostruire il significato di una legge (non necessariamente vaga o ambigua), il giudice italiano può trarre gli argomenti di cui ha bisogno dai lavori preparatori, dalle relazioni ministeriali, da risoluzioni parlamentari, da accordi sindacali ecc.; il che richiede necessariamente una scelta.

24. Ad avviso di E. A. Posner, C. R. Sunstein, 2006, 131 ss., il rischio di un uso arbitrario o selettivo del diritto straniero può essere scongiurato ricorrendo al principio maggioritario, secondo il "teorema di Condorcet" («Our starting point is admittedly unusual: the Condorcet Jury Theorem. As we use it here, the Jury Theorem formalizes the simple intuition that the practices of others provide relevant information, and that courts ought not to ignore such information. We suggest that the Jury Theorem provides the simplest argument for following the practices of other states: it suggests that if the majority of states believe that X is true, there is reason to believe that X is in fact true. In our view, the Jury Theorem also provides the foundation not only for following the practices of other states, but also for seeing when and why it is hazardous to do so. In particular, the Jury Theorem suggests that the practices of other states provide useful information when three conditions are met: those practices reflect the judgment of the affected population or decisionmakers; the other state is sufficiently similar; and the judgment embodied in the practice of the other state is independent» [p. 136]). Diversamente, P. G. Carozza, 2003, 1078 s. («Mere numerical consensus does not, *per se*, provide a sufficient foundation for making

## 4. UNA QUESTIONE “DI PESO”

Vero è che le anzidette obiezioni esprimono, nella loro sostanza, una preoccupazione condivisibile: quella che del diritto straniero (non vincolante) sia fatto un uso accorto e ponderato, oltreché alieno da qualunque forma di vuota xenofilia.

Nelle aule di giustizia, il diritto straniero non può fornire soluzioni preconfezionate, ma è potenzialmente idoneo ad avvalorare una scelta che rinvenga già un solido aggancio in casa propria (se non altro, a livello di principi generali). Esso può servire ad illuminare il significato e la portata di una disposizione nazionale (finanche colmandone una lacuna), ovvero a comprovarne la ragionevolezza; ma sempre in via complementare e sussidiaria, giammai principale e dirimente<sup>25</sup>.

L'uso di tale diritto, quindi, lungi dal basarsi su estemporanei raffronti, richiede un'analisi comparativa rigorosa e approfondita (in specie quando gli ordinamenti considerati appartengono a sistemi giuridici diversi), intesa ad accertare l'esistenza di un comune sostrato ideologico, nonché l'assenza di

conclusive judgments regarding the content of human rights norms. Nevertheless, broad international trends and global developments may be evidence of the recognition of a compelling human value that transcends differences in civilizations – one can think of the gradual emergence of global norms against slavery as a significant historical example of this phenomenon»; J. Waldron, 2005, 139 («a consensus in either field [law and natural science] can be wrong»).

25. Cfr. S. Legarre, C. Orrego, 2010, 22 s. («Por un lado, el Derecho constitucional comparado tiene un rol *confirmatorio*: el análisis comparativo sirve para ratificar la razonabilidad de la norma nacional, lo cual presupone tanto la existencia de esta norma como su razonabilidad. La invocación del Derecho extranjero no puede ser una excusa para sustituir una norma vigente – tampoco cuando ésta surge de un silencio legal deliberado –, ni posee la virtud de transformar en razonable aquello que no lo es. // Por otro lado, el recurso al Derecho extranjero tiene una función *pedagógica*: el análisis constitucional comparado se aborda con la finalidad de entender mejor – y de explicar mejor – el sentido de la solución vernácula. Como ocurre con el estudio de las lenguas extranjeras, que nos ayuda a comprender mejor la nuestra, el recurso al Derecho comparado ilumina los alcances de la norma nacional. // Del rol confirmatorio y pedagógico del Derecho constitucional comparado se sigue que su uso en la adjudicación constitucional siempre debe revestir el carácter de *obiter dictum* – es decir, de algo que, dicho de paso, sirve para reforzar una argumentación que ya se sostiene por sí misma –, pues el razonamiento judicial no puede fundarse sin más en una norma extranjera a la que la Constitución no reconoce autoridad. // Si se mantiene este triple carácter [i.e., confirmatorio, pedagógico y *obiter dictum*] del uso del Derecho extranjero y del análisis constitucional comparado en la adjudicación constitucional sobre derechos humanos, nada se opone al uso supletorio o al uso invalidante del Derecho extranjero. En efecto, para hallar una solución para aparentes lagunas, el juez deberá argumentar con base en su propio Derecho, en la medida de lo posible, y podrá confirmar e ilustrar su argumentación racional con la ayuda de lo que haya encontrado en el Derecho comparado. De la misma manera, el juez podrá invalidar alguna parte del derecho interno – por ejemplo, mediante su declaración de inconstitucionalidad – con un argumento fundado en el resto de su Derecho vigente, y reforzado por la razonabilidad advertida en una solución análoga en el Derecho comparado»).



fattori (storici, politici, sociali ecc.), pertinenti alla fattispecie concreta, che impediscono l'assimilazione<sup>26</sup>.

Come si è giustamente osservato, con riguardo alla diatriba statunitense, «[t]hose who oppose the use of foreign law confuse the question of validity with the question of what weight to afford that law»<sup>27</sup>. Questo è il punto: la rilevanza del diritto straniero – e, quindi, la validità del suo utilizzo in sede giurisprudenziale – dipende fondamentalmente dalle circostanze. Così, ad esempio, il riferimento a ciò che accade in altri ordinamenti può rivelarsi utile nell'ottica di una maggior tutela dei diritti fondamentali (pur senza

26. Cfr. A. Barack, 2006, 291 («interpretive inspiration is only useful if there is an ideological basis common to the two legal systems and a common allegiance to basic democratic principles. A common basis of democracy is, however, a necessary but insufficient condition for comparative analysis. As judges, we must also examine whether there are factors in the historical development and social conditions that make the local and the foreign system different enough to render interpretative inspiration impracticable»); D. Maus, 2009, 689 («Dans le dialogue horizontal, les critères de pertinence doivent être appréciés en fonction non seulement du contexte d'ensemble, mais d'éléments précis relatifs aux cas à traiter. Il convient bien évidemment de s'interroger sur la rédaction des textes applicables et la part des spécificités nationales qu'ils contiennent. Il importe également d'examiner si les précédents étrangers retenus concernent des cas d'espèce ou des situations de principe. Cela ne signifie nullement qu'il convient de rejeter l'une ou l'autre des branches de l'alternative, mais simplement de ne pas accorder la même valeur doctrinale à une solution pragmatique ou à un raisonnement abstrait. Il arrive fréquemment, notamment en matière de droits fondamentaux touchant à la personne humaine, qu'à partir de textes relativement proches, les solutions données par les cours nationales concernées soient suffisamment divergentes pour qu'une sorte de droit commun ne puisse pas être défini. Cela n'enlève rien à l'intérêt de l'analyse; au contraire, cela permet de mieux comprendre pourquoi des dispositions proches peuvent donner lieu à des solutions opposées et donc de faciliter le propre raisonnement de la cour concernée»). Ma si vedano anche O. Kahn-Freund, 1974, 1 ss. (con specifico riguardo all'uso del diritto comparato nel settore della legislazione); R. D. Glensy, 2005, 401 ss.; E. A. Posner, C. R. Sunstein, 2006, 158 ss. («as a matter of principle, the argument for restricting consultation to liberal democracies seems vulnerable, at least in its crudest form. // First, many countries that are not liberal democracies nonetheless have some good laws and institutions. There is no reason to think that a nondemocracy enacts only bad laws; the leaders of most nondemocracies want the public to be satisfied as long as they can accomplish this goal without undermining their own ends. Indeed, much ordinary law – criminal law, contract law, and so forth – is relatively constant across both democracies and nondemocracies. For the purpose of comparative constitutionalism, relying on foreign legal materials is not meant to express approval of all aspects of the foreign country. Rather, it is simply a way of taking advantage of unexploited mines of information. // Second, the very fact that nondemocratic nations recognize a particular norm may show that the norm is exceptionally strong. For example, we are accustomed to think that nondemocracies are less tolerant of crime than democracies, and therefore have stricter criminal penalties. Thus, critics of the juvenile death penalty have frequently cited the fact that the vast majority of authoritarian states do not execute juveniles as powerful evidence that the penalty violates a significant norm – a norm so significant that even crime-obsessed authoritarian states cannot ignore it» [p. 159]).

27. A. L. Parrish, 2007, 641.



ignorare il carattere problematico di tale categoria), ma di certo – e le ragioni sono scritte a chiare lettere nella nostra Costituzione – non potrebbe giustificare in alcun modo l'interpretazione analogica o estensiva di una fattispecie incriminatrice<sup>28</sup>.

In definitiva, l'astratta possibilità di un uso scorretto del diritto straniero non toglie che quest'ultimo – nei termini anzidetti – rappresenti per il giudice uno strumento prezioso, col quale risolvere questioni nuove o complesse<sup>29</sup>. L'importante è maneggiarlo con cura.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALPA Guido (a cura di), 2006, *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*. Giuffrè, Milano.
- ANDENAS Mads, FAIRGRIEVE Duncan (ed. by), 2015, *Courts and Comparative Law*. Oxford University Press, Oxford.
- BALDASSARRE Antonio, 2006, «La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo». *Diritto pubblico comparato*, 2: 983-91.
- BARACK Aharon, 2006, «Comparison in Public Law». In *Judicial Recourse to Foreign*

28. Ipotesi di scuola a parte, l'uso dell'argomento comparatistico nel campo del diritto penale desta comunque molte perplessità. Nondimeno, la nostra Corte Costituzionale se n'è avvalsa in varie occasioni: si vedano, ad esempio, oltre alle già citate pronunce sul reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato e sul reato di atti persecutori (*supra*, nota 3), le sentt. 2 novembre 1996, 370, sugli artt. 707 e 708 c.p. («Possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli» e «Possesso ingiustificato di valori»), e 24 marzo 1988, n. 364, sull'art. 5 c.p. («Ignoranza della legge penale»).

29. Cfr. C. McCrudden, 2007, 393 s. («There appears to be an identifiable move to use comparative approaches as one of the techniques of trying to reach 'solutions' to issues of human rights interpretation that are not the same in each jurisdiction, that are not imposed on a jurisdiction simply because another has adopted it, and that are not necessarily considered to be examples of emerging universal norms. The comparative method in this context often involves judges considering what occurs in other jurisdictions as well as their own in order to appreciate dimensions of the issue that might not otherwise have been as apparent. It is 'dialogic' because it involves each jurisdiction not only contributing to the bank of experience that each other jurisdiction draws on, but also discussing this with those in other jurisdictions who are regarded as carrying out a similar interpretative role. It is in the development of this dialogic method applied to the problem of incompletely theorised agreements in human rights that the most fruitful role for judicial comparativism may lie»); H. Muir-Watt, 2000, 503 ss. («La comparaison s'engage ainsi contre le dogmatisme, contre les stéréotypes, contre l'ethnocentrisme, c'est-à-dire, contre la conviction répandue [quel que soit le pays] selon laquelle les catégories et concepts nationaux sont les seuls envisageables. Cette conviction serait celle qui procède d'un discours "officiel" trop exclusivement légaliste et par ailleurs trop peu enclin à regarder au delà des horizons purement nationaux. [...] Le message subversif est donc fort mais très simple: regardons ailleurs, comparons, interrogeons-nous sur les alternatives – pour élargir la perspective traditionnelle, enrichir le discours juridique et lutter contre les habitudes de pensée sclérosantes. Ce n'est qu'au prix de cet enrichissement que l'on peut apprendre à comprendre l'autre, et, à terme, se comprendre soi-même» [p. 506]).

- Law: A New Source of Inspiration?*, edited by Basil Markesinis, Jörg Fedtke, 287-94. Routledge, London-New York.
- BASSU Carla, 2013, *Comparazione giuridica e diritto giurisprudenziale. L'esperienza delle Corti di vertice di Australia e Nuova Zelanda*. Aracne, Roma.
- CANALE Damiano, 2015, «Comparative Reasoning in Legal Adjudication». *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 28: 1-23.
- CANIVET Guy, ANDENAS Mads, FAIRGRIEVE Duncan (eds.), 2004, *Comparative Law before the Courts*. BIICL, London.
- CAROZZA Paolo G., 2003, «“My Friend is a Stranger”: The Death Penalty and the Global *Ius Commune* of Human Rights». *Texas Law Review*, 81: 1031-79.
- CASSESE Sabino, 2009, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*. Donzelli, Roma.
- CHOUDHRY Sujit, 2004, «The *Lochner* era and comparative constitutionalism». *International Journal of Constitutional Law*, 2: 1-55.
- ID. (ed.), 2006, *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge University Press, New York.
- D'ANDREA Luigi, MOSCHELLA Giovanni, RUGGERI Antonio, SAITTA Antonio (a cura di), 2015, *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*. Giappichelli, Torino.
- DAMMANN Jens C., 2002, «The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation». *St. Thomas Law Review*, 14: 513-59.
- DAVIS Dennis M., 2003, «Constitutional Borrowing: The Influence of Legal Culture and Local History in the Reconstitution of Comparative Influence: The South African Experience». *International Journal of Constitutional Law*, 1: 181-95.
- DE VERGOTTINI Giuseppe, 2010, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Il Mulino, Bologna.
- DENNINGTON Andrew R., 2006, «We Are the World? Justifying the us Supreme Court's Use of Contemporary Foreign Legal Practice in *Atkins*, *Lawrence*, and *Roper*». *Boston College International and Comparative Law Review*, 29: 269-96.
- DORSEN Norman 2005, «The Relevance of Foreign Legal Materials in us Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer». *International Journal of Constitutional Law*, 3: 519-41.
- DRAKEMAN Donald L., 2014, «What's the Point of Originalism?». *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 37: 1123-50.
- DURANTI Francesco, 2012, *Ordinamenti costituzionali di matrice anglosassone. Circolazione dei modelli costituzionali e comparazione tra le esperienze di Australia, Canada, Nuova Zelanda e Regno Unito*. Aracne, Roma.
- FERRARI Giuseppe F., GAMBARO Antonio (a cura di), 2006, *Corti nazionali e comparazione giuridica*. ESI, Napoli.
- IDD., 2010, «The Italian Constitutional Court and Comparative Law. A Premise». *Comparative Law Review*, 1: 1-22.
- FIDELI Roberto, 1998, *La comparazione*. Franco Angeli, Milano.
- GLENN Patrick H., 1987, «Persuasive Authority». *McGill Law Journal*, 32: 261-98.
- GLENSY Rex D., 2005, «Which Countries Count? *Lawrence v. Texas* and the Selection of Foreign Persuasive Authority». *Virginia Journal of International Law*, 45: 357-449.

- GORLA Gino, 1981, *Diritto comparato e diritto comune europeo*. Giuffrè, Milano.
- GUASTINI Riccardo, 1998, *Teoria e dogmatica delle fonti*. Giuffrè, Milano.
- HARDING Sarah K., 2003, «Comparative Reasoning and Judicial Review». *The Yale Journal of International Law*, 28: 409-64.
- IGNATIEFF Michael (ed.), 2005, *American Exceptionalism and Human Rights*. Princeton University Press, Princeton.
- JACKSON Vicki C., 2006, «Constitutional Law and Transnational Comparisons: The *Youngstown* Decision and American Exceptionalism». *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 30: 191-221.
- KAHN-FREUND Otto, 1974, «On Uses and Misuses of Comparative Law». *The Modern Law Review*, 37: 1-27.
- KIRBY Michael, 2009, «Citation of Foreign Decisions in Constitutional Adjudication: The Relevance of the Democratic Deficit». *Suffolk University Law Review*, 43: 117-34.
- LEGARRE Santiago, ORREGO Cristóbal, 2010, «Los usos del Derecho constitucional comparado y la universalidad de los derechos humanos». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 88: 11-38.
- LIPARI Nicolò, 2012, «Morte e trasfigurazione dell'analogia». In *Liber amicorum per Dieter Henrich*, I, *Parte generale e delle persone*, a cura di AA.VV., 36-50. Giappichelli, Torino.
- LIPTAK Adam, 2015, «Supreme Court Asked to Look Abroad for Guidance on Same-Sex Marriage». *The New York Times* (<http://www.nytimes.com/2015/04/07/us/supreme-court-asked-to-look-abroad-for-guidance-on-same-sex-marriage.html>).
- ID., 2016, «Antonin Scalia, Justice on the Supreme Court, Dies at 79». *The New York Times* (<http://www.nytimes.com/2016/02/14/us/antonin-scalia-death.html>).
- MARKESINIS Basil, FEDTKE Jörg, 2006a, *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?* Routledge, London-New York (trad. it. *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*. Il Mulino, Bologna 2009).
- MARTINO Pamela (a cura di), 2014, *I giudici di common law e la (cross)fertilization: i casi di Stati Uniti d'America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*. Maggioli, Santarcangelo di Romagna.
- MAUS Didier, 2009, «Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles». *Revue française de droit constitutionnel*, 4: 675-96.
- MCCRUDDEN Christopher, 2000, «Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights». *Oxford Journal of Legal Studies*, 20: 499-532.
- ID., 2007, «Judicial Comparativism and Human Rights». In *Comparative Law. A Handbook*, edited by Esin Örüçü, David Nelken, 371-98. Hart, Portland.
- ID., 2011, «Multiculturalism, Freedom of Religion, Equality, and the British Constitution: The *JFS* Case Considered». *International Journal of Constitutional Law*, 9: 200-29.
- MCGINNIS John O., 2006, «Foreign to Our Constitution». *Northwestern University Law Review*, 100: 303-34.
- MONATERI Pier G., SOMMA Alessandro, 1999, «"Alien in Rome". L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi». *Il Foro italiano*, 122: 47-56.

- MUIR-WATT Horatia, 2000, «La fonction subversive du droit comparé». *Revue internationale de droit comparé*, 52: 503-27.
- NEUMAN Gerard L., 2006, «International Law as a Resource in Constitutional Interpretation». *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 30: 177-90.
- ÖRÜCÜ Esin, NELKEN David (eds.), 2007, *Comparative Law. A Handbook*. Hart, Portland.
- PARRISH Austen L., 2007, «Storm in a Teacup: the US Supreme Courts Use of Foreign Law». *University of Illinois Law Review*, 2: 637-80.
- PASSAGLIA Paolo, 2015, «Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005-giugno 2015». *Consulta online*, 2: 589-611 (<http://www.giurcost.org/studi/passaglia6.pdf>).
- PEGORARO Lucio, 1987, «La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80». *Quaderni costituzionali*, 3: 601-13.
- PERLINGIERI Pietro, 2006, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. ESI, Napoli.
- PIN Andrea, 2012, «Perché le corti comparano?». *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4: 1429-54.
- POSNER Eric A., SUNSTEIN Cass R., 2006, «The Law of Other States». *Stanford Law Review*, 59: 13-80.
- RESNIK Judith, 2006, «Law's Migration: American Exceptionalism, Silent Dialogues, and Federalism's Multiple Ports of Entry». *Yale Law Journal*, 115: 1564-670.
- SANDULLI Aldo, 2006, «La giurisprudenza amministrativa italiana e l'uso delle sentenze straniere». In *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, a cura di Guido Alpa, 51-76. Giuffrè, Milano.
- SMITS Jan M., 2012, *The Mind and Method of the Legal Academic*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham.
- SMORTO Guido, 2010, «L'uso giurisprudenziale della comparazione». *Europa e diritto privato*, 1: 223-39.
- SOMMA Alessandro, 2001, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*. Giuffrè, Milano.
- TARUFFO Michele, 1994, «The Use of Comparative Law by Courts». In *Rapports nationaux italiens au XIV Congrès International de Droit Comparé* (Athenes, 1994), edited by AA.VV., 49-59. Giuffrè, Milano.
- TEITEL Ruti, 2004, «Book Review. Comparative Constitutional Law in a Global Age». *Harvard Law Review*, 117: 2570-96.
- ID., 2011, *Humanity's Law*. Hardcover, New York.
- VARANO Vincenzo, BARSOTTI Vittoria, 2014, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*. Giappichelli, Torino.
- WALDRON Jeremy, 2005, «Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*». *Harvard Law Review*, 119: 129-47.
- ZAGREBELSKY Gustavo, 2009, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*. Il Mulino, Bologna.
- ZENO-ZENCOVICH Vincenzo, 2005, «Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?». *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4: 1993-2020.