



Rivista N°: 4/2020
DATA PUBBLICAZIONE: 26/10/2020

AUTORE: Giuseppe de Vergottini*

TRADIZIONI COSTITUZIONALI E COMPARAZIONE: UNA RIFLESSIONE**

Sommario: 1. Le articolazioni del globalismo. - 2. Profilo storico e profilo giuridico della tradizione costituzionale. - 3. Tradizione e diritto transnazionale. - 4. La tradizione costituzionale euroatlantica. - 5. Le tradizioni costituzionali comuni. - 6. Tradizioni costituzionali nazionali e ricorso alla comparazione. - 7. Conclusioni.

1. Le articolazioni del globalismo.

E' diffusa la tendenza a ricondurre le esperienze di costituzioni delle più disparate forme di stato in un unico spazio giuridico globale in cui fanno premio le prossimità e si riducono le divergenze. Ciò vale in particolare per quanto riguarda la disciplina dei diritti. La espansione delle grandi convenzioni internazionali ha sicuramente avvicinato il modo di concepire e disciplinare il rapporto fra sfera delle libertà individuali e ruolo del potere di decisione politica. L'operare sempre più significativo delle giurisdizioni internazionali va in questa direzione. Il dialogo fra le corti sicuramente agevola la tendenza all'avvicinamento e addirittura alla uniformazione del regime dei diritti. Questi sviluppi conducono a sottolineare il globalismo del diritto o, analogamente, una sorta di universalizzazione del regime dei diritti.

Ma se si abbandona una visione ottimistica e si approda a una lettura realistica dell'esistente si è costretti a verificare che la ambizione ad uniformare è ben lontana dal raggiungere un simile risultato.

Una osservazione obiettiva del panorama che abbiamo di fronte indica il permanere di profonde differenze presenti nelle grandi aree geopolitiche caratterizzate da proprie peculiarità culturali che si riverberano sul regime dei diritti. Per il comparatista il modo attraverso cui individuare queste peculiarità è quello di fare riferimento agli strumenti che la metodologia tradizionale individua per operare le classificazioni. Possiamo così riferirci alle diverse

* Scritti in onore del Professor Fulco Lanchester. Riceviamo e volentieri pubblichiamo.

** Emerito di Diritto Costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna.

concezioni dei valori costituzionali, alla presenza di diverse forme di stato o di diverse famiglie di diritti. Sfruttando la letteratura più attuale potremmo fare ricorso alle diversificate culture costituzionali e infine alle diverse tradizioni costituzionali. Tutti questi modi di avvicinamento al problema appaiono a prima vista utilizzabili. Quello che emerge in modo incontrovertibile è il dato per cui il c. d. *globalismo* ⁽¹⁾ racchiude in se molteplici individualità. Piaccia o non piaccia il globalismo risulta essere molto articolato e quindi include un pluralismo diversificato di realtà normative.

Sulla base di questa presa di posizione metodologica ragioneremo qui del pluralismo di tradizioni costituzionali, dando per scontato che in linea di massima e in prima approssimazione il concetto di tradizione non si differenzierà da quello di cultura costituzionale ⁽²⁾.

In seno all'ordinamento globale il pluralismo differenziato copre molteplici aree culturali a loro volta differenziate al proprio interno. Oltre all'area della tradizione occidentale, di cui in prevalenza ci occupiamo ⁽³⁾, esiste, tra l'altro, quella caratterizzata dai valori asiatici ⁽⁴⁾, quella islamica ⁽⁵⁾, quella africana ⁽⁶⁾, quella ibero-americana ⁽⁷⁾.

La tradizione costituzionale è concetto che si riferisce ai principi/valore che caratterizzano un ordinamento. Concetto che può essere richiamato quando si tratti di affrontare un profilo storico di istituti costituzionali o del regime dei diritti di un ordinamento statale. Come ci proponiamo di porre in evidenza, il concetto di tradizione può venire in rilievo quando si intenda operare una analisi di natura comparativa fra ordinamenti statali diversi. E' noto che tendenzialmente i comparatisti concordano sul fatto che una analisi comparativa risulta utile ove effettuata fra ordinamenti improntati a valori omogeni ⁽⁸⁾, il che sta a significare che la omogeneità di tradizioni costituzionali agevola e rende utile la comparazione. Ciò vale in par-

⁽¹⁾ Cfr. D. ZOLO, *Los senores de la paz. Una critica del globalismo giuridico*, Madrid, 2004; S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo stato*, Torino, 2009. Sulla equivocità del concetto, e in particolare sulla difficoltà di definire cosa sia il costituzionalismo globale, cfr. R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, 2 ed., Padova, 2018, 145 ss. Sulla compresenza di svariate tradizioni conviventi all'interno di uno specifico ordinamento giuridico, cfr. un cenno in G. RESTA, *L'albero e l'onda: il discorso della comparazione al crocevia delle discipline*, in G. RESTA, A. SOMMA, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, Milano-Udine, 2020, 28.

⁽²⁾ Per una identificazione fra cultura giuridica e tradizione, cfr. T. GROPPPI, *Menopeggio. La democrazia costituzionale nel xxi secolo*, Bologna, 2020, 231 ss.

⁽³⁾ Cfr. il successivo paragrafo 4.

⁽⁴⁾ Sulla tradizione confuciana e i valori asiatici, cfr. A. EHR-SOON TAY, *I valori asiatici e il rule of law*, in C. BARTOLI (a cura di), *Diritto e politica nell'Asia postcoloniale*, Iuragentium, 2005; G. de VERGOTTINI, *Asian Constitutionalism: the Limits of the Western Model*, in T. GROPPPI - V. PIERGIGLI - A. RINELLA (a cura di), *Asian Constitutionalism in Transition, A Comparative Perspective*, Milano, 2008; M. MAZZA (a cura di), *I sistemi del lontano Oriente*, in G.F. FERRARI, *Trattato di diritto pubblico comparato*, Padova, 2019; P. PISICCHIO, *Costituzione e diritti a Singapore. Tra modello Westminster e tradizione confuciana*, Padova, 2020, 1 ss.

⁽⁵⁾ E. CASTORINA, *Sovranità popolare e consenso: l'influenza dei modelli occidentali ed i recenti sviluppi del costituzionalismo islamico*, in *Rivista AIC*, 3/2014.

⁽⁶⁾ R. TONIATTI, *la razionalizzazione del pluralismo giuridico debole: le prospettive di un nuovo modello giuridico e costituzionale nella esperienza africana*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Le trasformazioni costituzionali del secondo millennio. Scenari e prospettive dall'Europa all'Africa*, Rimini, 2016, 463 ss..

⁽⁷⁾ A. DI STASI, *La Corte interamericana e la Corte europea dei diritti dell'uomo: da un transregional judicial dialogue ad una cross-fertilization?*, in L. CASSETTI - A. DI STASI - A.C. LANDA ARROYO (eds), *Diritti e giurisprudenza. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, Napoli, 2014.

⁽⁸⁾ Sulla omogeneità quale preconditione per operare utilmente la comparazione, cfr. R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, 2 ed. Padova 2018, 129 ss.

tiolare per la comparazione effettuata a livello normativo e giudiziario in quanto apparirebbe discutibile il ricorso ad operazioni comparative riferite a istituti appartenenti a ordinamenti improntati a valori fra loro a prima vista inconciliabili. In tal caso la comparazione non sembrerebbe utile ma può comunque essere svolta ove se ne offra una argomentata giustificazione, come avviene solitamente nel caso della comparazione svolta a fini scientifici ⁽⁹⁾ Nell'affrontare l'analisi degli ordinamenti comparandi al fine di individuare la presenza o assenza del requisito/ presupposto della omogeneità l'impegno del comparatista può tradursi nella scelta fra *ordinamenti condividenti o non condividente simili tradizioni costituzionali*. Il concetto di tradizione costituzionale ⁽¹⁰⁾ può quindi essere preso a riferimento come presupposto positivo o negativo cui subordinare o meno la operazione comparativa.

2. Profilo storico e profilo giuridico della tradizione costituzionale.

Detto questo occorre chiarire quale sia il significato attribuibile dal comparatista al concetto di tradizione. Quando portiamo l'attenzione sulla tradizione che cosa intendiamo esattamente? Vogliamo solo fare riferimento al contesto storico, e quindi ai precedenti delle attuali categorie giuridiche, o pensiamo alla tradizione come a un elemento che riguarda concetti che fanno attiva parte di un sistema giuridico? E di conseguenza, in questo secondo caso, ci riferiamo alla tradizione come a una fonte di diritto che deve essere seguita dagli interpreti (cioè legislatori ma soprattutto giudici)?

Sicuramente in una prospettiva spesso discorsiva e non tecnica, l'uso del termine "tradizione giuridica" appare di particolare interesse per gli storici del diritto in quanto con riferimento ai più disparati istituti la "tradizione" riferibile agli stessi sembra sottolineare la loro dimensione storica.

In realtà possiamo dire che il concetto è rilevante sia per gli studi storici che per quelli giuridico-comparativi ⁽¹¹⁾. E molti contributi in questi ultimi anni favoriscono il dialogo tra la storia giuridica e il diritto comparato. E in effetti quando si parla di diritto in una prospettiva comparativa, gli studiosi spesso usano espressioni come le "culture" legali, le "famiglie" legali e le "tradizioni" legali. Ci avvaliamo di questi concetti a livello di macro comparazione per classificare e analizzare i sistemi giuridici e per costruire quadri metodologici per il confronto. Ognuno di questi termini è stato oggetto di molte discussioni, soprattutto nella letteratura del diritto comparato, in cui vi è un vivace dibattito sulla metodologia ⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ Sulla comparabilità collegata alla omogeneità dei valori condivisi dagli ordinamenti interessati dalla comparazione cfr. G. de VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, 10 ed, Padova, 2019, 31 ss..

⁽¹⁰⁾ Sulle tradizioni costituzionali E. DI SALVATORE, *La tradizione costituzionale*, Soveria Mannelli, 2017.

⁽¹¹⁾ Cfr. A. SOMMA, *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 8, 2003, 317 ss..

⁽¹²⁾ Sulla metodologia della comparazione nel diritto costituzionale, cfr. R. HIRSCHL, *Judicial Review and the Politics of Comparative Citations: Theory, Evidence and Methodological Challenges*, in E.F. DELANEY - R. DIXON (eds.), *Comparative Judicial Review*, Elgar, 2018, 403 ss.; G.F. FERRARI (ed.), *Judicial Cosmopolita-*

A questo punto prima di procedere oltre è utile sottolineare come nei tempi più vicini a noi il concetto di tradizione abbia progressivamente perso la connotazione negativa di un certo bagaglio culturale che opponesse resistenza al progresso spostandosi verso una *connotazione neutra* di oggettiva continuità dei valori di riferimento di un certo ordinamento ⁽¹³⁾. In proposito non va infatti trascurato che in passato ha avuto rilevanza la connotazione per cui la "tradizione", secondo quanto teorizzato da Max Weber, portava a situazioni di resilienza verso il cambiamento in opposizione alla spinta della razionalità e della modernità, acquisendo quindi una connotazione peggiorativa. Ciò sembra essere attualmente superato ⁽¹⁴⁾.

Oggi il concetto di tradizione è progressivamente legato alla ricerca dell'identità in una valutazione pluralistica delle diverse realtà sociali che devono interagire o vivere insieme. Come affermava Patrick Glenn "le persone chiedono chi sono", e spesso le risposte sembrano provenire dal passato, soprattutto per coloro che vivono in diaspora o come "stranieri nelle loro terre" ⁽¹⁵⁾. In politica, l'appello alla "tradizione" viene utilizzato come mezzo per mantenere la coerenza sociale in un mondo, come si usa dire, globalizzato. Va anche sottolineato che il richiamo alla tradizione non comporta l'evocazione di un diritto solidificato e fisso nel passato ma consente di leggere la tradizione come "processo" e quindi mai eguale ma soggetta pur sempre a evoluzioni e aggiornamenti ⁽¹⁶⁾.

3. Tradizione e diritto transnazionale.

Le riflessioni sull'ordine mondiale emergente e i modelli del c.d. diritto globale vedono gli incontri storici tra le tradizioni come fonte di legittimità discorsiva per questi ordini normativi. Si discute molto di un "concetto *transnazionale* di diritto" ⁽¹⁷⁾, in cui diverse tradizioni potrebbero incontrarsi e fondersi. Più concretamente, l'inadeguatezza dei sistemi giuridici nazionali nell'affrontare le sfide della transnazionalizzazione ha comportato alcuni raffronti intensi a suggerire di integrare le nostre fonti giuridiche ammettendo la "tradizione" come fonte di

nism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems, Brill, 2019.

⁽¹³⁾ Sul superamento di una connotazione negativa del concetto di tradizione cfr. G. DELLA CANANEA, *Dalla comparazione alle tradizioni costituzionali comuni*, in *Percorsi costituzionali*, 2-3/2018, 429.

⁽¹⁴⁾ Cfr. T. DUVE, *Legal Traditions: A Dialogue between Comparative Law and Comparative Legal History*, in *Comparative Legal History*, 2018, 6:1, 17 ss..

⁽¹⁵⁾ Cfr. H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5 edn, Oxford, 2014, 56.

⁽¹⁶⁾ Cfr. in tal senso A. SPADARO, *Dalla costituzione come atto alla costituzione come processo*, in *Quaderni costituzionali*, 1998, 343.

⁽¹⁷⁾ Sul concetto di diritto transnazionale cfr. P.C. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, 1956. Nella letteratura più recente, cfr., C. MENKEL-MEADOW, *Why and How to Study "Transnational" Law*, in 1 *U.C. Irvine L. Rev.* (2011), 9 ss.; R. COTTARRELL, *What is Transnational Law?*, in 37(2) *Law and Social Inquiry* (2012), 500 ss.; E. RINDSKOPF PARKER, *Why Do We Care About Transnational Law*, in 24 *Penn St. Int'l. Rev.* (2005-206), 755 ss.; K. TUORI, *Transnational Law. On a Legal Hybrids and Perspectivism*, in M. MADURO - K. TUORI - S. SANKARI (ed.), *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge, 2014, 11 ss.; T.C. HALLIDAY - G. SHAFFER (eds.), *Transnational Legal Orders*, Cambridge, 2015; M. AVBELJ, *Transnational Law between modernity and post-modernity*, in *Trans. Legal Theory*, 2016, 406 ss.; S. SASSI, *Diritto transnazionale e legittimazione democratica*, Padova, 2018; P. ZUMBANSEN - K. BHATT, *Transnational Constitutional Law*, King's College London, Dickson Poon School of Law, Legal Studies Research Paper Series: No. 2018-05; G. de VERGOTTINI, *Diritto transnazionale e omogeneità culturale*, in *Percorsi costituzionali*, 2-3/2018, 389 ss..

diritto. E le tradizioni costituzionali comuni sono pacificamente considerate fra i principi del diritto della Unione europea. A livello europeo possiamo riscontrare una situazione storico costituzionale obiettiva dove le *tradizioni costituzionali comuni* ⁽¹⁸⁾ fanno da collante fra i diversi ordinamenti statali come premessa utile al collegamento fra diritto statale e diritto della Unione, a sua volta collegabile a quello della CEDU, con la costituzione di uno *spazio giuridico omogeneo* in cui si riconoscono e si manifestano come soggetti attivi operatori pubblici e privati di diversa estrazione e natura. Analogo ragionamento può farsi trasferendoci alla America latina e osservando le caratteristiche della Convenzione americana dei diritti e la giurisprudenza unificante le diverse giurisprudenze statali messa in campo dalla Corte di San José di Costa Rica ⁽¹⁹⁾.

In tale prospettiva *il transnazionale presuppone le reciproche interferenze in aree geopolitiche caratterizzate da comunanza di valori di riferimento scaturenti da un comune bagaglio di esperienze storiche*, cioè da tradizioni costituzionali comuni. Il concorso fra diritto statale, diritto comunitario (eurounitario) e diritto convenzionale europeo (CEDU) costituisce un esempio di come la *precondizione della omogeneità culturale* svolga un effetto utile sulle reciproche influenze e convergenze fra operare dei diversi sistemi di fonti. Analogo ragionamento può prospettarsi per i rapporti fra diritto statale e diritto della Convenzione americana sopra ricordata.

A questo punto risulta evidente come la tradizione non viene più considerata soltanto quale una sorta di precedente o complesso di precedenti caratterizzante un istituto da un punto di vista meramente storico/temporale bensì finisce per assumere una portata contenutistica di *valenza normativa*. La tradizione concretizza principi che non sono soltanto la premessa storica di un certo istituto ma hanno essi stessi valenza di norma giuridica.

Il valore delle tradizioni come fonte normativa emerge nella giurisprudenza in particolare modo quando il giudice faccia ricorso al ragionamento comparativo nella sua decisione attingendo alle tradizioni straniere e, così facendo, stabilisce linee di comunicazione transgiudiziale. I sostenitori del pluralismo giuridico e delle giurisdizioni multiculturali concettualizzano lo stato come mediatore tra diverse comunità che richiedono il riconoscimento per le loro rispettive tradizioni. Pertanto quello che risulta quando le tradizioni vengono richiamate per giustificare operazioni comparative fra diritti statali diversi è il dato del ricorso alla tradizione come fonte utilizzabile nel procedimento comparativo.

Nel diritto internazionale abbiamo evidenti esempi di riferimento alle tradizioni intese nel senso di fonti normative. La Convenzione 169 dell'OIL per sua precisa previsione si applica ai "popoli tribali... il cui *status* è regolato interamente o parzialmente dalle proprie usanze

⁽¹⁸⁾ B. WITTE, *Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition*, in *Maastricht J Eur & Comp L*, 2, 2, 1995, 145 ss.; L. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in P. FALZEA - A. SPADARO - L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003; G. de VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali e vincoli alla comparazione – Constitutional traditions and limits to comparison*, in *DPCE*, 4/2015, 953 ss.

⁽¹⁹⁾ A. DI STASI, *La Corte interamericana e la Corte europea dei diritti dell'uomo: da un transregional judicial dialogue ad una cross-fertilization?*, in L. CASSETTI - A. DI STASI - A.C. LANDA ARROYO (eds), *Diritti e giurisprudenza. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, Napoli, 2014.

ze o tradizioni o da leggi o regolamenti speciali”, e la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni adottata il 13 settembre 2007 durante 107a Assemblea Plenaria delle Nazioni Unite si basa ugualmente sulla tradizione ⁽²⁰⁾. Si aggiunga la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas approvata il 15 giugno del 2016 dall’Assemblea dell’Organización de los Estados Americanos ⁽²¹⁾. Poiché non esiste una definizione generalmente concordata di cosa debba intendersi per “popolazione indigena”, la continuità storica è un fattore chiave per definirla e l’autodefinizione e l’autoriconoscimento delle popolazioni indigene attingono generalmente alla tradizione.

4. La tradizione costituzionale euroatlantica.

Tra le diverse tradizioni costituzionali che possono essere oggetto di attenzione un posto privilegiato riguarda la tradizione occidentale in cui è inserita quella italiana. Questa a sua volta è partecipe di quelle tradizioni comuni che sono evocate dai trattati relativi alla Unione Europea. A grandi linee, quindi, tradizione italiana e tradizioni dei diversi ordinamenti facenti parte della attuale Unione rientrano tutte nell’alveo della tradizione euroatlantica. Per il comparatista appare utile non trascurare come il ricorso alla conoscenza e alla considerazione delle tradizioni *costituzionali* proprie di ogni paese, cioè dell’insieme dei *principi valoriali* sedimentatisi nel tempo in diverse aree geopolitiche, possa rivelarsi come uno dei fattori che giustifica, o semplicemente agevola, il ricorso alla comparazione.

Ai fini di queste riflessioni è quindi giocoforza prendere in considerazione i principi - valori della *tradizione costituzionale propria dell’area euro atlantica* in cui si inserisce quella europea, principi che oggi sono, tra l’altro, condensati nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo, nella Carta di Nizza e nella Convenzione interamericana. Il che non è indifferente all’argomento qui trattato anche perché è proprio in questa area culturale – e quindi anche giuridica – che si sono affermati il costituzionalismo e gli studi comparativi che lo riguardano²². E del resto, anche se in modo inconsapevole e a prescindere dalla capacità o dall’interesse di assumere a riferimento qualche criterio logico-sistematico nel procedere alla comparazione, chi si avventura in simili operazioni sia come soggetto istituzionale (legislatore o giudice) sia come ricercatore non può prescindere dal complesso delle tradizioni, dai valori, dai principi che sono propri, o si ritengono propri, della cultura giuridica europea, e che hanno dato luogo alle codificazioni e alla *case law*, alle costituzioni e quindi ai principi costituzionali sui quali riposa oggi la stessa Unione Europea. Questo insieme di principi valori si

⁽²⁰⁾ Cfr. T. DUVE, *Legal Traditions*, cit., 19.

⁽²¹⁾ F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto Costituzionale Comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, 2011, 28 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *La normativa internazionale a protezione dei popoli indigeni*, in A. PALMISANO, P. PUSTORINO (cur.), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Atti del Convegno Internazionale (Siena 4-5 giugno 2007), Roma 2008, 19 ss.

⁽²²⁾ Sullo svilupparsi della comparazione in seno agli ordinamenti di tradizione occidentale, cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *Comparing comparative Law*, in G. RESTA, A. SOMMA e V. ZENO ZENCOVICH, *Comparare*, cit., 232.

presenta come molto articolato dal punto di vista dell'apparato linguistico, concettuale e operativo. Quello che è interessante è il dato, riconoscibile, offerto dalla loro progressiva *convergenza*, convergenza che manifesta un diverso grado di intensità a seconda della estensione dell'area geografica considerata.

I principi di cui si tratta sono riconducibili all'ambito della *western legal tradition* ⁽²³⁾, cui da qualcuno si attribuisce "validità universale", che implica la distinzione tra la cultura occidentale, da un lato, e quella di ordinamenti appartenenti a diverse aree culturali dall'altro. Tale tradizione va vista spogliata di una veste universalista, in quanto la realtà degli ordinamenti mostra con evidenza non solo che essa non è unica ma altresì che non è affatto condivisa a livello universale come a volte lascerebbe supporre una inaccettabile lettura "globalizzante" del regime dei diritti richiamato da una molteplicità di strumenti internazionali. Ma va anche sottolineato che una volta chiarito che la tradizione occidentale è soltanto una delle molteplici tradizioni riscontrabili occorre anche ammettere che sarebbe del tutto unilaterale e dogmatico pretendere una superiorità ⁽²⁴⁾.

Non pare assolutamente condivisibile la qualificazione della tradizione occidentale come coincidente esclusivamente con la versione egemonizzante accolta dal pensiero nordamericano secondo cui l'Occidente, incarnato dagli Stati Uniti d'America, costituirebbe un vero 'modello' della legge al di là delle variegata contingenze storiche della sua evoluzione. Secondo la dottrina giuridica d'oltre Atlantico si è vista nell'ordinamento nordamericano un'unica grande tradizione, di cui i diritti europei non sarebbero che varianti locali dal momento che quell'ordinamento avrebbe recepito la saggezza storica concreta del diritto inglese, i valori universali illuministici della rivoluzione francese, l'ideale di una 'trattazione scientifica' del diritto propria del pensiero tedesco. L'approccio nordamericano dovrebbe, in realtà, limitarsi a rientrare nel più ampio contesto dei principi del costituzionalismo liberale interessante un più vasto ambito geopolitico in cui si muovono diverse varianti della ricordata tradizione.

Si è anche parlato di un "*modello occidentale*" contrapposto ad altri modelli per sottolineare in modo deciso il diverso modo di concepire i diritti fondamentali riconosciuti all'individuo. A proposito di tale modello viene distinta la fase liberale "classica" da quella propria del più recente stato democratico-sociale. In tale contesto un'ulteriore distinzione viene affermata: quella, interna ai "sistemi di diritto occidentale", tra ordinamenti europei continentali (*area di civil law*) e ordinamenti anglo americani (*area di common law*) entrambi riconducibili ad una medesima tradizione, fondata sui principi cristiani e quindi su quelli propri

⁽²³⁾ Sulla *western legal tradition*, H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale* (1983), trad. it. di E. VINELLO, Bologna, 1998, 63. V. anche H. J. BERMAN - C. J. REID, *Roman Law in Europe and the Jus Commune. A Historical Overview with Emphasis on the New Legal Science of the Sixteenth Century*, in *Scintillae iuris*. Studi in memoria di G. GORLA, Vol. 2, Milano, 1994, 979 ss. Cfr. anche A. SOMMA, *Giochi senza frontiere*, cit., P.G. MONATERI, *Il diritto comparato fra disciplina critica, scienza normale e ingegneria politica*, in G. RESTA, A. SOMMA, V. ZENO ZENCOVICH, *Comparare*, cit., 220.

⁽²⁴⁾ Cfr. in tal senso criticamente P. G. MONATERI, *La Geopolitica della Legge. Comparazione e geografia delle norme*, in *Rendiconti dell'Accademia delle scienze 2013-2014*, VI, Bologna, 2015, 85 ss.. Sul tema della possibile individuazione di tradizioni "superiori" rispetto ad altre, cfr. R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione*, cit., 151 ss.

della democrazia liberale. Rientrano a pieno titolo nel quadro della tradizione occidentale le *tradizioni costituzionali comuni* di cui trattano gli strumenti normativi della Unione Europea (preambolo della Carta di Nizza del 2000; progetto del Trattato costituzionale del 2004; Trattato di Lisbona del 2009). Ma parlare di tradizioni costituzionali comuni non significa individuare necessariamente una totale comunanza: le realtà storiche europee sono particolarmente articolate e come vi sono concordanze così vi sono divergenze fra diversi ordinamenti europei. Il ricorso alla comparazione resta utile per mettere a fuoco i valori comuni ⁽²⁵⁾.

Le principali caratteristiche della tradizione giuridica occidentale consistono nella condivisione del *rule of law* ⁽²⁶⁾, nella distinzione netta tra istituzioni giuridiche (inclusi i processi giuridici quali la legislazione e la giurisdizione, al pari delle norme e concetti giuridici che da essi sono generate) e altri tipi di istituzione e in particolare quella religiosa ⁽²⁷⁾. Oltre alla netta *distinzione fra istituzioni politiche e religione*, la gestione delle istituzioni è affidata a gruppi di soggetti che si dedicano ad attività giuridiche su base professionale dopo avere ottenuto una formazione universitaria specializzata. E a tale riguardo ricordiamo che esiste un rapporto dialettico tra il corpo di dottrine giuridiche e le istituzioni, in quanto la dottrina razionalizza gli istituti giuridici che a loro volta sono attuati dall'insieme degli organi statali ⁽²⁸⁾. Tratto fondamentale della tradizione giuridica occidentale è poi in particolare la *distinzione tra politica e diritto* ⁽²⁹⁾. Fondamentale perché capace di minimizzare le differenze tra *common law* e *civil law* sottolineando l'esistenza di un complesso di valori comuni ai due sistemi. Valori che sono documentati dalla presenza in molti stati europei di costituzioni rigide, poste a fondamento di un meccanismo di controllo giurisdizionale sull'attività del potere politico ⁽³⁰⁾. Il *controllo delle decisioni degli organi di decisione politica (governi e parlamenti) da parte*

⁽²⁵⁾ B. WITTE, *Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, vol. 2, no. 2, 1995, 145 ss.

⁽²⁶⁾ Cfr. R. TARCHI, *Democrazia e istituzioni di garanzia*, in *Rivista AIC*, n 3/2018, secondo cui l'attuale modello giuridico della tradizione occidentale riguarda esperienze diverse tra loro, per presupposti, significato e fondamento, ma collegate da un *fil rouge* che è riscontrabile nelle varie declinazioni che il principio della *rule of law* ha assunto nella storia. Ad esempio, proprio all'inizio della Comunicazione della Commissione europea del 2019 intitolata "Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Il contesto attuale e possibili nuove iniziative", si afferma che "Lo Stato di diritto è uno dei valori fondanti dell'Unione europea e rispecchia la nostra identità comune e le nostre comuni tradizioni istituzionali. Cfr. G. SALERNO, *European Rule of Law. un principio in cerca d'autore*, in *Federalismi* 19/2020, 6.

⁽²⁷⁾ Cfr. C. DE CARO BONELLA, *Tradizione religiosa e costituzione*, Roma, 2013. Sulla libertà religiosa come propria del patrimonio comune europeo, cfr. S. LARICCIA, *Le radici culturali dell'Europa, Stati europei e libertà di religione e verso la religione*, Modena, 2020.

⁽²⁸⁾ H.J. BERMAN - C.J. REID, *Roman Law in Europe and the Jus Commune. A Historical Overview with Emphasis on the New Legal Science of the Sixteenth Century*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di G. Gorla*, vol. 2, Milano, 1994, 979 ss. Sulla circolazione delle teorie illustrate nel testo, R.H. HELMHOLZ, *The Character of the Western Legal Tradition. Assessing Harold Berman's Contributions to Legal History*, in H.O. HUNTER (ed.), *The Integrative Jurisprudence of Harold J. Berman*, Oxford, 1996.

⁽²⁹⁾ U. MATTEI, *Three Patterns of Law. Taxonomy and Change in The World's Legal Systems*, in *The American Journal of Comparative Law* 45, no. 1 (1997), 5 ss. e U. MATTEI - G.P. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997, 66 ss. con riferimento ai sistemi in cui prevale la "*rule of professional law*". V. anche U. MATTEI, *Etnocentrismo, neutralità e discriminazione. Tensioni nel diritto occidentale*, in *Giur. it.*, 146 (1994), 223 ss.

⁽³⁰⁾ A. GAMBARO - R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 3^a ed., Torino, 2008, 47 ss.. V. altresì A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, 30 ss. e 39 ss.

delle corti costituzionali diviene elemento identificativo della concezione di una forma di stato nettamente distinguibile dalle altre esperienze contemporanee.

Un ulteriore elemento di vicinanza al concetto di tradizione o modello occidentale è offerto da quella dottrina costituzionalista che ha elaborato il concetto di “*stato costituzionale*”⁽³¹⁾ partendo dal convenzionale concetto di “stato di diritto” e aggiornandolo con le innovazioni costituzionali post secondo conflitto mondiale caratterizzate dall’ampliamento dei principi in tema di garanzie dei diritti della persona. Nella definizione di questa attualizzata forma di stato convergono democraticità del processo costituente, rigidità costituzionale, separazione dei poteri, democrazia elettorale, ma l’accento è posto con particolare insistenza sulle garanzie di diritti e libertà incluso il richiamo al diritto internazionale dei diritti umani.

I principi-valori identificanti il sistema giuridico, cioè la tradizione costituzionale caratterizzante il sistema, costituiscono *per il normatore e per il giudice un limite alla utilizzabilità dell’apporto di valori incompatibili provenienti da diversi sistemi*. Ecco quindi balzare agli occhi con evidenza un possibile *sbarramento all’operare transnazionale* del diritto proveniente da diverse aree geopolitiche e culturali. Con riferimento all’attività delle giurisdizioni si comprende quindi come il giudicante al fine di formare il proprio convincimento sia orientato a utilizzare fonti di ordinamenti della propria area culturale⁽³²⁾. Il che è evidente nella ristretta casistica della giurisprudenza della Corte italiana⁽³³⁾.

Come appare compatibile con il rispetto dei principi costituzionali che il giudice debba fare riferimento a normative o prassi applicative proprie di ordinamenti condividenti gli stessi

⁽³¹⁾ Cfr. E. CHELI, *Lo stato costituzionale. Radici e prospettive*, Napoli, 2006; P. HÄBERLE, *Lo stato costituzionale*, Roma, 2005; G. ZAGREBELSKI, *Fragilità e forza dello stato costituzionale*, Napoli, 2006; T. GROPPA, *Menopeggio*, cit., 159 ss..

⁽³²⁾ Come esempio può ricordarsi la previsione dell’articolo 35, 1° c. della *interim Constitution* sudafricana del 1993. Tale disposizione prevedeva il ricorso del giudice costituzionale alla «*comparable foreign case law*», con ciò intendendosi esclusivamente il diritto e la giurisprudenza di Corti costituzionali di ordinamenti democratico-liberali, cioè della stessa area culturale cui si ispira il più recente costituzionalismo sudafricano. È pure di interesse l’esempio della Corte EDU che in diverse circostanze, oltre a considerare ordinamenti facenti parte della Convenzione, allarga lo sguardo ad altri ordinamenti a questa estranei ma che ne condividono i principi. La sentenza del 4-12-2003, *MC contre Bulgarie* (ricorso 39272/98) giunge a individuare nell’assenza di consenso della vittima il fulcro della nozione di violenza sessuale dopo un lungo *excursus* della disciplina di ordinamenti facenti parte della Convenzione cui si aggiunge quello degli Stati Uniti (*sub par.* 129 ss.). La sentenza del 15-1-2013, *Eweida and others v. The United Kingdom* (ricorsi 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10) compara la legislazione in materia di ostensione dei simboli religiosi in ventisei Paesi membri della Convenzione (*sub par.* 47) e allarga l’esame a Stati Uniti e Canada, Paesi della stessa area culturale. La successiva sentenza del 17-12-2013, *Perinçek c. Suisse* (ricorso 27510/08) in materia di legislazione sul negazionismo, esamina il regime previsto in quattordici Paesi membri ed estende nuovamente la comparazione a Stati Uniti e Canada (*sub par.* 30).

⁽³³⁾ V. ZENO ZENCOVICH, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?*, DPCE, 2005, 1993 ss.

La Corte costituzionale italiana nell’esaminare il regime dei poteri amministrativi finalizzati ad autorizzare le concentrazioni di imprese in relazione al rispetto del principio di libertà di concorrenza ha considerato comparativamente quanto previsto dalla legislazione inglese, tedesca e francese (sent. n. 270/2010, *sub par.* 8.4). La stessa Corte, intervenendo in tema di effetti temporali della pronuncia di incostituzionalità (sent. n. 10/2015, *sub par.* 7) ha rivolto la sua attenzione al regime di “costituzioni democratiche e pluraliste” sottolineando che «*la comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi*». Di conseguenza «*una simile regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale*».

principi/valori, così, di contro, è comprensibile la negazione di un possibile utilizzo del diritto proprio di ordinamenti che negano o comunque non condividano gli stessi. Particolarmente significativo è il dato emergente dall'analisi della giurisprudenza costituzionale delle corti della Est Europa ⁽³⁴⁾. Nonostante una lunga prossimità culturale, politica e costituzionale con l'Unione Sovietica, nessuna di queste corti fa mai uso del vigente diritto russo; ciò perché tale riferimento potrebbe apparire antitetico rispetto ai valori democratici del costituzionalismo di tradizione occidentale che esse hanno accolto ⁽³⁵⁾. In questi casi viene dunque rigettata l'ipotesi della transnazionalità.

Va anche sottolineato come non sempre la diversità a volte profonda di tradizioni risulta di ostacolo e i valori che sono alla base di ordinamenti fra loro distanti si debbano considerare divergenti. Un caso divenuto classico è quello della tutela ambientale: la dottrina ha segnalato come tale tutela, sia sotto il profilo dell'obbligo statale di protezione che sotto quello del riconoscimento di pretese individuali e collettive ad ottenerla, è da tempo valore comune emergente dalle costituzioni e dalle legislazioni di ordinamenti liberali, socialisti e di stati di recente indipendenza. In tal caso il valore ambientale si presenterebbe come politicamente *neutro* e la eterogeneità di fondo degli ordinamenti non esclude una loro omogeneità quanto allo specifico e coincidente valore della tutela ambientale e l'esame della disciplina normativa indica una tendenziale similitudine di soluzioni adottate con una conseguente maggiore facilità di lettura e valutazione delle medesime ⁽³⁶⁾. In questi casi quindi si rivela possibile l'effetto transnazionale del diritto.

5. Le tradizioni costituzionali comuni.

Un particolare significato è riconosciuto dall'ordinamento eurounitario alle tradizioni costituzionali riguardanti i diritti ⁽³⁷⁾. Queste ove condivise dagli Stati membri, assurgono a fonte del contenuto di quelli che sono qualificati principi generali del diritto dell'Unione, cioè i diritti fondamentali garantiti da questo e dalla CEDU. Quando sono proprie di uno Stato

⁽³⁴⁾ Vedi ad esempio R. ARNOLD - W. WEIß, *Die Auslegung des Rechtsstaatsbegriffs in der Rechtsprechung des tschechischen Verfassungsgerichts*, Regensburg, 2005; C. PISTAN, *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area postsovietica*, Bologna, 2015.

⁽³⁵⁾ Valga come esempio il caso della Corte ceca in tema di diritti sociali (Pl. US 1/2008, del 23-9-2008). La Corte, nel ricostruire lo sviluppo storico della protezione costituzionale di tali diritti, fa riferimento al primato (in ordine cronologico) della Costituzione staliniana del 1936, ma subito dopo afferma la incomparabilità tra l'odierno ordinamento ceco e il dato normativo sovietico, pur alla luce della tutela formale dei diritti sociali garantita da quest'ultimo.

⁽³⁶⁾ La sostanziale uniformità di normative di tutela ambientale in ordinamenti positivi appartenenti a diverse forme di Stato è ricordata da G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, 3^a ed., Padova, 2002, 72 ss. e H. SIK CHO - O.W. PEDERSEN, *Environmental Rights and Future Generations*, in M. TUSHNET - T. FLEINER - C. SAUNDERS, *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge, 2013, 401 ss.

⁽³⁷⁾ Sulla riferibilità ai diritti – e quindi con esclusione di riferimento ai profili istituzionali e della forma di governo, cfr. A. RUGGERI, *Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva della integrazione europea*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Núm. 7, 2003.

membro, esse sono considerate quale limite individualizzante per l'elaborazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione.

Quanto al *primo profilo*, la nozione di «tradizioni costituzionali» assume l'attributo di «comuni» ed è generalmente ricondotta ad una clausola generale, di creazione pretoria successivamente superata da esplicite disposizioni normative. Quindi secondo l'art. 6, terzo comma del TUE: «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Inoltre secondo l'art. 52, co. 4, della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) «Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni». E in tal senso la Corte Costituzionale nella sentenza n. 269 del 2017 ha ricordato che i diritti di cui alla Carta dei diritti fondamentali della Unione devono “essere interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito. In senso analogo, del resto, si sono orientate altre Corti costituzionali nazionali di antica tradizione (si veda ad esempio Corte costituzionale austriaca, sentenza 14 marzo 2012, U 466/11-18; U 1836/11”.

Quanto al *secondo profilo*, vanno ricordati:

a) l'art. 4 del TUE, per il secondo comma del quale «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali».

b) l'art. 67 del TFUE (ex articolo 61 del TCE ed ex articolo 29 del TUE), il primo comma del quale recita «L'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri».

c) lo stesso art. 52 della CDFUE (dopo l'esordio nel suo Preambolo), ove proclama (al co. 6) che «si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta».

È evidente come le due accezioni siano in reciproca tensione dialettica⁽³⁸⁾. Esse rilevano diversamente a seconda che siano comuni o proprie di un singolo Stato: nel primo caso rappresentano un elemento di convergenza idoneo a contribuire a fondare il diritto eurounitario e quindi lo stesso sistema ordinamentale sovranazionale; nel secondo fungono invece da elemento di preservazione, anche contro tale sistema, delle peculiarità dei singoli Stati membri e quindi in funzione antitetica alla tendenziale pervasiva supremazia del primo⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ Cfr. O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero la incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in *Consulta on line*, 20 aprile 2015, 242 ss.; S. NINATTI, *Dalle tradizioni costituzionali comuni alla identità costituzionale*, in *Stato, chiese, e pluralismo confessionale*, 31, 2019, 101 ss.

⁽³⁹⁾ Cfr. in tal senso F. DE STEFANO, *Il rapporto tra le “Carte” dei diritti fondamentali e le tradizioni costituzionali degli Stati membri nel dialogo tra le Corti*, Corte di Cassazione, Roma, 2018.

In effetti, è stato a causa della carenza di una normativa pattizia sui diritti che inizialmente la Corte di Giustizia ha dovuto costruire il richiamo alle tradizioni costituzionali comuni al fine di trovare negli ordinamenti degli stati membri un supporto idoneo ad affrontare e risolvere le questioni portate alla sua attenzione individuando i principi di diritto necessari. L'inserimento espresso della Carta dei diritti fondamentali nel sistema dei trattati ha accentuato l'autosufficienza dell'Unione riducendo l'esigenza del ricorso in via suppletiva agli ordinamenti statali, accentuando la natura meramente ausiliaria del richiamo alle tradizioni comuni ⁽⁴⁰⁾.

Storicamente le “*tradizioni costituzionali comuni*” sono un concetto creato dalla Corte molto prima che esso fosse integrato nel diritto primario dal Trattato di Maastricht. Le tradizioni costituzionali comuni sono “*una categoria aperta, elaborata dalla Corte non sulla base di semplici analisi comparative, e ancor meno cercando un denominatore comune inferiore tra le tradizioni*” ⁽⁴¹⁾. La Corte discrezionalmente dispone quando una tradizione costituzionale acquisisce il ruolo di “comune” nell'ambito del sistema giuridico dell'Unione, elevandola al livello di un principio generale di questo sistema e verificando, nel caso specifico, la sua eventuale capacità di costituire una deroga all'applicazione del diritto dell'Unione ⁽⁴²⁾. Contrariamente alle apparenze, la tradizione comune non viene ad essere effettivamente condivisa da tutti gli ordinamenti degli stati membri. E' sufficiente che consenta un aggancio con una o più tradizioni nazionali assunte come riferimento. Essa è comune perché la Corte di giustizia la assume come utile alla definizione del caso. Quindi la qualificazione rivela un mero artificio interpretativo. Diciamo quindi che la tradizione comune è la *tradizione comunitariamente utile* e quindi rilevante.

Neppure appare corretto pretendere che la tradizione comune discenda da una operazione comparativa fra tutte le tradizioni costituzionali degli stati membri ⁽⁴³⁾. Non è comprovabile nessuna conclusione in tal senso.

Come già anticipato, le tradizioni costituzionali sono evocabili in una duplice chiave:

a) per giustificare la formazione del diritto europeo. Esse in tal senso sono una delle basi da cui partire per individuare attraverso un processo comparativo un diritto comune agli stati che costituisca una fonte o un ausilio interpretativo di corredo al diritto dei trattati (funzione di integrazione degli ordinamenti statali in quello europeo).

b) per fare emergere il riconoscimento della esigenza di assicurare il rispetto del diritto nazionale da parte delle istituzioni europee (funzione di garanzia delle identità degli ordinamenti statali).

⁽⁴⁰⁾ G. de VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali e costituzione europea*, in “*Identità Europea e Tutela dei Diritti. Costituzione per l'Europa e interesse Nazionale*” - Atti del Seminario della Fondazione Magna Carta Roma 14.3.2005, Soveria Mannelli, 2005.

⁽⁴¹⁾ V. L.S. ROSSI, *M.A.S.M.B e la torre di Babele: alla fine le Corti si comprendono...pur parlando lingue diverse*, in *La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed Effettività*, (a cura di) V. PICCONI - P. POLICINO, Napoli, 2018, 301.

⁽⁴²⁾ Così L.S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi*, 19/2020.

⁽⁴³⁾ Cfr. F. SALMONI, *Diritti fondamentali, tradizioni costituzionali comuni e identità nazionale*, in *Percorsi costituzionali*, 2/3, 2018, 582 ss..

E' di tutta evidenza come le tradizioni costituzionali comuni possano assumere, a seconda della prospettiva in cui vengano considerate un valore sensibilmente variato.

Le tradizioni costituzionali continuano ad essere evocate in via tralazia per confermare la loro utilizzabilità a titolo ausiliario da parte della giurisdizione comunitaria nella ricordata funzione di integrazione. Ma una forte rilevanza assumono quando vengono associate ai valori che stanno a presidio della identità culturale e giuridica dei singoli ordinamenti statali⁽⁴⁴⁾. In simili evenienze ove l'accento venga posto sui principi fondanti di un ordinamento – tali cioè da definire la stessa «identità costituzionale» e, quindi, le «tradizioni costituzionali» – dello Stato cui appartiene, questo accamperebbe la facoltà di non disapplicare la normativa nazionale e di prestare ossequio prevalente alla tradizione costituzionale del proprio Stato. Un esempio significativo è offerto dalla diatriba intercorsa fra Corte costituzionale italiana e Corte di Giustizia nel noto caso Taricco. Qui il principio di legalità rientrante nel patrimonio giuridico e quindi nella tradizione costituzionale italiana ha posto un chiaro sbarramento alla prevalenza del diritto della Unione⁽⁴⁵⁾.

Storicamente una forte garanzia delle diversità di tradizioni è stata pretesa soprattutto nel momento in cui l'estremo ampliamento delle adesioni alla Unione porta l'emergere di non facili rapporti con ordinamenti sensibilmente eterogenei rispetto al nucleo primitivo dei partecipanti alla costruzione comunitaria. Tale osservazione risulta suffragata dalla tendenza degli stati dell'Est che hanno avuto accesso all'Unione europea, a completamento del noto processo di allargamento, ad adottare disposizioni costituzionali dal cui contenuto si evince con chiarezza l'intento di conservare la propria identità e la originalità dei propri valori e tratti culturali preservando il nucleo fondante della propria diversità e originalità nazionale, pur di fronte al processo di integrazione europea. Si deve quindi concludere che l'idea di trasferire a Est la tradizione costituzionale liberaldemocratica di stampo occidentale si sia rivelata in alcuni specifici casi, quali quello in particolare di Ungheria e Polonia, un sostanziale fallimento⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ Sul ruolo delle tradizioni a tutela della identità costituzionale, cfr. F. SALMONI, *Diritti fondamentali*, cit., 584 ss.

⁽⁴⁵⁾ Sulla vicenda Taricco cfr. E. LUPO, *La vicenda Taricco impone di riconsiderare gli effetti del decorso del tempo nella giustizia penale italiana?* In *La legislazione penale*, 4.2.2019.

⁽⁴⁶⁾ Sulle democrazie illiberali dell'Est, con particolare riguardo a Ungheria e Polonia, cfr.: M. VOLPI, *La nuova Costituzione ungherese. Una democrazia dimezzata*, in *DPCE*, 3, 2012, 1013 ss.; K. KELEMEN, *Una nuova Costituzione per l'Ungheria*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2011, 681; A. DI GREGORIO, *Il costituzionalismo "malato" in Ungheria e Polonia*, in A. DI GREGORIO (a cura di), *Trattato di diritto pubblico comparato. I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, Padova, 2019, 366 ss.; A. ORLANDI, *La democrazia illiberale. Ungheria e Polonia a confronto*, in *DPCE*, 1, 2019, 178 ss.; Č. PIŠTAN, *Giustizia costituzionale e potere giudiziario. Il ruolo delle Corti costituzionali nei processi di democratizzazione ed europeizzazione*, in A. DI GREGORIO (a cura di), *Trattato di diritto pubblico comparato*, cit., 355 ss.; R. UITZ, *Can You Tell When an Illiberal Democracy is in the Making? An appeal to Comparative Constitutional Scholarship from Hungary*, in *International Journal of Constitutional Law*, 13, 1, 2015, 279 ss.; M. PLATTNER, *Illiberal Democracy and the Struggle on the Right*, in *Journal of Democracy*, 30, 1, 2019; A.L. PAP, *Democratic Decline in Hungary: Law and Society in an Illiberal Democracy*, New York, 2017; W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019; Id., *Constitutional Crisis in Poland*, in M.A. GRABER, S. LEVINSON, M. TUSHNET (eds), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford, 2018, 257 ss.; T. DRINÓCZI, A. BIEŃ-KACAŁA, *Illiberal constitutionalism – the case of Hungary and Poland*, in *German Law Journal*, 20, 2019, 1140 ss.; T. DRINÓCZI, A. BIEŃ-KACAŁA (eds), *Rule of Law, Common Values and Illiberal Constitutionalism: Poland and Hungary within the European Union*,

In generale, in tutti questi ordinamenti sia a livello costituzionale che di legislazioni attuative sono particolarmente attente le previsioni a tutela dei valori nazionali che includono il patrimonio storico, culturale, religioso, linguistico.

6. Tradizioni costituzionali nazionali e ricorso alla comparazione.

Le tradizioni emergono come fonti dei diritti e per il fatto di riguardare i diritti fondamentali individuati dalla elaborazione giurisprudenziale, si pongono come diritto costituzionale vivente relativo ai diritti ⁽⁴⁷⁾. Questa notazione è importante perché sta a indicare come la tradizione non possa vedersi come un *quid* cristallizzato nel passato storico, ma, al contrario come un regime dei diritti soggetto a modifiche e innovazioni secondo la lettura che i giudici vorranno dare di volta in volta ai casi portati alla loro attenzione.

Il fattore “tradizione” assume una sua specifica importanza nel momento in cui il legislatore e il giudice ritengano utile avvalersi del ricorso alla comparazione.

In linea di principio legislatore e giudice possono utilizzare la comparazione avvalendosi di riferimenti a ordinamenti esterni, compatibili, tuttavia, con i principi della propria costituzione. Non così il ricercatore che non incontra limite alcuno nella libertà del ragionare scientifico ⁽⁴⁸⁾. Pertanto una delle più sensibili differenze fra il comparare del giurista e quello di chi svolge funzioni costituzionali pare legato alla *natura più o meno stringente della omogeneità culturale - e quindi della appartenenza alla medesima area culturale o della condivisione di comuni tradizioni* - come condizione per la ammissibilità della stessa.

In sintesi, tendenzialmente, chi svolge funzioni costituzionali (normatore e giudice) utilizza il ricorso comparativo al diritto esterno ove questo sia ideologicamente prossimo al patrimonio di valori del proprio ordinamento. *La condivisione di una medesima tradizione costituzionale e quindi la omogeneità culturale si presenta allora come uno dei presupposti della comparabilità*. Si incontra quindi in tal caso un vincolo che sicuramente non grava in egual misura sul ricercatore. Ci troviamo di fronte, a questo punto, a uno dei problemi definitori che costituiscono uno spartiacque mentale nei processi di sistematizzazione del diritto comparato. Per chi esercita funzioni costituzionali la comparabilità è considerata come condizionata dalla sua effettuazione nell'ambito di precisi *spazi culturali* che coincidono con quelle aree geopolitiche che solitamente si tenta di individuare al fine di operare le classificazioni delle forme giuridiche sia da parte dei privatisti (famiglie dei diritti) che dei pubblicisti (forme di stato, regimi politici). All'interno di questi sarebbe ammesso operarla; al di fuori no.

London, 2020.; G.M. MILANI, *How Democratic are Illiberal Democracies? The Parliament in Constitutional Retrogression*, in *Percorsi Costituzionali*, 2/2019.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. in tal senso A. RUGGERI, *Struttura e dinamica della tradizione costituzionale nella prospettiva della integrazione europea*, in *Ars interpretandi*, 2003.

⁽⁴⁸⁾ Sulla diversa situazione del ricercatore rispetto a quella di chi svolge una funzione costituzionalmente rilevante, cfr. G. de VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 31 ss.

In realtà, riteniamo, riemerge proprio a questo proposito la sensibile *differenza fra comparazione a fini scientifici e a fini pratici*.

La questione appare sufficientemente chiara a proposito dell'esercizio della giurisdizione e in particolare per quella costituzionale. A questo riguardo si può anche distinguere il momento della decisione finale da quello preparatorio della stessa. Per quanto riguarda l'esercizio della funzione giurisdizionale in senso stretto, cioè la decisione della sentenza, premesso che di preferenza il giudice tiene presenti i precedenti di giudici che fanno parte della sua tradizione legale lo stesso *nel decidere non può trovare giustificazione in ordinamenti che non condividano i principi costituzionali che caratterizzano il proprio ordinamento*. Ma se questo ragionamento può valere per il momento in cui si concretizza la interpretazione considerata come decisione, a diversa conclusione potrebbe giungersi ove ci si limitasse al momento cognitivo che precede quello decisorio. Siccome la ricerca e conoscenza del diritto e di precedenti esterni è lasciata alla piena libertà di manovra del giudice, si potrebbe ipotizzare che nella *fase cognitiva* sia possibile estendere l'attenzione anche a diritto del tutto lontano dai propri principi costituzionali. Ma nella *fase decisionale* ciò non sarebbe possibile se non tradendo la stessa costituzione che si vuole tutelare tramite il processo costituzionale. La discrezionalità del giudice ha quindi rilevanza diversa nelle due diverse fasi. Massima nella prima in cui potrebbe condurre a prendere in considerazione elementi di valutazione in realtà inutilizzabili al fine della decisione ove provenienti da ordinamenti che non siano compatibili con i principi costituzionali che vincolano il giudice. Circoscritta nella seconda in quanto il momento decisorio consente di utilizzare soltanto contributi di segno compatibile con i principi costituzionali. Ciò spiega, ad esempio, perché la Corte Costituzionale sudafricana nella celebre sentenza sulla pena di morte (*The State v. Makwanaye*) abbia tra le tante giurisprudenze preso in considerazione anche quella favorevole alla pena capitale propria della Corte Suprema nordamericana ma infine se ne sia nettamente discostata nel momento decisorio, in quanto abbia considerato la pena capitale come inconciliabile con i propri principi costituzionali ⁽⁴⁹⁾.

L'interpretazione è per sua natura funzione volitiva, non semplice atto di conoscenza. Il giudice non si limita a prendere atto della disposizione testuale ma decide quali a suo parere sono i contenuti della stessa. In questa operazione, che passa dalla cognizione alla determinazione che conclude il processo interpretativo, il giudice può comparare e a sua scelta includere il ricorso a elementi cognitivi e di valutazione connessi a fonti e precedenti esterni e il richiamo al diritto esterno può rifluire in via comparativa nella determinazione finale interessando la *ratio decidendi*. In tal senso appare corretto sottolineare come l'eventuale ricorso alla comparazione riguardi il profilo della formulazione della *argomentazione* giustificante. In tale processo il richiamo al diritto esterno incoraggia a verificare se i precedenti di un certo ordinamento, in linea di principio comparabile, non soltanto si presentino come *utili* per giun-

⁽⁴⁹⁾ A. RINELLA - V. CARDINALE, *The Comparative Legal Tool-Kit of the Constitutional Court of South Africa*, in G.F. FERRARI (ed.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Brill, 2019⁷.

gere alla pronuncia ma altresì siano *compatibili con la costituzione* su cui si fonda l'ordinamento del giudice.

In questa prospettiva, quindi, è evidente che, se pensiamo alla comparazione giudiziale, i giudici si mostrano *selettivi* nel procedere in concreto alla utilizzazione di diritto straniero ⁽⁵⁰⁾. Quindi è comparabile non solo quanto risulta utile ma anche quanto risulta costituzionalmente compatibile perché *in linea con la propria tradizione costituzionale*. Come già sottolineato, sensibilmente diversa è la posizione del ricercatore che non è gravato dal vincolo condizionante della costituzione dell'ordinamento in cui abitualmente opera.

Un ambito di particolare interesse è offerto dalla attività di studio e consulenza che viene praticata dalla Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa che è chiamata a prospettare scelte costituzionali e legislative da adottarsi dagli organi degli stati membri della CEDU. L'assistenza specialistica che la Commissione è chiamata ad offrire è condizionata dalla individuazione del comune patrimonio costituzionale europeo condiviso dai paesi interessati alla consultazione ⁽⁵¹⁾. Dalla analisi dei numerosi pareri resi dalla Commissione, emerge un uso dinamico «aperto» della comparazione costituzionale, in quanto la Commissione non si limita ad evidenziare i principi fondamentali desumibili dal comune *patrimonio costituzionale* europeo, ma si preoccupa anche, non di rado, di indicare quale possa considerarsi la più efficace forma di concreta applicazione di detti principi, esponendo – quali parametri e modelli di riferimento – le migliori pratiche emergenti dalle tendenze attualmente in atto ⁽⁵²⁾.

7. Conclusioni.

Le tradizioni costituzionali intese quali insieme di principi che caratterizzano un ordinamento costituiscono fonti del diritto di un ordinamento cui si può fare riferimento per individuare profili generali dello stesso non necessariamente esplicitati da fonti positive di diverso grado, costituzionale o legislativo che sia. Il ricorso alle tradizioni può utilizzarsi nelle operazioni comparative dove ricorre solitamente l'esigenza di far riferimento a ordinamenti che condividano gli stessi profili valoriali di fondo. Quindi si può convenire su un dato pacifico: nell'affrontare l'analisi degli ordinamenti comparandi al fine di individuare la presenza o assenza del requisito/ presupposto della omogeneità l'impegno del comparatista può tradursi nella scelta fra *ordinamenti condividenti o non condividenti simili tradizioni costituzionali*. In tal senso è agevole riscontrare un orientamento dei giudici costituzionali e internazionali. I principi-valori identificanti il sistema giuridico, ciò è la propria tradizione costituzionale, costi-

⁽⁵⁰⁾ In tal senso v. B. MARKESINIS - J. FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?* London-New York, 2006, 61 ss.

⁽⁵¹⁾ F. DURANTI, *La Commissione di Venezia e il diritto comparato*, in *DPCE*, 2/2017.

⁽⁵²⁾ S. BARTOLE, *International Constitutionalism and Conditionality. The Experience of the Venice Commission*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 4, 3; V. VOLPE, *Drafting Counter-majoritarian Democracy. The Venice Commission's Constitutional Assistance*, in *76 J. Heidelberg Int. L.* 4 (2016), 814.

tuiscono per il normatore e per il giudice un limite alla utilizzabilità dell'apporto di valori incompatibili provenienti da diversi sistemi.

Quanto disposto dai trattati comunitari e dalla giurisprudenza comunitaria corrobora l'esistenza e l'utilità del concetto stesso di tradizione sia ove utilizzato per individuare un concetto comunitariamente utile per definire il regime di un diritto (enucleazione della tradizione "comune") sia ove la tradizione venga individuata al fine di salvaguardare l'identità dei valori irrinunciabili di uno stato membro.

Dal punto di vista scientifico le esigenze della comparazione vanno ben oltre a quelli che sono i problemi che i giudici si trovano a dovere affrontare nella soluzione dei casi portati alla loro attenzione. In tale prospettiva le singole tradizioni possono confluire in un processo conoscitivo/comparativo che conduce alla possibilità di individuare un nucleo comune. Astraendo da questo specifico profilo la tradizione costituzionale propria di un determinato ordinamento assume anch'essa una sua rilevanza in quanto caratterizza quel singolo ordine giuridico sia contribuendo a dare un proprio significato in sede interpretativa a singole specifiche disposizioni normative sia potendo essere utilizzata in caso di lacune ordinamentali per individuare un principio normativo.