



Rivista N°: 3/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 12/07/2021

AUTORE: Bruno Makowiecky Salles*

Paulo Márcio Cruz*

Nicolò Basigli*

ATTIVISMO GIUDIZIALE E DIALOGHI TRANSGIUDIZIALI: PARAMETRI PER L'INTERAZIONE TRA DECISIONI NAZIONALI E STRANIERE

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Attivismo giudiziale: nozioni introduttivi e concetto. – 3. Note sui dialoghi transgiudiziali. – 4. Attivismo e dialoghi transgiudiziali: parametri per le interazioni. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

La tematica dell'attivismo giudiziale è ampiamente dibattuta nella scienza giuridica. Ci sono controversie nella ricerca di un concetto e sulle virtù e le vicissitudini della pratica. Allo stesso modo, le conversazioni¹ tra giudici e Tribunali di tutto il mondo hanno punti di vista diversi. È una realtà in crescita, sia nei dialoghi tra giudici e Tribunali di paesi diversi, sia in quelli che si instaurano tra giudici nazionali e Tribunali Transnazionali o Internazionali. Questi complessi assi tematici si toccano ad un certo momento: fino a che punto le interazioni con il diritto straniero, per l'applicazione in ambito domestico, rappresentano o meno la concretizzazione dell'Attivismo Giudiziale?

* Dottore di Ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università di Vale do Itajaí – UNIVALI, Brasile. Dottore di Ricerca in Scienze Giuridiche presso Università di Perugia, Italia (2019). Giudice nello Stato di Santa Catarina, Brasile (2009). CV: <http://lattes.cnpq.br/747954322697803>. E-mail: brunomakowieckysalles@gmail.com.

* Dottore in Diritto di Stato presso l'Università Federale di Santa Catarina. Professore permanente e coordinatore del Programma di Laurea Stricto Sensu in Scienza Giuridica – PPCJ – UNIVALI. Visiting Professor nelle Università di Perugia e Alicante. Emai: pcruz@univali.br.

* Dottorando di ricerca presso l'Università do Vale do Itajaí – UNIVALI, Brasile. Laureato presso l'Università di Perugia, Italia. E-mail: basigli@edu.univali.br.

¹ Quando si parla di conversazioni o dialoghi, non si tratta di comunicazioni in senso letterale. Una certa astrazione è necessaria per visualizzare le pratiche dialogiche nelle dinamiche che si riferiscono alle interazioni interistituzionali. Pertanto, l'idea non è quella dei colloqui sincroni, in tempo reale, ma asincroni che avvengono nel tempo.

Questo articolo² cerca di promuovere un'articolazione tra la categoria dell'Attivismo e i suddetti colloqui tra giudici e Corti; tale tematica è studiata, a livello dottrinale, dal Transcostituzionalismo e dal Transgiudizialismo, i quali sono riuniti sotto la più ampia formula dei Dialoghi Transgiudiziali. L'obiettivo è quello di contribuire alla costruzione, senza carattere esaustivo, di alcuni parametri che concilino gli elementi articolati, con l'intenzione che le interazioni transgiudiziali si rivestano di scientificità e che siano compatibili con la legittimità democratica nello scenario contemporaneo.

A tal fine, in un primo momento si sviluppa l'idea dell'Attivismo Giudiziale, esponendo elementi teorici che consentano la proposizione di un concetto e l'identificazione di alcune delle sue dimensioni pratiche. Successivamente, si entrerà nel tema dei Dialoghi Transgiudiziali, facendo menzione ad importanti nozioni per comprenderle, come quella della Transnazionalità, del Diritto Transnazionale, del Transcostituzionalismo ed in ultimo del Transgiudizialismo. Infine, si realizza un'articolazione tra i contenuti al fine di renderli compatibili e di fornire, con umiltà scientifica, delle linee guida per i Dialoghi Transgiudiziali affinché si possano evitare problemi di legittimità democratica, i quali sono tipici delle pratiche giudiziarie attiviste.

Per quanto riguarda la metodologia, nella fase di indagine è stato utilizzato il metodo induttivo. Nella fase di elaborazione dei dati, è stato utilizzato il metodo cartesiano. Infine, il testo è stato composto sotto la base logica induttiva-deduttiva. Le varie fasi della ricerca sono state assistite con il ricorso alle tecniche del referente, della categoria, del concetto operativo e della ricerca bibliografica³.

2. Attivismo giudiziale: nozioni introduttivi e concetto

I dibattiti sull'Attivismo Giudiziale sono antichi, in particolare nella letteratura e nell'esperienza giuridica nord-americana, che possono essere considerate come culla della tematica⁴. Tali dibattiti sono passati a rivestirsi sempre di maggior importanza dall'emergere del *judicial review*⁵. La questione di fondo era già stata oggetto di varie controversie ancor prima che il termine Attivismo Giudiziale fosse coniato. La paternità di tale termine è attribuita allo storico Arthur Schlesinger Jr., in un articolo pubblicato nel gennaio 1947 sulla popolare rivista *Fortune*⁶, e non deriva, curiosamente, da una decisione giudiziale o da un saggio scientifico⁷.

² Avvertenza: il contributo pubblicato contiene, esclusivamente nella parte di attivismo giudiziario, frammenti del seguente lavoro scientifico in portoghese: B.M. SALLES. *Acesso à Justiça e equilíbrio democrático: intercâmbios entre civil law e common law*, v. 1, Belo Horizonte, Dialética, 2021. Tutto il resto del contenuto è inedito.

Costituisce una versione ridotta dello studio da cui sono state eliminate alcune note e riferimenti per il necessario adeguamento ai limiti dimensionali della Rivista.

³ C. L. PASOLD. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. Florianópolis, Conceito Editorial, 2015.

⁴ C. A. de A. CAMPOS. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, Forense, 2014, 41.

⁵ M. S. RAUPP. *Ativismo judicial. características e singularidades. Do voluntarismo à concretização de direitos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, 08.

⁶ A. M. SCHLESINGER JR. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, XXXV, 1, 73 ss.

⁷ K. D. KMIEC. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, n. 5, 2004, 1.445 s.

L'analisi delle posizioni della Corte Suprema e dei suoi membri fa parte della cultura giuridica americana. In un'opera ben nota⁸, Christopher Wolfe stabilisce un percorso storico e divide in tre cicli il *judicial review* esercitato dalla Corte: l'era della tradizione (*the traditional era*), l'era della transizione (*the transitional era*) e l'era moderna (*the modern era*). Queste epoche sono caratterizzate da diverse tipologie di decisioni attiviste, sia con il riconoscimento e l'ampliamento del *judicial review* senza una espressa previsione costituzionale, sia con l'invalidazione delle opzioni politiche basate su clausole aperte, sia con l'interpretazione creativa dei principi costituzionali per concedere diritti e libertà ai cittadini, il tutto condizionato dal contesto storico e dalla composizione della Corte.

Sebbene la prassi e la produzione dottrinale americana siano pioniere sul tema, l'Attivismo Giudiziale e le domande che solleva sono presenti in diversi regimi democratici, sia nella famiglia della *common law* che in quella di *civil law*. In Germania, ad esempio, si osserva che ci si pongono delle domande su come la Corte Costituzionale interpreta il sistema dei diritti fondamentali⁹, adottando come concezione metodologica la cosiddetta giurisprudenza dei valori¹⁰. In Italia, le discussioni sull'attivismo appaiono in tematiche quali il controllo della legalità dell'azione politica nelle operazioni criminali, in espressioni come la supplenza giudiziaria¹¹ ed in tecniche di interpretazione costituzionale come le sentenze additive¹². In Brasile, la dottrina mostra numerosi casi di attivismo del *Supremo Tribunal Federal*¹³, di solito andando ad innovare l'ordinamento giuridico o affrontando questioni controverse alle quali il potere Legislativo omette di dare una risposta. La Corte Costituzionale della Colombia ha già emesso decisioni attiviste emblematiche su temi quali la revisione della decretazione dello stato di eccezione da parte del Presidente e l'imposizione di doveri strutturali all'Esecutivo e al Legislatore nella promozione delle politiche pubbliche¹⁴.

I dilemmi sull'attivismo sono arrivati anche nelle decisioni delle Corti per i Diritti Umani, in situazioni nelle quali determinano ai Paesi la concretizzazione delle norme vaghe. Tali dilemmi sono, altresì, comparsi dinnanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, quando stabilisce principi generali di diritto per il funzionamento del sistema¹⁵, quando instaura dialoghi tra ordinamenti, o cita le decisioni della Corte Europea¹⁶. Oltre a questi, si potrebbero

⁸ C. WOLF. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1994.

⁹ J. HABERMAS. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. I, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, 320 s.

¹⁰ K. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 163-172.

¹¹ S. RODOTÀ. Magistratura e politica in Italia. In: E. B. LIBERATI; A. CERETTI; A. GIASANTI. *Governo dei giudici: la magistratura tra diritto e politica*. Milano: Giangiaco Feltrinelli editore, 1996, 23.

¹² Le sentenze additive sono una tipologia di sentenze manipolatorie che alterano il significato di una legge senza alterare il testo normativo. Nel caso delle sentenze additive, esse riconoscono l'incostituzionalità della legge, perché non contiene alcuna disposizione che, invece, dovrebbe essere inclusa, e colma il vuoto, inserendo la situazione non contemplata. C. A. de A. CAMPOS, op. cit., 118.

¹³ E. da S. RAMOS. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo, Saraiva, 2010, 230-282.

¹⁴ C. A. de A. CAMPOS. *Estado de coisas inconstitucional*, Salvador, Juspodivm, 2015, 99-154.

¹⁵ L. V. de FREITAS. The judicial activism of the european court of justice. In: L. P. COUTINHO; M. LA TORRE; S. D. SMITH. *Judicial activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*. v 44, Switzerland: Springer International Publishing, 2015, 173-180.

¹⁶ J. ALLARD; A. GARAPON. *Os juizes na mundialização: a nova revolução do direito*. Lisboa, Instituto Piaget, 2005, 19-20.

sottolineare molti altri esempi nazionali e internazionali, ma l'illustrazione di questi svierebbe dai limiti dell'articolo.

Come regola generale, i giudici agiscono solo quando sono provocati, conducono le liti in conformità con le norme del giusto processo¹⁷ e non hanno simpatie per parti o postulati, agendo in qualità di terzi imparziali che, sulla base delle conoscenze tecnico-giuridiche, applicano il diritto positivo o giurisprudenziale per la risoluzione di conflitti intersoggettivi o normativi. In tale scenario, gli atti di pianificazione dei risultati e l'avvio delle misure necessarie per ottenerli sono collegati, in principio, al Potere Legislativo ed Esecutivo, incaricati di creare politiche ed implementarle attivamente. Allo stesso modo, l'iniziativa per la deduzione delle pretese in cerca di beni giuridici spetta ai litiganti. I giudici assegnano soluzioni a tali iniziative basate su un diritto preesistente¹⁸, giustificandole razionalmente alla luce delle leggi e degli standard giuridici che si sono sviluppati.

Si verifica, quindi, che questa concezione relativa alla figura dei giudici, congiuntamente a questa divisione delle funzioni nel regime democratico, sono sfidati da alcuni fattori. La condizione umana nell'interpretazione del diritto, i vari tipi di richieste sottoposte quotidianamente alla decisione dei giudici, le difficoltà nella fissazione dei limiti e del ruolo della funzione giudiziale¹⁹ e, anche, le lacune, le ambiguità ed i punti poco chiari del sistema giuridico contribuiscono, ciascuno in qualche misura, alla creazione giudiziale del diritto²⁰ e all'atteggiamento più attivo dei giudici. Oggigiorno si afferma che è superata, e per alcuni sfiora infantilità²¹, la convinzione che le innovazioni o la proattività non esistano, riconoscendosi uno spazio per tali situazioni, in particolare, nelle liti a riguardo di questioni costituzionali e nei rapporti tra Poteri, nonché nei cosiddetti casi difficili (*hard cases*).

In un approccio più generico, l'Attivismo è considerato come una dottrina o argomentazione che privilegia la pratica di un'effettiva trasformazione della realtà, in detrimento di attività puramente speculative²². Questa idea nasce dall'etimologia. Nell'espressione c'è la giunzione del prefisso "attivo", che indica più azione e meno contemplazione, al suffisso "ismo", che aggiunge un significato normalmente collegato alla formazione di dottrine, principi, modi e teorie che possono essere filosofici, religiosi, artistici, letterari, scientifici, economici, politici etc.²³

Questa connotazione generica di un modo attivo di comportarsi, nonostante sia insufficiente, fornisce una nozione utile al campo del Diritto, in cui "*o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a*

¹⁷ M. LA TORRE. Between nightmare and noble dream: judicial activism and legal theory. In: L. P. COUTINHO; M. LA TORRE; S. D. SMITH., *op. cit.*, 03.

¹⁸ M. SHAPIRO. The success of judicial review and democracy. In: M. SHAPIRO, Martin; A. S. SWEET. *On laws, politics & judicialization*. New York, Oxford University Press, 2002, 162.

¹⁹ M. S. RAUPP, *op. cit.*, 02.

²⁰ L. M. FRIEDMAN. *The republic of choice: law, authority and culture*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1994, 21.

²¹ A. BARAK. *The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2006, 09.

²² MICHAELIS. *Dicionário brasileiro da língua portuguesa* (on line). Editora Melhoramentos Ltda, 2018. Disponibili in: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ativismo/> >. Consultato il 3 febbraio 2021.

²³ MICHAELIS. *Op. cit.* Disponibili in: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ativismo/> >. Consultato il 3 febbraio 2021.

*mudança social ou, pelo contrário, de a travar*²⁴. Tuttavia, specificare il senso dell'attivismo giudiziale richiede degli ulteriori contributi.

In ambito giuridico, in ragione dell'imprecisione concettuale e della forma, alle volte, aperta e senza criteri con cui viene utilizzata tale espressione, è necessario fissare dei parametri per conferire un significato all'Attivismo Giudiziale²⁵, anche al fine di attribuirgli una scientificità ed evitare che diventi un'unica "*rhetorically charged shorthand for decisions the speaker disagrees with*"²⁶. È anche necessario stare attenti per filtrare alcune possibili situazioni di uso ideologico e manipolatorio dell'espressione, che possono verificarsi quando coloro che mirano a contenere i poteri dei giudici o per mantenere il controllo della legalità la utilizzano, senza basi adeguate, come discorso per bloccare la magistratura²⁷. Pertanto, viene definito come Attivismo qualcosa che riflette il mero adempimento delle funzioni giurisdizionali.

Nel tentativo di formulare un concetto adeguato, la dottrina indica due accezioni prevalenti conferite all'Attivismo²⁸. Tali accezioni, a loro volta, possono presentare alcuni punti in comune per quanto riguarda la creazione giudiziale del diritto e un'interferenza più o meno generica nella funzione legislativa, oltre al fatto di aprire alla possibilità che entrambi siano utilizzati in certi contesti, potendo manifestarsi in molteplici modi.

In una delle accezioni, l'attivismo è considerato la postura volontaristica dei giudici nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto, sostituendo le leggi e i precedenti con le proprie convinzioni personali, predilezioni quanto ai risultati, visioni del mondo, della morale, dell'umanismo, della giustizia o della politica, a prescindere dal fatto che si tratti di una politica progressista o conservatrice²⁹. L'attivismo si verifica ogni volta che i magistrati, senza autorizzazione, inventano regole e le impongono come se fosse il diritto statale, seguendo non le leggi ma la loro propria creazione³⁰, andando a svolgere così una funzione legislativa *ad hoc* e retroattiva. In questo senso la pratica è vista come qualcosa di negativo, che mina lo Stato di Diritto con un'ampia discrezionalità giudiziaria³¹.

Il criterio per classificare una decisione come attivista risiede, ai fini di questa accezione, nel grado di allontanamento del giudice in relazione alla legge. C'è, infatti, un attivismo in campo applicativo o operativo, che può verificarsi sia nel diritto pubblico che nel diritto privato.

In un'altra accezione, l'Attivismo è visto come il comportamento dei giudici volto a sindacare o influenzare, con forza e sotto rigidi vagli, le azioni e le omissioni degli altri Poteri, riducendo la deferenza rispetto alle opzioni politiche e interferendo più direttamente nelle sfere

²⁴ A. GARAPON. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa, Instituto Piaget, 1998, 54. Traduzione: "l'attivismo inizia quando, tra le diverse possibili soluzioni, la scelta del giudice dipende dal desiderio di accelerare il cambiamento sociale o, al contrario, di fermarlo".

²⁵ C. A. de A. CAMPOS, *op. cit.*, 151.

²⁶ K. ROOSEVELT III. *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. New Haven, Yale University Press, 2006, 03. Traduzione: "abbreviazione retorica caricata per le decisioni con cui l'oratore non è d'accordo".

²⁷ V. ACCATTATIS. *Governo dei giudici e giudici del governo*. Milano, Franco Angeli, 2008, 88.

²⁸ M. S. RAUPP, *op. cit.*, 65 s.

²⁹ A. BARAK, Aharon, *op. cit.*, 265.

³⁰ A. A. LAWRENCE A. *Judicial activism: clearing the air and the head*. In: P. COUTINHO; M. LA TORRE; S. D. SMITH., *op. cit.*, 15-21.

³¹ C. WOLFE, *op. cit.*, 11.

classicamente riservate al Legislatore e all'Esecutivo, con l'obiettivo di concretizzare norme costituzionali e diritti fondamentali³². Si tratta quindi “(...) *della tendenza del potere giudiziario ad assumere le vesti del potere legislativo e del potere esecutivo in situazione specifiche (...)*”³³.

Il metodo per classificare una decisione come attivista o no è legato fundamentalmente, alla tripartizione dei Poteri e al livello di usurpazione, da parte dei giudici, degli oneri dei legislatori e degli amministratori. Una tale forma di attivismo può verificarsi a riguardo del controllo della costituzionalità o della legalità delle leggi, o nell'imposizione di comportamenti o politiche per compensare omissioni parlamentari ed esecutive, in maniera individuale o collettiva. Si ha, in questo caso, un attivismo in una prospettiva relazionale. Gli orientamenti relativamente alla natura positiva o negativa di un tale atteggiamento già si dividono maggiormente, rispetto alla prima accezione³⁴.

Evidentemente tutto sfocia in una questione sul grado o sull'intensità. Tuttavia, nei due casi di Attivismo, presi insieme o singolarmente, si osserva un elemento in comune: spetta ai giudici, in modo più assertivo, la posizione di creatori del diritto, legislatori o amministratori, al di là della classica funzione di risoluzione delle controversie basate sulle leggi e della funzione di moderare gli eccessi degli altri rami³⁵. Ci sono, quindi, più prese di decisioni personali o politiche rispetto all'aggiudicazione di diritti.

Sulla scorta di tali orientamenti, si propone che l'Attivismo Giudiziale (*lato sensu*) sia concettualizzato come un atteggiamento giurisdizionale di tendenze trasformatrici, piuttosto che contemplative, che si manifestano (*stricto sensu*), congiuntamente o isolatamente, in ambito (i) interpretativo, applicativo o operativo, attraverso un marcato volontarismo nella creazione del diritto a scapito della legislazione, dei precedenti giudiziari o delle norme giuridiche in generale, e (ii) istituzionale o relazionale, attraverso un'interferenza più diretta nelle attribuzioni degli altri Poteri. In entrambe le situazioni, ai giudici viene assegnato un ruolo che va oltre la visione classica dell'applicazione del diritto alle controversie soggettive o normative e moderare gli eccessi degli altri rami, potendosi questo verificare nella Giurisdizione costituzionale e in quella ordinaria, tanto nella collettiva quanto in quella individuale, nonché in varie dimensioni pratiche di funzionamento del diritto³⁶.

L'Attivismo giudiziale ha alcune dimensioni pratiche, esternalizzate, in maniera esemplificativa, in scenari di interpretazione della Costituzione e delle leggi, di affermazione dei diritti, di attività di creazione quasi-legislativa del diritto, di determinazione delle politiche pubbliche, di auto-espansione della giurisdizione, di superazione dei precedenti, di motivazioni massimaliste, di decisioni orientate più al risultato che al diritto, di rivendicazioni di sovranità

³² M. S. RAUPP, *op. cit.*, 61.

³³ M. OLIVIERO. Costituzionalismi, crisi della democrazia e populismi. In: A. M. da ROSA; A. F. da CRUZ; J. M. QUINTERO; N. BONISSONI. *Para além do estado nacional: dialogando com o pensamento de Paulo Márcio Cruz*. Florianópolis, Emais, 2018. 281.

³⁴ B. M. SALLES, *op. cit.*, 190.

³⁵ P. B. KURLAND. Government by judiciary. *University of Arkansas at Little Rock Journal*, v. 2. 307, 1979, 320.

³⁶ B. M. SALLES, *op. cit.*, 195.

giudiziale³⁷, di attività di controllo della legalità politica in ambito penale³⁸, di uso del diritto transnazionale³⁹ e dell'applicazione espansiva dei diritti da parte delle Corti internazionali⁴⁰. Ciò non significa che gli esempi sopra elencati siano necessariamente sinonimo di Attivismo, ma le pratiche attiviste possono materializzarsi negli ambienti sopra menzionati.

All'estremità opposta dello stesso *continuum* in relazione all'Attivismo, si ha la filosofia dell'Autocontrollo (*judicial self-restraint*) ed è possibile parlare di tale filosofia su più livelli della stessa⁴¹. In sostanza, i giudici, che si auto-limitano nelle loro predilezioni personali, evitano di contraddire le condotte degli altri rami del governo, almeno quando non vi è un errore chiaro, e invocano prudenza nell'interpretazione della Costituzione, nella creazione di diritto e nell'imposizione di politiche pubbliche. Inoltre, spesso, essi sono soliti auto-limitarsi alle decisioni su questioni giurisdizionali e negano la giustiziabilità delle questioni politiche⁴².

L' Autocontrollo si manifesta negli atteggiamenti di deferenza e prudenza. La deferenza si evidenzia come una dimostrazione di rispetto per il sistema democratico-rappresentativo nel processo decisionale. La prudenza, invece, ha come obiettivo principale la preservazione istituzionale del Potere Giudiziario, evitando da un lato l'usura dell'immagine e, dall'altro lato, le reazioni politiche⁴³, o addirittura i timori di un indebolimento dei tribunali a causa delle difficoltà nell'esecuzione delle sentenze.

Così, la categoria dell'Autocontrollo Giudiziario (*lato sensu*) può essere concettualizzata, in sintesi, come una tendenza giurisdizionale opposta all'Attivismo, sul piano (*stricto sensu*) (i) interpretativo o applicativo e (ii) istituzionale o relazionale, caratterizzata da atteggiamenti giudiziari di prudenza e maggiore deferenza rispetto alle scelte politiche di altri rami, nonché manifestata nel *judicial review* e nel giudizio ordinario, collettivo o individuale, comprese anche le numerose dimensioni della pratica giuridica⁴⁴.

Per concludere l'argomento, è importante osservare che una posizione più o meno attivista della magistratura non è il risultato esclusivo del volontarismo e non si riduce all'ideologia individuale dei giudici. Per quanto si afferma che la magistratura non figura tra le classi più eterogenee, è innegabile che i giudici hanno opinioni diverse sul mondo, sull'istruzione e sulla personalità. Questa diversità è uno specchio della pluralità delle idee nella società⁴⁵. Ma non è questa l'unica cosa che si mette in risalto in un sistema giudiziario espansivo o contratto. Il modo in cui i giudici operano è condizionato da fattori istituzionali legati alla misura della loro indipendenza e alle garanzie della magistratura stessa, che è connesso, a sua volta, a temi come la modalità, più o meno politicizzata, di accesso alla carriera di magistrato, la politica di

³⁷ C. A. de A. CAMPOS, *op. cit.*, 165-174.

³⁸ M. L. GHEZZI. Il panorama e le rovine. In: E. B. LIBERATI, Edmondo Bruti; A. CERETTI; A. GIASANTI, *op. cit.*, 61.

³⁹ L. V. de FREITAS. The judicial activism of the european court of justice. In: P. COUTINHO; M. LA TORRE; S. D. SMITH., *op. cit.*, 173-180.

⁴⁰ J. ALLAN. Judicial activism: vanity of vanities. In: P. COUTINHO; M. LA TORRE; S. D. SMITH., *op. cit.*, 71.

⁴¹ A. BARAK, *op. cit.*, 266.

⁴² J. J. G. CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra, Almedina, 2000, 1309.

⁴³ C. A. de A. CAMPOS, *op. cit.*, 178.

⁴⁴ B. M. SALLES, *op. cit.*, 209.

⁴⁵ A. BARAK, *op. cit.*, XV.

remunerazioni della classe, il controllo e la struttura organizzativa della carriera, la formazione durante la vita professionale⁴⁶ e possibili altri.

3. Note sui dialoghi transgiudiziali

La Transnazionalità è un fenomeno attraverso i quali le relazioni sociali, politiche, economiche e culturali oltrepassano i confini degli Stati Nazionali in un mondo globalizzato e connesso⁴⁷, facendo diventare in qualche misura obsolete, alla luce dei problemi condivisi, nozioni come territorio, nazionalità e sovranità. Il Diritto Transnazionale è qualcosa da forgiare e contestualizzare in questa nuova realtà⁴⁸, da non confondersi con il Diritto Internazionale Pubblico e con il Diritto Internazionale Privato. I prefissi "*trans*" e "*inter*" indicano già differenze, in quanto il primo denota qualcosa che va "oltre" o "al di là", mentre il secondo esprime l'idea di differenza oppure di una appropriazione di significati correlati⁴⁹.

Il Diritto internazionale pubblico si costituisce di un conglomerato di norme, siano esse convenzionali come i Trattati Internazionali, siano esse di natura consuetudinaria ed, ancora, siano queste di principio, che disciplinano le relazioni tra Stati, organizzazioni internazionali e individui, in cui tali relazioni trascendono i limiti fisici degli Stati. Gli obiettivi di tale ramo del diritto sono, essenzialmente, il mantenimento della pace, la promozione della sicurezza delle relazioni internazionali e il coordinamento dei vari interessi, in modo che gli Stati raggiungano i loro scopi ed interessi reciproci⁵⁰. È un diritto che, in una visione classica, è collegato alla nozione di Stato come soggetto di diritti e obblighi internazionali⁵¹.

D'altra parte, il Diritto Internazionale Privato comprende il plesso di norme che si occupa del conflitto di leggi nello spazio. Esso cerca, a partire dall'analisi degli elementi di connessione, a definire quale foro e/o diritto è applicabile, se quello nazionale o straniero, ad un conflitto con l'onere dell'internazionalizzazione⁵². In questo senso, viene responsabilizzato della definizione della competenza e/o della norma di uno Stato sovrano per apprezzare conflitti che riuniscono elementi esogeni.

Il Diritto Transnazionale sorge sotto una diversa angolazione. Esso si rivolge, anche, ad una diversità di situazioni che fanno sì che i confini si dissolvano. In un certo senso, comprende i Diritti Internazionali Pubblici e Privati, nonché i diritti nazionali⁵³. Tuttavia, esso agisce

⁴⁶ A. MASTITZ; P. PEDERZOLI. Training the legal professions in Italy, France and Germany. In: C. N. TATE; T. VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York University Press, 1995, 155-180.

⁴⁷ P. M. CRUZ; C. PIFFER. Transnacionalidade, migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. *Revista do Direito*. v. 3, Santa Cruz do Sul, 2017, 54.

⁴⁸ P. M. CRUZ; Z. BODNAR. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. *Revista Eletrônica do CEJUR*. v. 1, 4, 2009, 01-24.

⁴⁹ P. M. CRUZ; Z. BODNAR, *ob. cit.*, 05.

⁵⁰ In mérito: V. de O. MAZZUOLI. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, 44 e 63.

⁵¹ F. FRANCONI. Il diritto di accesso alla giustizia nel diritto internazionale generale. In: F. FRANCONI; M. GESTRI; N. RONZITTI; T. SCOVAZZI. *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'unione europea*. Milano, Giuffrè, 2009, 06 s.

⁵² F. de S. DEL'OLMO; A. J. JUNIOR. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro, Forense, 2017, 02.

⁵³ P. C. JESSUP. *Diritto transnazional*. São Paulo, Editora Fundo de Cultura, 1965, 87.

mediante diverse chiavi, con l'obiettivo di promuovere la democratizzazione, la cooperazione e la solidarietà, mitigando la visione della sovranità, del conflitto, della disputa, dell'esclusività, della salvaguardia o del potere di uno Stato nelle sue relazioni con un altro⁵⁴.

Il carattere comune dei problemi mondiali è visto dal Diritto Transnazionale, che, al posto della sovranità compartimentata, mira ad una comunità interconnessa. Dopo ciò, viene proposto un livello superiore di integrazione, basato sul programma assiologico correlato, su interessi condivisi e sul consenso. Le norme transnazionali abbracciano un concetto più ampio e altre forme di giuridicità, andandosi a considerare il diritto transnazionale non solo ciò che possiede una positivizzazione formale, ma anche le deliberazioni di organizzazioni private, contratti, soluzioni in mediazioni, arbitrati e così via. E il modo in cui attori pubblici e privati, al pari degli Stati, delle entità internazionali, multinazionali, organizzazioni e altri, si integrano per interpretarlo e applicarlo è disciplinato dal processo transnazionale.

Si può dire che questa concezione del Diritto Transnazionale comprende categorie come il Transcostituzionalismo e il Transgiudizialismo. Tali categorie hanno somiglianze tra loro, ma hanno sottili e rilevanti distinzioni.

Il Transcostituzionalismo è un'espressione consacrata nella dottrina brasiliana, specialmente nel pensiero di Marcelo Neves⁵⁵. Esso si occupa di un crescente intreccio tra due o più ordini giuridici, sia nazionali che internazionali, sovranazionali e transnazionali, il quale deriva dall'integrazione sistematica della società mondiale e da una sorta di deterritorializzazione delle questioni costituzionali⁵⁶, implicando una rete trasversale costruttiva di apprendimento reciproco nella ricerca di risposte ai problemi costituzionali, come quelli relativi ai diritti fondamentali o umani e l'organizzazione del potere⁵⁷.

Questo intreccio non si limita ad un dialogo tra i giudici e le Corti di sistemi diversi⁵⁸, sebbene abbia nel dialogo la sua forma più rilevante. L'intreccio comprende anche scambi permanenti nelle relazioni tra i Poteri Legislativi, governi e amministrazioni di differenti paesi⁵⁹, che spingono l'evoluzione dei sistemi giuridici in direzioni comuni. Anche in questo caso, viene messa in risalto una concezione basata sul dialogo, piuttosto che sulla forza e sulla sovranità, presupponendo che il diritto costituzionale e i vari attori del diritto interno non adottino un modello di resistenza, né di convergenza servile, ma di articolazione⁶⁰ con fonti e pratiche esterne, il che serve come banco di prova per le tradizioni proprie del paese messo faccia a faccia con altre esperienze.

Molto simile è l'idea del Transgiudizialismo. Ci sono delle peculiarità, come il fatto che esso è limitato all'universo dei procedimenti giudiziari e non sembra riferirsi solo a questioni costituzionali, sebbene esse siano le principali. Si tratta di una forma di comunicazione

⁵⁴ P. C. JESSUP, *op. cit.*, 62.

⁵⁵ M. NEVES. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁵⁶ M. NEVES. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, 2014, 211.

⁵⁷ M. NEVES, *op. cit.*, 2014, 194, 198 e 211.

⁵⁸ M. NEVES, *op. cit.*, 2014, 194.

⁵⁹ M. NEVES, *op. cit.*, 2009, 118.

⁶⁰ M. NEVES, *op. cit.*, 2009, 258 s.

Transgiudiziale, sollecitata da varie cause⁶¹, che porta ad un *modus operandi* e di interpretazione del diritto attraverso il quale i giudici entrano in un processo di riflessione e dialogo con decisioni aliene⁶², interiorizzandole nei loro sistemi al fine di generare una progressiva costruzione di categorie e istituzioni condivise⁶³.

In uno studio pionieristico⁶⁴, Anne-Marie Slaughter ha proposto alcune tipologie di interazioni, le quali variano per quanto riguarda le forme di comunicazione ed il grado di impegno reciproco.

Relativamente alla comunicazione, ci sono tre possibili modalità. Può essere orizzontale, stabilendosi tra Corti e giudici dello stesso *status* gerarchico nei rispettivi sistemi. Verticale, venendosi ad instaurare tra le Corti e i giudici connessi alla giurisdizione dell'altro, come avviene con i Tribunali nazionali in relazione a quelli sovranazionali. E mista, la quale si verifica nel momento in cui le Corti sovranazionali incentivano le comunicazioni orizzontali o agiscono di modo da diffondere i principi giuridici negli altri ordinamenti⁶⁵.

Per quanto riguarda il grado di impegno reciproco, anche qui vi sono tre possibili modalità. Esistono dialoghi diretti, sostenuti da una Corte o da un giudice e poi condivisi da parte di altri. I monologhi, che si verificano quando una Corte o un giudice accampa decisioni straniere, per uso domestico e senza reciprocità, al fine di arricchire o dare forza ai fondamenti della loro decisione. E i dialoghi intermedi, che si concretizzano attraverso degli incentivi alle interazioni date dalle Corti sovranazionali⁶⁶, nella situazione in cui queste Corti, ad esempio, sostengono un certo orientamento di una Corte nazionale e così la proiettano in altri Tribunali interni⁶⁷.

Lo stesso studio indica alcune funzioni e presupposti del Transgiudizialismo, nonché anche alcune conseguenze del fenomeno.

Tra le funzioni figurano il rafforzamento delle Corti sovranazionali, una accettazione migliore degli obblighi internazionali, una sorta di fecondazione incrociata (*cross-fertilization*), l'aumento del carattere persuasivo, dell'autorità e dell'efficacia delle decisioni che adottano la pratica e promuovono la deliberazione collettiva relativamente ai problemi comuni⁶⁸.

I presupposti sono l'indipendenza della magistratura nei confronti dell'Esecutivo e del Legislativo, la fiducia nel potere di persuasione, piuttosto che nella forza, e l'idea da parte dei Tribunali e dei giudici che essi stiano condividendo la propria identità e metodi nell'esercizio delle loro funzioni, agendo come applicatori o interpreti del diritto e non come attori politici diretti⁶⁹.

⁶¹ A-M SLAUGHTER. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, 1994. 129-132. Disponibili in: < <https://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6/> >. Consultato il 04 febbraio 2021.

⁶² A-M SLAUGHTER, *op. cit.*, 101.

⁶³ A. L. P. B. LUPI. O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetélicas. *Revista Eletrônica Direito e Política*. UNIVALI. Itajaí. v. 4, n. 3, 3º, 2009, 294 s.

⁶⁴ A-M SLAUGHTER, *op. cit.*

⁶⁵ A-M SLAUGHTER, *op. cit.*, 03-112.

⁶⁶ A-M SLAUGHTER, *op. cit.*, 112-114.

⁶⁷ A. L. P. B. LUPI, *op. cit.*, 296.

⁶⁸ A-M SLAUGHTER, *op. cit.*, 114-122.

⁶⁹ A-M SLAUGHTER, *op. cit.*, 122-129.

Le principali conseguenze sono l'aumento della qualità delle decisioni a livello mondiale, l'autoconsiderazione delle Corti come membri di una comunità giuridica transnazionale, lo sgretolamento dei confini tra diritto interno e internazionale, l'aumento della protezione universale dei diritti umani e il rafforzamento del principio della separazione dei Poteri su scala globale⁷⁰.

Il passaggio attraverso le nozioni di Transcostituzionalismo e Transgiudizialismo rivela affinità che consentono, ai fini del presente articolo, di raggrupparle in una formula più ampia che viene rubricata con il nome di Dialoghi Transgiudiziali. Tali dialoghi rappresentano una realtà che avanza, evincendosi menzioni sempre più ricorrenti, nelle decisioni di tutto il mondo, a precedenti o interpretazioni stabilite nelle Corti di altri ordinamenti giuridici. Tuttavia, nonostante siano stati accolti positivamente da una parte significativa del pensiero mondiale, questi non godono di unanimità.

C'è chi intravede in pratica una prospettiva comunitarista al servizio del capitalismo o delle agende globali a scapito della sovranità nazionale. Si afferma inoltre che, attraverso di essa, questi ordini del giorno avanzano attraverso il diritto interno, sostituendo e lasciando sullo sfondo i Tribunali Transnazionali⁷¹, che non hanno abbastanza forza per attuarle.

La divergenza, teorica e anche ideologica, giustifica l'osservazione secondo la quale il tema si è trasformato in un "pomo de discórdia entre progressistas e conservadores"⁷², tra diritto esterno e la verticalità legicentrica o l'anteriorità del precedente⁷³. E, a seconda di come funzionano le interazioni transgiudiziali, possono davvero affrontare complicazioni dal punto di vista dell'Attivismo Giudiziario.

Per tali motivi, è già stato osservato che analoghi scambi transgiudiziali:

(...) condensa em si mesmo as esperanças mais desmedidas e os receios mais irracionais. Alguns consideram-no o estágio último de um 'governo de juizes', transposto para um nível global, em detrimento dos interesses nacionais e da legitimidade democrática. Outros, pelo contrário, antevêm aqui o sinal de um caminhar lento, mas seguro, em direção a um direito universal que, embora não esteja ainda concretizado – ainda estamos longe disso – constituiria, no entanto, o horizonte de expectativa de uma humanidade unida⁷⁴.

Nella concezione degli autori di questo articolo, l'avanzamento dei Dialoghi Transgiudiziali è qualcosa di positivo, purché si verifichi in modo giudizioso, tecnico ed equilibrato. Al

⁷⁰ A-M SLAUGHTER, *op. cit.*, 132-135.

⁷¹ In mérito: R. N. PEREIRA. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. *Revista de Direito Internacional. Brazilian Journal of international Law*. Brasília, v. 09, 4, 2012, 169-199.

⁷² J. ALLARD; A. GARAPON, *op. cit.*, 19. Traduzione: "pomo della discordia tra progressisti e conservatori".

⁷³ J. ALLARD; A. GARAPON, *op. cit.*, 72.

⁷⁴ J. ALLARD; A. GARAPON, *op. cit.*, 9. Traduzione: "(...) condensa in sé le speranze più smisurate e le paure più irrazionali. Alcuni la considerano la fase finale di un "governo dei giudici", trasporto a livello globale, a scapito degli interessi nazionali e della legittimità democratica. Altri, al contrario, vedono qui il segno di un cammino lento, ma sicuro, verso un diritto universale che, sebbene non ancora raggiunto, siamo ancora ben lontani da questo, costituirebbe comunque l'orizzonte dell'aspettativa di un'umanità unita".

pari di ciò che avviene con il diritto comparato⁷⁵, le interazioni tra problemi e risposte costituzionali, tra istituti giuridici, diritti, classificazioni, sistematizzazioni, concetti e altri elementi consentono importanti progressi nelle indagini storiche e filosofiche del diritto. Queste servono anche a migliorare il diritto nazionale, migliorare il regime delle relazioni internazionali⁷⁶ e identificare possibili tendenze dell'unificazione del diritto in scale continentali o globali⁷⁷.

In tutta la discussione resta latente la problematica del trapianto. È noto che principi, regole, modelli, concezioni e istituzioni “*that seem effective in other legal cultures may not transplant well to our own*”⁷⁸. È naturale che se ogni società ha la propria cultura giuridica, un modello di idee, pensieri e atteggiamenti nei confronti della legge e delle istituzioni, non si possono semplicemente sradicarli da una società e trapiantarli in un'altra⁷⁹. Tuttavia, tale truisimo non impedisce che le esperienze di altri sistemi, istituti, principi o intendimenti in essi consolidati migrino e aiutino nella risoluzione di problemi.

La maggior parte degli ordinamenti condivide norme fondamentali comuni⁸⁰, specialmente quelle di natura generica, non connesse alle specificità delle istituzioni e dei principi, che interagiscono, possono essere veicolate da meccanismi tra loro correlati e hanno l'effetto di amalgamare degli aspetti dei vari sistemi positivi⁸¹. Questo è possibile dal momento in cui il diritto viene preso non tanto dal punto di vista dei relativismi culturali, ma come una scienza⁸² che, al pari della tecnologia, della medicina e della chimica, presenta alcune massime generali che attraversano liberamente i confini⁸³.

Tuttavia, tali scambi non possono essere concepiti come un libero passaggio (*free pass*) per la fuga dal diritto nazionale, per la scelta casuale di un diritto straniero preferito dai giudici o per pratiche simili, essendo doveroso, invece, prendere in considerazione dei parametri per svilupparli legittimamente.

L'argomento del successivo paragrafo conterrà un'articolazione tra la categoria dell'Attivismo Giudiziale e quella dei Dialoghi Transgiudiziali, nel tentativo di riflettere, con umiltà scientifica, su alcune linee guida per queste conversazioni affinché si rivestano di scientificità ed si evitino i problemi di legittimità democratica che sono propri delle pratiche giudiziarie attive.

⁷⁵ E' importante osservare che il diritto comparato non si riassume in un mero equivalente dell'uso del metodo scientifico comparativo. E' inadeguato il pensiero che il diritto comparato non è altro che un modo formale di ricercare e descrivere le conoscenze applicate al settore giuridico, comprendendo che si tratta, più di questo, di un ramo o di una disciplina del diritto che può essere praticato con l'uso di vari metodi scientifici e soppianta l'attività di raggruppamento, prestandosi a diverse finalità non esclusive dello stesso.

⁷⁶ R. DAVID. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo (direito comparado)*. Lisboa, Editora Meridiano Ltda, 27 s e 36.

⁷⁷ G. F. FERRARI. Civil law e << common law >>: aspetti pubblicistici. In: P. CARROZZA; A. di GIOVINI; G. F. FERRARI (a cura di). *Diritto costituzionale comparato*, v. 2, Roma: Laterza, 2014, 775 s.

⁷⁸ D. L. RHODE. *Access to justice*. New York: Oxford University Press, 2004. 39. Traduzione: “che sembrano efficaci in altre culture giuridiche potrebbero non essere ben trasportati alla nostra”.

⁷⁹ L. M. FRIEDMAN. *Access to justice: social and historical context*. In: M. CAPPELLETTI; J. WEISNER. *Access to justice: promising institutions*. v II. book I. Milano, Giuffrè; Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff. 1978-1979, 29.

⁸⁰ A. BARAK, op. cit., 58.

⁸¹ J. J. F. dos S. MENDONÇA. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo, Almedina, 2016. 100.

⁸² O. L. ZANON JÚNIOR. *Teoria complexa do direito*. Curitiba, Prismas, 2014, 51.

⁸³ L. M. FRIEDMAN. *Access to justice: social and historical context*. In: M. CAPPELLETTI; J. WEISNER. *op. cit.*, 29.

4. Attivismo e dialoghi transgiudiziali: parametri per le interazioni

Affinché i colloqui transgiudiziali non diventino un mero veicolo di Attivismo a livello interno, possono essere esternalizzate alcune osservazioni nel tentativo di fare una riflessione e sistematizzare parametri di tipo non tassativo.

I Dialoghi Transgiudiziali non hanno come *habitat* naturale domande quotidiane in numero sempre maggiore e silenzioso. Domande, le cui conseguenti decisioni vengono prese con urgenza, improvvisamente, in maniera automatica, senza lussi o preoccupazioni teoriche⁸⁴. Trovano terreno fertile soprattutto nei casi difficili (*hard cases*) che sono oggetto di discussione pubblica o presentano difficoltà nella risoluzione fattuale-giuridica⁸⁵.

I casi difficili sono quelli in cui, a causa del grado di incompletezza degli ordinamenti giuridici o dell'incapacità del legislatore di anticipare tutte le situazioni, non esiste una chiara risoluzione giuridica nella legge o nei precedenti giurisprudenziali. In queste zone grigie, le interazioni transgiudiziali possono contribuire a produrre decisioni compatibili con il diritto nazionale ed armonizzate con tutto il mondo. Esse hanno, altresì, un prezioso potenziale in situazioni nelle quali il diritto nazionale è ancora tentennante, non consolidato, diviso o addirittura anacronistico, e può trovare un porto sicuro o modernizzarsi sotto riflettori esogeni.

In ciascuna di queste eventualità, il diritto straniero, prima di essere accettato acriticamente, deve subire un processo di decantazione da parte del diritto nazionale, essere assorbito dal lessico giuridico interno⁸⁶ e sottoposto ad un'attenta analisi della compatibilità tra principi, istituti, concetti e classificazioni generati nelle diverse famiglie giuridiche⁸⁷. Significa che il diritto interno illumina, orienta e conduce le interazioni con il diritto esterno, in un processo sinergico e dialettico.

Tale pensiero non è compatibile con citazioni straniere superficiali o basata su slogan di natura vaga, nei quali un principio o un istituto è usato come artificio retorico, senza una contestualizzazione coerente, per giustificare qualsiasi soluzione preferenziale. Inoltre non si giustifica un'importazione *ad hoc*, discrezionale, selettiva, separata dal senso dell'ordinamento. Senza screditare il diritto transnazionale e internazionale a favore di un nazionalismo radicale, ciò che si richiede è un'autentica conversazione tra le fonti partendo proprio del diritto nazionale. Una decisione giudiziale coerente deve essere imbibita di tutta questa consapevolezza, osservando necessariamente, per quanto riguarda sia i fatti sia il diritto, un dovere di fondamento⁸⁸ che la legittimi e le conferisca razionalità.

Tali riflessioni, o se si vuole premesse generali, consentono anche altri chiarimenti più specifici.

Una prima puntualizzazione è legata alla determinazione del diritto applicabile. Senza aggrapparsi al formalismo giuridico e senza negare che le decisioni giudiziarie siano

⁸⁴ A. GARAPON, *op. cit.*, 172.

⁸⁵ J. ALLARD; A. GARAPON, *op. cit.*, 24.

⁸⁶ A. L. P. B. LUPI, *op. cit.*, 303.

⁸⁷ B. M. SALLES, *op. cit.*, v. 2, 233-269.

⁸⁸ L'obbligo di motivazione aumenta la qualità delle decisioni e riduce la libera scelta dei funzionari pubblici. Essa funge anche da veicolo di trasparenza. In merito: C. R. SUNSTEIN. *One case at a time: judicial minimalism on The Supreme Court*. Cambridge, Harvard University Press, 2001, 31.

influenzate da fattori empirici, valori morali, conseguenze e ragionamenti pratici, è valido presumere che le decisioni giudiziarie siano determinate principalmente del diritto, inteso come un corpus di norme applicabili tramite operazioni logiche, come testi costituzionali o legislativi e precedenti giudiziari. Questo corpus di norme preserva come fonte immediata il diritto nazionale.

I colloqui transgiudiziali non consentono di utilizzare il diritto straniero in funzione vicaria del diritto nazionale nei casi in cui, essendo presente diritto legislativo o giurisprudenziale interno, la soluzione in esso prevista scontenti il giudice o il Tribunale. Le simpatie giudiziarie per i rinvii foranei fuggono dalle interazioni legittime e i dialoghi non possono essere ridotti ad un pretesto per l'importazione di soluzioni che sono considerate preferenziali, in violazione delle norme nazionali.

Tale affermazione ha valore, inoltre, relativamente a due accezioni dell'Attivismo. Essa abbraccia, infatti, sia il distacco dal diritto nazionale sia dall'imposizione, senza corrispondenza nell'ordinamento interno, delle azioni e delle omissioni agli altri Poteri al fine di rendere effettivi i diritti importati. Ridurre i dialoghi transgiudiziali ad una semplice opzione di scelta per il diritto straniero è una espressione dell'Attivismo Giudiziale.

Un secondo parametro deriva dal primo e fa sorgere una domanda di metodo. La decisione giudiziaria segue un itinerario proprio: parte dall'analisi dei fatti per poi effettuare una valutazione sulla base della legge, costruendo la soluzione attraverso la fusione di tali elementi. L'interazione con i sistemi esterni avviene come elemento aggiuntivo in questo processo cognitivo.

Nel caso delle regole, viene applicata la logica tradizionale della sussunzione del fatto alla norma, con una eventuale valutazione di regole esterne che possano, in qualche modo, contribuire alla soluzione o a rafforzarla. Alla luce dei principi, viene utilizzato un ragionamento più circolare, attraverso l'attribuzione del valore normativo ai fatti, procedendosi, pertanto, alla ponderazione in caso di collisione⁸⁹. L'applicazione dei principi può subire anche il fenomeno della fecondazione con norme di principio e studi dogmatici stranieri. Per quanto riguarda i precedenti, le interazioni tra le sentenze nazionali e straniere devono seguire un ragionamento di tipo analogico, andando, da un lato, a confrontare le ragioni determinanti (*ratio decidendi*) e le proposizioni di diritto che animano le decisioni e, dall'altro lato, verificare che i casi abbiano parallelismi sufficienti a giustificare la stessa decisione.

Si arriva quindi al punto centrale di questa seconda osservazione: i colloqui transgiudiziali non si prestano a invertire la rotta e i metodi decisionali. Non è possibile che il diritto straniero serva come punto di partenza o da fonte immediata affinché, da esso, la decisione interna sia retroattivamente giustificata. Lo sguardo rivolto ad un diritto esterno ad essere importato acriticamente, senza un percorso che si origini dalle fonti interne ed instauri i dialoghi e gli adattamenti basati su di essi, si rivela una forma illegittima di applicazione, configurando una forma di Attivismo Giudiziario. Allo stesso modo, non è possibile che le interazioni con il diritto straniero ignorino le tecniche di applicazione delle norme, dei principi e dei precedenti, riducendosi ad atti di volontà.

⁸⁹ G. ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madri, Trotta, 2003, 134 e 125.

C'è anche una terza puntualizzazione, che affronta varie questioni. A volte il diritto straniero non viene chiamato in campo allo scopo di migliorare la soluzione, ma come una semplice prova di erudizione⁹⁰. Altre volte, invece, è citato come fine a se stesso, cioè un argomento di autorità⁹¹ per ridurre il dovere di argomentazione. E c'è sempre il rischio che la pratica serva da strumento di colonialismo nella cultura giuridica o di bravate a svantaggio dell'ordinamento giuridico nazionale⁹².

Tutte queste forme sono inadeguate per essere utilizzate nei Dialoghi Transgiudiziali, perché sfuggono ai veri scopi che li giustificano. Più che inadeguate, queste pratiche possono rivelarsi attiviste se, alla luce dei criteri già discussi, implicano l'importazione di soluzioni decontestualizzate, che sono solo un'opzione del diritto straniero, portano alla creazione di un diritto dissociato dall'ordinamento interno, all'instaurazione di relazioni tra i Poteri che non si adattano agli accordi costituzionali nazionali, tra le altre configurazioni.

In conclusione, va sottolineato che gli scambi tra Corti e giudici di tutto il mondo sono un fenomeno recente, ricco e pieno di complessità. Spetta alla dottrina e alla giurisprudenza, gradualmente, articolare con le attuali sfide della Scienza Giuridica, tra cui l'Attivismo Giudiziale, sviluppando parametri che gli conferiscano un percorso guidato, supporto e legittimità. Questo è il proposito di questo articolo.

5. Conclusioni

L'attivismo giudiziale e i dialoghi transgiudiziali sono temi tecnici, complessi e controversi. Ad un certo punto si tangono e inizia a richiedersi, da parte della Scienza Giuridica, uno sviluppo articolato. Descrivere, concettualizzare e coniugare queste categorie è determinante per la costruzione di parametri che conferiscano alle interazioni trasgiudiziali scientificità e legittimità democratica.

L'attivismo giudiziale può essere concettualizzato come un atteggiamento giurisdizionale delle tendenze trasformatrici che si manifestano (*stricto sensu*), insieme o singolarmente, nel contesto (i) interpretativo, applicativo o operativo, attraverso un marcato volontarismo nella creazione del diritto a scapito della legislazione, dei precedenti o delle norme giuridiche in generale, e (ii) istituzionale o relazionale, attraverso un'interferenza più diretta nelle attribuzioni di altri Poteri. In entrambe le situazioni, ai giudici viene assegnato un ruolo che va oltre la visione classica di applicare il diritto alle controversie soggettive o normative e di moderare gli eccessi degli altri rami. Innumerevoli sono le dimensioni pratiche e varie sono le opinioni sul tema.

D'altro canto, i Dialoghi Transgiudiziali sono evidenziati nel quadro di un Diritto sempre più Transnazionale, che compare in dottrine come il Transcostituzionalismo ed il Transgiudizialismo. Questi possono essere riassunti negli scambi che i giudici e Tribunali hanno in tutto il mondo, nella ricerca, soprattutto di fronte ai casi difficili (*hard cases*), per risposte simili a

⁹⁰ M. NEVES, *op. cit.*, 2014, 198.

⁹¹ A. L. P. B. LUPI, *op. cit.*, 293.

⁹² M. NEVES, *op. cit.*, 2014, 199 e 210.

problemi comuni. Quindi, stando così le cose essi provocano le più diverse interazioni tra ordinamenti legali che gravitano su diversi assi, ma rivelano delle convergenze, degli accoppiamenti e delle affinità. Come per l'Attivismo, questi sollevano numerose domande circa la loro opportunità e, in caso affermativo, in che modo e con quale intensità dovrebbero verificarsi.

L'articolazione tra queste categorie permette di arricchire la riflessione con alcune osservazioni, nel tentativo di costruire dei parametri non-tassativi soggetti ad uno sviluppo continuo.

A tal fine, è importante stabilire la premessa che i dialoghi tra giudici e Tribunali non hanno come *habitat naturale* le situazioni di routine e di facile risoluzione. Si prestano, in particolare, ad aiutare la Magistratura a costruire risposte adeguate a fronte di situazioni in cui il diritto nazionale è sfocato, cioè non ha una soluzione giuridica chiara, e possono anche contribuire nei casi in cui tale diritto sia lacunoso, esitante o anacronistico.

Soprattutto in queste ipotesi di torbidità, lacunosità, esitazione o anacronismo, le interazioni transgiudiziali consentono di produrre decisioni solide, modernizzate, compatibili con il diritto nazionale ed armonizzate in tutto il mondo. Questo viene fatto attraverso un processo di decantazione e adattamento alle altre fonti al diritto interno, venendo effettuata un'attenta analisi della compatibilità tra i principi, gli istituti, i concetti e la classificazione gestati in sistemi o famiglie giuridiche diverse. Significa che il diritto interno illumina, orienta e dirige i dialoghi con il diritto esterno, in un processo sinergico e dialettico.

Questo si traduce in alcune variabili. La determinazione del diritto applicabile non può limitarsi ad un semplice atto di scelta del diritto esterno. Le interazioni tra Giudici e Corti dovrebbero prestare attenzione ai metodi di applicazione di norme, principi e precedenti. L'uso di colloqui al di fuori dello scopo legittimo devono essere evitati, così come dovrebbe essere evitato ogni tipo di pratica che implica, in generale, l'importazione di soluzioni fuori contesto, la creazione di un diritto dissociato dall'ordinamento interno, l'instaurazione di relazioni tra i Poteri che non si adattino alle disposizioni costituzionali nazionali, tra le altre possibilità di tipo attivistico. Una decisione transgiudiziale coerente deve permearsi di questa presa di coscienza, osservando, per quanto riguarda i fatti ed il diritto, un obbligo di motivazione che legittima e conferisce razionalità.

Il tema è recente e continuerà ad attraversare numerosi capitoli della storia. Questo articolo vuole essere un efficace contributo allo sviluppo dello studio sul tema.