



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2015 FASC. II

(ESTRATTO)

PAOLO PASSAGLIA

**IL DIRITTO COMPARATO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA
CORTE COSTITUZIONALE:
UN'INDAGINE RELATIVA AL PERIODO
GENNAIO 2005 - GIUGNO 2015**

13 LUGLIO 2015

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Paolo Passaglia*

Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005 – giugno 2015

SOMMARIO: 1. Delimitazione del tema. – 2. Note metodologiche. – 3. I riferimenti espliciti al diritto straniero: la definizione dei parametri per la loro presa in considerazione. – 4. Un abbozzo di classificazione. – 5. Osservazioni sparse originate dalle evidenze empiriche. – 6. Una conferma, un dubbio ed un auspicio (appunti conclusivi).

1. Delimitazione del tema

L'accostamento tra la Corte costituzionale italiana ed il diritto comparato è una tematica su cui la scienza comparatistica si è a lungo interrogata (e continua ad interrogarsi), a partire da alcuni studi pionieristici, per così dire, tra i quali un posto di assoluto rilievo non può non essere assegnato a quelli di Lucio Pegoraro¹.

Proprio per il fiorire che si è avuto negli anni di contributi di vario genere, risulta difficile anche solo provare ad accreditarsi in termini di originalità. A parziale scusante, si auspica che possa valere la circostanza che, dopo la «fiammata» di interesse nella seconda metà dello scorso decennio², negli ultimi anni l'attenzione della dottrina italiana

* L'autore tiene a ringraziare, per i suoi preziosi consigli e suggerimenti, la dott.ssa Carmen Guerrero Picó, ricercatrice dell'Area di diritto comparato del Servizio studi e massimario della Corte costituzionale.

1 Il riferimento va, in particolare, a L. PEGORARO, *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, 601 ss., ed a L. PEGORARO – P. DAMIANI, *Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, 411 ss. Tra gli altri autori, v., in una prospettiva più ampia rispetto alla giurisprudenza costituzionale, A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, Giuffrè, 2001.

2 Cfr., segnatamente, ancora L. PEGORARO, *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in G.F. FERRARI – A. GAMBARO (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, Esi, 2006, 477 ss.; L. PEGORARO, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato. Un'analisi comparatistica*, Bologna, Clueb, 2006; G. ALPA (a cura di), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 2006, e, in special modo, P. RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, *ivi*, 15 ss.; A. SPERTI, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, 125 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *La giurisprudenza della Corte costituzionale e il diritto comparato della responsabilità civile*, in M. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Esi, 2006, 273 ss. V., altresì, il dibattito a distanza tra Vincenzo Zeno-Zencovich ed Antonio Baldassarre sulla rivista *Diritto pubblico comparato ed europeo*: V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?*, *ivi*, 2005, 193 ss.; A. BALDASSARRE, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, *ivi*, 2006, 983 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Una postilla ad Antonio Baldassarre*, *ibidem*, 992 ss. Nella letteratura straniera, v., *ex multis*, G. CANIVET – M. ANDENAS – D. FAIRGRIEVE (eds.), *Comparative Law Before the Courts*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2005; M.C. PONTHEOREAU, *Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2005, 7 ss.; B. MARKESINIS – J. FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, Oxford – Manchester, Rutledge – Cavendish Press, 2006; B. MARKESINIS, *Juges et universitaires face au droit comparé. Histoire des trente-cinq dernières années*, Paris,

sembra essere almeno in parte scemata³. Con ciò non vuol dirsi che la problematica sia divenuta negletta, ma – questa, almeno, è la sensazione che pare di potersi cogliere – l’approccio si è fatto più generale, assumendo la forma matura di una «comparazione su (l’uso de) la comparazione» da parte delle diverse corti di vertice, Corte costituzionale inclusa, ovviamente⁴.

Ponendosi in questa prospettiva, il presente scritto può essere tacciato – probabilmente a ragione – di porsi come un contributo di retroguardia, in ragione del fatto che oggetto di indagine sarà esclusivamente la giurisprudenza della Corte costituzionale. Anzi, la delimitazione sarà ancora più rigorosa (o asfittica, a seconda dei punti di vista), dal momento che verranno presi in considerazione soltanto degli anni più recenti, cioè approssimativamente l’ultimo decennio (dall’inizio del 2005 al primo semestre del 2015, per l’esattezza). L’impostazione e la delimitazione del contributo, nella sua «tradizionalità», si pone inevitabilmente come una ripresa di precedenti scritti di altri autori. A stimolare l’interesse del lettore si auspica che possa essere la circostanza che esso si soffermerà sul segmento temporale in ordine al quale – per quanto sopra detto – le analisi sono meno abbondanti.

2. Note metodologiche

Non stupisce che l’uso della comparazione da parte delle corti sia uno dei temi più in voga nel dibattito comparatistico. In molti casi (*id est*, per molte corti), si tratta di un argomento in cui l’elaborazione teorica ha modo di confrontarsi con dati reali, misurabili, riscontrabili: è uno dei non frequentissimi casi in cui la dottrina giuridica può aspirare a far uso di criteri di verifica non troppo lontani da quelli propri di discipline scientifiche tradizionalmente più empiriche. Non è, dunque, una mera coincidenza che si studino, e molto, gli approcci nei confronti della comparazione espressi dalle corti le cui sentenze, nella ricchezza di riferimenti, non lesinano i richiami ad esperienze straniere. Non si studiano, però, soltanto queste corti: l’attenzione per la giurisprudenza costituzionale italiana ne è una dimostrazione. Le indagini sulle corti che citano «poco»,

Dalloz, 2006.

3 Per una eccezione, v., tuttavia, A. PIN, *Perché le Corti comparano?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, 1429 ss.

4 Tra i più recenti lavori sul tema, v. T. GROPPI – M.C. PONTHEUREAU (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart, 2013; A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques. Le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2011.

o «pochissimo», sono molteplici e, solitamente, molto stimolanti, perché in questi casi la ricerca perde, sì, l'*atout* della verificabilità, ma diventa inevitabilmente più intrigante, nella misura in cui cerca di cogliere dal non-detto conclusioni che possano spiegare quello che è sovente solo immaginabile da parte dell'osservatore.

Per dirla in termini più espliciti, avendo riguardo ad esperienze in cui le corti appaiono «reticenti», è chiaro che lo studio sulle citazioni di diritto comparato può avere una portata orientativa, ma non certo compiutamente descrittiva, nel senso che, pur dopo aver scandagliato tutte le pronunce e (auspicabilmente) ricostruito tutti i riferimenti, non è dato sapere «quanta comparazione» venga effettivamente svolta: l'impatto dei riferimenti impliciti e quello della comparazione rimasta allo stato puramente embrionale (e dunque non tradottasi in alcun richiamo) è, potenzialmente, tanto incisivo quanto indeterminabile.

Fatta questa premessa, però, l'oggettività del criterio di misurazione consistente nelle citazioni contenute nelle decisioni lo rende – nonostante la sua incompiutezza – un punto di partenza ineludibile. Ed in aderenza alla scarsa originalità che connota il presente scritto, si prenderanno le mosse proprio dalla individuazione dei casi in cui, negli ultimi anni, la Corte costituzionale ha menzionato, in modo più o meno analitico, esperienze straniere.

3. I riferimenti espliciti al diritto straniero: la definizione dei parametri per la loro presa in considerazione

L'analisi dei riferimenti espliciti al diritto straniero deve partire dalla constatazione che non tutte le menzioni contenute nelle decisioni della Corte costituzionale possono essere prese in considerazione. Anche nel solco tracciato da chi analoghe indagini ha già condotto, allora, qualche premessa relativa al tipo di selezione operata si impone.

Innanzitutto, si è optato per tenere nettamente distinte le citazioni contenute nel *Ritenuto in fatto* da quelle del *Considerato in diritto* delle sentenze (e, analogamente, quelle dei paragrafi introdotti dal «*Ritenuto*» da quelle dei paragrafi introdotti dal «*Considerato*» nelle ordinanze): la collocazione nell'una o nell'altra parte delle pronunce appare, infatti, dirimente, nella misura in cui – come noto – nella parte fattuale la Corte altro non fa che ripercorrere, sintetizzandoli, i fatti (appunto) e le argomentazioni dei rimettenti, delle parti e/o degli intervenienti; è solo nella parte in *diritto* che la Corte trasfonde la propria *doctrine*, ed è quindi solo in questa parte che le citazioni di stampo comparatistico possono esserle imputate. Certo, sarebbe interessante verificare quanto

peso abbiano le citazioni di diritto straniero provenienti dagli atti introduttivi e/o dagli scritti difensivi e quale condizionamento esse producano sul giudicante, giacché, pur non potendosi dare una regola di portata generale, è più che ragionevole ritenere che sollecitazioni comparatistiche provenienti dai giudici *a quibus* o dalle parti siano un catalizzatore per la considerazione del diritto straniero da parte della Corte. È altrettanto indubbio, però, che in molti casi una siffatta considerazione discende da iniziative per così dire officiose, e che in altrettanti casi le sollecitazioni vengono fatte cadere, al punto da produrre una discrasia, in proposito, tra *Ritenuto in fatto* e *Considerato in diritto*. Sul tema, peraltro, si avrà modo di tornare, per qualche ulteriore considerazione cui, per il momento, si rinvia⁵.

Nell'ambito della parte in *diritto* delle pronunce, si è poi ritenuto di dover considerare, non solo i riferimenti più precisi ad esperienze straniere, ma anche quelli più generici, a patto che questi ultimi potessero comunque configurarsi alla stregua di una apertura – che fosse più o meno approfondita, per il momento, non rileva – verso orizzonti diversi dalla considerazione meramente endogena del fenomeno giuridico nazionale.

Chiaramente, tra i riferimenti sono stati esclusi quasi del tutto (salvo alcune parziali – e limitatissime – eccezioni, di cui si darà conto) quelli ad ordinamenti sovranazionali di cui l'Italia faccia parte, giacché in tal caso non è la *lex alii loci* ad essere presa in esame, bensì il diritto prodotto, sì, da fonti «esterne», ma pur sempre vigente all'interno dell'ordinamento italiano.

Si sono altresì trascurati i riferimenti ad altri ordinamenti che non evocassero diritto straniero, segnatamente in relazione alla evocazione del diritto di altre regioni italiane.

Parimenti negletti sono stati i richiami a concetti anche molto utilizzati dalla scienza comparatistica, i quali, tuttavia, siano stati dalla Corte impiegati, non già per operare raffronti con altri ordinamenti, bensì per inquadrare in una prospettiva teorica determinate questioni⁶.

Cosa resta, dunque, al netto di tutte queste precisazioni, nelle pronunce della Corte costituzionale rese tra il gennaio 2005 ed il giugno 2015?

Ora, se è improprio concludere che quella condotta sia una «ricerca sul nulla»⁷, neppure potrebbe giustificarsi l'adozione di toni enfatici. Di diritto comparato, nelle

⁵ V. *infra*, par. 5.4.

⁶ Si pensi, ad esempio, alle nozioni di «federalismo» e di «Stato composto» che figurano nella [sentenza n. 365 del 2007](#), recante la censura dell'imputazione della sovranità in capo al «popolo sardo».

⁷ Il riferimento va, ovviamente, alla conclusione del titolo del contributo di V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit.

pronunce della Corte costituzionale, c'è indiscutibilmente poco. E, soprattutto, quel poco è non di rado veicolato da riferimenti assai generici ad «altri paesi»⁸, «altri ordinamenti»⁹, «ordinamenti stranieri»¹⁰, «ordinamenti europei»¹¹, «ordinamenti giuridici europei»¹². L'individuazione di riferimenti che vadano oltre il cenno generico ad uno o più ordinamenti – tipologia che rappresenta l'*id quod plerumque accidit* – diviene estremamente faticosa: le decisioni in cui si citano con precisione istituti vigenti altrove¹³, disposizioni o atti normativi¹⁴, pronunce di giudici stranieri¹⁵ o in cui, più analiticamente, si richiamano sia il formante legislativo che quello giurisprudenziale¹⁶, sono veramente molto esigue da un punto di vista numerico.

A questi rilievi potrebbe obiettarsi che non è dato scorgere una corrispondenza biunivoca tra il livello di dettaglio nella citazione e l'approfondimento comparatistico che la sorregge. L'obiezione è forte, giacché la libertà con cui la Corte utilizza l'argomento della *lex alii loci* non può non estendersi anche al modo in cui ad essa faccia richiamo, con il che, ad esempio, un riferimento può essere dettagliato semplicemente perché appare necessario operare specificazioni, mentre un riferimento può essere anche molto generico, perché la sua sola evocazione può essere ritenuta sufficiente, senza che si avverta il bisogno di appesantire l'*iter* argomentativo con ulteriori precisazioni.

Proprio in ossequio a queste considerazioni, sembra che l'obiezione possa, sin da ora, essere accolta. Ne discende che, operativamente, tutte le citazioni individuate, qualunque forma esse assumano, verranno qui poste allo stesso pari, onde provare a trarre alcune indicazioni di massima sulla valenza che esse assumono, la quale varia in maniera estremamente significativa a seconda dei casi, in ipotesi *a prescindere* da come sono formulate.

4. Un abbozzo di classificazione

Una volta operata la delimitazione dei riferimenti al diritto straniero, il risultato che

⁸ Così la [sentenza n. 334 del 2010](#) e l'[ordinanza n. 180 del 2011](#).

⁹ Cfr. l'[ordinanza n. 16 del 2006](#), la [sentenza n. 279 del 2013](#) e la [sentenza n. 10 del 2005](#) (in quest'ultima, limitatamente a ciò che attiene al merito delle questioni poste).

¹⁰ V. la [sentenza n. 172 del 2014](#).

¹¹ Cfr. le [sentenze nn. 393 e 394 del 2006](#) e la [sentenza n. 293 del 2010](#).

¹² Così la [sentenza n. 96 del 2015](#).

¹³ V. la [sentenza n. 102 del 2008](#).

¹⁴ Cfr. le [sentenze n. 341 del 2007](#) e [n. 172 del 2014](#).

¹⁵ V. le [sentenze nn. 1, 170 e 238 del 2014](#).

¹⁶ Cfr. la [sentenza n. 270 del 2010](#).

emerge è dato dall'esistenza, nei dieci anni e sei mesi presi in esame, di 32 pronunce in cui il diritto comparato ha fatto la sua comparsa¹⁷. Ovviamente, le funzioni da esso assunto sono state variegate, di talché sembra opportuno provare a tratteggiare un abbozzo di classificazione, i cui esiti sono trasferiti di seguito.

4.1. L'evocazione «neutra» del diritto comparato

Un buon numero di citazioni di diritto straniero si caratterizza per avere una incidenza globalmente assai modesta sull'*iter* argomentativo della Corte. Nonostante la sua marginalità, è comunque significativo che il diritto comparato faccia la sua comparsa nella pronuncia, se non fosse perché è indice dell'attenzione che ad esso viene rivolta da parte dei giudici costituzionali.

(a) I riferimenti «riportati»

In un primo gruppo pronunce, possono essere inserite quelle in cui il riferimento comparatistico non è, *a rigori*, neppure ascrivibile alla Corte costituzionale. Ciò si verifica, innanzi tutto, quando esso compare, sì, nella parte in *diritto* della decisione, ma in realtà si colloca più precisamente nel c.d. «fattino», cioè all'interno di quei paragrafi in cui la Corte ricapitola i profili della questione sottoposta dal giudice rimettente o dalla parte ricorrente. Due pronunce vengono in rilievo: quella inerente alla conversione nella patente italiana di quella rilasciata da uno Stato extracomunitario ([ordinanza n. 180 del 2011](#)) e quella relativa al sovraffollamento carcerario ([sentenza n. 279 del 2013](#)).

Ascrivibili alla medesima categoria sono quei riferimenti in cui l'evocazione dell'ordinamento straniero, e magari anche di alcuni suoi caratteri di fondo, è operata precipuamente in ragione del suo essere stato oggetto di una o più decisioni della Corte

¹⁷ L'elenco che segue costituisce il quadro di sintesi delle decisioni nelle quali sono stati rintracciati i riferimenti suscettibili di essere presi in considerazione: [sentenza 26 maggio 2005, n. 199](#) (rel. e red. Vaccarella); [ordinanza 20 gennaio 2006, n. 16](#) (rel. e red. Flick); [sentenza 17 marzo 2006, n. 116](#) (rel. e red. De Siervo); [sentenza 23 novembre 2006, n. 393](#) (rel. Flick; red. Quaranta); [sentenza 23 novembre 2006, n. 394](#) (rel. e red. Flick); [sentenza 12 ottobre 2007, n. 341](#) (rel. e red. Napolitano); [sentenza 15 aprile 2008, n. 102](#) (rel. e red. F. Gallo); [sentenza 30 aprile 2009, n. 125](#) (rel. e red. Criscuolo); [sentenza 26 novembre 2009, n. 311](#) (rel. e red. Tesauro); [sentenza 15 aprile 2010, n. 138](#) (rel. e red. Criscuolo); [sentenza 8 luglio 2010, n. 250](#) (rel. e red. Frigo); [sentenza 22 luglio 2010, n. 270](#) (rel. e red. Tesauro); [sentenza 8 ottobre 2010, n. 293](#) (rel. e red. Tesauro); [sentenza 24 novembre 2010, n. 334](#) (rel. e red. Cassese); [sentenza 5 gennaio 2011, n. 1](#) (rel. e red. Maddalena); [ordinanza 27 gennaio 2011, n. 32](#) (rel. e red. Napolitano); [ordinanza 8 giugno 2011, n. 180](#) (rel. e red. Grossi); [sentenza 25 luglio 2011, n. 245](#) (rel. e red. Quaranta); [sentenza 24 gennaio 2012, n. 13](#) (rel. e red. Cassese); [ordinanza 7 giugno 2012, n. 150](#) (rel. e red. Tesauro); [sentenza 13 novembre 2013, n. 267](#) (rel. e red. Cassese); [sentenza 22 novembre 2013, n. 278](#) (rel. e red. Grossi); [sentenza 22 novembre 2013, n. 279](#) (rel. e red. Lattanzi); [sentenza 13 gennaio 2014, n. 1](#) (rel. e red. Tesauro); [sentenza 9 maggio 2014, n. 120](#) (rel. e red. Amato); [sentenza 10 giugno 2014, n. 162](#) (rel. e red. Tesauro); [sentenza 11 giugno 2014, n. 170](#) (rel. e red. Morelli); [sentenza 11 giugno 2014, n. 172](#) (rel. e red. Cartabia); [sentenza 26 settembre 2014, n. 227](#) (rel. e red. Criscuolo); [sentenza 22 ottobre 2014, n. 238](#) (rel. e red. Tesauro); [sentenza 11 febbraio 2015, n. 10](#) (rel. e red. Cartabia); [sentenza 5 giugno 2015, n. 96](#) (rel. e red. Morelli).

di giustizia dell'Unione europea, della Commissione europea ovvero della Corte europea dei diritti dell'uomo: si pensi alla [sentenza n. 116 del 2006](#), in cui la disciplina degli OGM è stata vagliata anche in relazione ad una decisione della Commissione europea avverso il progetto di legge di un *Land* austriaco; analogamente, nella [sentenza n. 125 del 2009](#), in tema di aiuti di Stato, l'apertura al diritto straniero è stata veicolata dal soffermarsi della Corte costituzionale su una decisione della Corte di giustizia avente ad oggetto l'ordinamento tedesco; nella [sentenza n. 245 del 2011](#), sul diritto a contrarre matrimonio da parte dello straniero irregolare, la Corte costituzionale ha argomentato la violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione da parte della normativa che impediva l'esercizio del diritto facendo richiamo ad una sentenza della Corte europea relativa alla normativa del Regno Unito in tema di capacità matrimoniale degli stranieri; l'[ordinanza n. 150 del 2012](#), in tema di fecondazione eterologa, ha fatto leva – onde suffragare la decisione di restituzione degli atti ai giudici *a quibus* – su una pronuncia della *Grande Chambre* della Corte europea avente ad oggetto il sistema austriaco; infine, nella [sentenza n. 278 del 2013](#), l'eccessiva rigidità della normativa sulla tutela dell'anonimato della madre naturale è stata constatata anche avendo riguardo alla posizione assunta dalla Corte di Strasburgo in merito alla normativa francese.

(b) *I richiami descrittivo-esplicativi*

Un secondo gruppo di riferimenti comparatistici è identificabile in quelle fattispecie in cui la Corte utilizza il richiamo al diritto straniero a fini essenzialmente descrittivi o esplicativi.

La decisione più risalente tra quelle qui passate in rassegna appartiene a questa tipologia: nella [sentenza n. 199 del 2005](#), l'adeguata informazione sulle clausole vessatorie del contratto di cui all'art. 1469-*quater* del Codice civile è stata equiparata a «la “*fair opportunity*” che la giurisprudenza nord-americana costruisce come presupposto di efficacia del limite legale».

Sebbene la loro portata non sia significativamente più intensa, più pregnanti appaiono comunque quei riferimenti operati ad una situazione specifica presentatasi in un ordinamento straniero per definire un concetto giuridico sul piano operativo: in proposito viene in rilievo la circostanza che, nella [sentenza n. 311 del 2009](#) e nella [sentenza n. 1 del 2011](#) (nonché nella [sentenza n. 227 del 2014](#), che reca la citazione testuale della sentenza di tre anni prima), partendo da una decisione della Corte europea, si è fatto riferimento alla situazione prodottasi in seguito alla riunificazione tedesca per specificare il significato dei «motivi imperativi di interesse generale» che giustificano una normazione

con effetti retroattivi incidente sul diritto al giusto processo.

Ancora tra i riferimenti di stampo descrittivo, figurano quelli nei quali il richiamo di esperienze straniere vale ad aggiungere, a beneficio dello sviluppo dell'*iter* argomentativo, informazioni complementari, come tali non logicamente necessarie, ma non per questo inutili: è il caso della [sentenza n. 334 del 2010](#), in cui l'estensione legislativa dell'obbligo di istruzione si è riconosciuto essere avvenuto «seguendo l'esperienza di altri paesi europei»; è parimenti il caso della [sentenza n. 238 del 2014](#), che, nel ricostruire l'evoluzione storica dell'immunità degli Stati nel diritto internazionale, si è soffermata sulla progressiva affermazione del limite all'applicazione della norma sull'immunità operando un richiamo alla c.d. tesi italo-belga, richiamo corredato, tra l'altro, dalla citazione di risalenti sentenze italiane e belghe.

Sempre tra i riferimenti descrittivi o esplicativi possono annoverarsi quelli in cui il diritto comparato si interseca con la enucleazione di un diritto transnazionale: nelle [sentenze n. 393 e 394 del 2006](#), concernenti, rispettivamente, il mutamento dei termini di prescrizione per determinati reati ed alcuni reati elettorali, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, è stata richiamata, «ancorché priva [allora] priva di efficacia giuridica», «per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei»¹⁸.

Infine, sembra che siano da annoverarsi tra i riferimenti descrittivi o esplicativi anche le citazioni tese a rimarcare determinate caratteristiche di sistemi stranieri che li rendono idonei a configurarsi alla stregua di modelli. In proposito, possono menzionarsi due recenti decisioni, ambedue in materia di procreazione medicalmente assistita. La [sentenza n. 162 del 2014](#) (recante la declaratoria di incostituzionalità del divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora fosse stata diagnosticata una patologia che fosse causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili), nell'affrontare il problema del numero delle donazioni, ha suggerito la possibilità di aggiornare le Linee guida emanate dal Ministro della salute, «contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», «eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei (quali, ad

¹⁸ Una logica non lontana è quella che ha animato il riferimento a «l'auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo», presente nella [sentenza n. 49 del 2015](#). A differenza della sentenza di cui nel testo, tuttavia, in quest'ultima l'attenzione verso il diritto transnazionale ha avuto una valenza, non già descrittiva, ma solo ottativa, donde l'inopportunità di inserire il riferimento operato tra quelli presi in considerazione in questa indagine.

esempio, la Francia e il Regno Unito)». Analogamente, la [sentenza n. 96 del 2015](#) (che ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto di ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, con diagnosi preimpianto, per le coppie fertili portatrici di determinate malattie genetiche trasmissibili), nel sollecitare il legislatore a prevedere forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle, non ha mancato di accennare alla possibilità di valorizzare, eventualmente, «le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa».

4.2. I casi di impiego dell'argomento comparatistico da parte della Corte

Le diciassette pronunce sin qui citate rappresentano poco più della metà del totale delle pronunce registrate nel periodo che è stato preso in considerazione. Ed in nessuna di esse, per un motivo o per l'altro, può dirsi che il diritto comparato sia entrato a pieno titolo far parte integrante dell'*iter* argomentativo diretto a sorreggere la decisione assunta dalla Corte. È, dunque, solo nelle quindici decisioni residue che si può parlare di un impiego realmente strumentale all'esercizio della funzione di *jus dicere*.

È chiaro che si sta parlando di un numero estremamente esiguo, se spalmato in (poco più di) un decennio; un numero che, comunque, pare sufficiente per cogliere alcune non *a priori* trascurabili indicazioni e linee di tendenza.

(a) Il diritto comparato come elemento a sostegno della normativa oggetto del giudizio

L'argomento comparatistico è stato utilizzato, in non pochi casi, per rafforzare la base su cui poggiava la normativa oggetto della questione di legittimità costituzionale. A tal riguardo, sono da segnalare diverse decisioni, tutte – non casualmente – di rigetto.

Nella [sentenza n. 250 del 2010](#), avente ad oggetto la previsione del reato di clandestinità, la Corte ha evidenziato che l'analisi comparatistica rivelava come «norme incriminatrici dell'immigrazione irregolare di ispirazione simile, talora accompagnate dalla comminatoria di pene anche significativamente più severe di quella prevista dalla norma scrutinata, [fossero] presenti nelle legislazioni di diversi Paesi dell'Unione europea: e ciò tanto nell'ambito dei Paesi più vicini al nostro per tradizioni giuridiche (quali la Francia e la Germania), che fra quelli di diversa tradizione (quale il Regno Unito)». Nella stessa sentenza, con argomentazione analoga, si è ritenuto «non superfluo» aggiungere che «l'assoggettamento a sanzioni pecuniarie dei fatti di immigrazione irregolare [era] anch'esso tutt'altro che ignoto all'esperienza comparatistica», specificando che «pene pecuniarie, alternative o congiunte alla pena detentiva, [erano] previste, ad esempio, dalle legislazioni tedesca, francese e del Regno Unito; mentre la

legge spagnola contempla[va], per il soggiorno irregolare, la sola sanzione amministrativa pecuniaria». Nell'[ordinanza n. 32 del 2011](#) quest'ultima argomentazione è stata ripresa quasi testualmente.

Nella [sentenza n. 270 del 2010](#), che – insieme con la [sentenza n. 341 del 2007](#) – si segnala per l'ampiezza ed il dettaglio dei riferimenti al diritto straniero, gli specifici riferimenti operati agli ordinamenti francese, tedesco e del Regno Unito sono stati funzionali a confermare quanto emergeva dal quadro normativo interno circa «[l]a rilevanza dei molteplici interessi coinvolti dalle operazioni di concentrazione» concluse dalle imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria, che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, «ai fini della valutazione delle medesime». Come è chiaro, una tale constatazione ha rappresentato uno dei prodromi del percorso argomentativo, che ha poi condotto alla decisione di rigetto.

Indubbiamente meno impegnativa è risultata la citazione contenuta nella [sentenza n. 267 del 2013](#), volta a corroborare la sostenibilità logico-giuridica della scelta di aprire a volontari il Corpo dei vigili del fuoco, stante, tra l'altro, il fatto che «altri ordinamenti – come quello tedesco – hanno attribuito a personale volontario e non professionale un'ampia parte delle attività di protezione civile».

Più significativo è stato il riferimento, avente nuovamente ad oggetto la Germania, contenuto nella [sentenza n. 172 del 2014](#). Nel decidere sulla denuncia di indeterminatezza della norma incriminatrice dello *stalking*, la «enunciazione sintetica» per cui il legislatore italiano ha optato (al pari, del resto, dei suoi omologhi «nella gran parte dei Paesi dove è stata adottata una normativa» *ad hoc*) è uscita sicuramente rafforzata, sul piano della compatibilità con i principi costituzionali, dalla constatazione secondo cui «anche in un ordinamento come quello tedesco, in cui si è scelto di enumerare le ipotesi di persecuzione [...], l'elenco non è tassativo, ma prevede una clausola di chiusura “ad analogia esplicita”, che attrae nel perimetro della rilevanza penale, oltre alle condotte puntualmente tipizzate, anche ogni “altro comportamento assimilabile”».

Un'ultima decisione in cui l'argomento comparatistico è stato rivolto a rafforzare la disciplina oggetto del giudizio merita di essere segnalata. È la [sentenza n. 341 del 2007](#), in tema di anatocismo bancario, nella quale è stata inserita una enunciazione piuttosto analitica dello stato del diritto in Francia, Germania, Regno Unito e Spagna (nonché un accenno ad Austria e Belgio), al fine di evidenziare come la divaricazione in essi presente tra la disciplina bancaria e la disciplina civilistica dell'anatocismo rendesse l'ordinamento italiano peculiare. Anche in virtù di questa sua posizione, poteva quindi giustificarsi

l'opera del legislatore delegato che, nell'adeguarsi al diritto dell'Unione europea, aveva proceduto a rafforzare i caratteri di specialità dell'anatocismo bancario, e quindi ad omogeneizzare il diritto italiano a quello degli altri paesi europei.

(b) *La comparazione e l'enucleazione dell'inadeguatezza della normativa oggetto del giudizio*

Passando ad un altro tipo di impiego del diritto comparato, vengono in rilievo le invocazioni del diritto straniero che hanno avuto l'obiettivo di mettere in luce (*recte*, che hanno contribuito a mettere in luce) le inadeguatezze del diritto italiano. Al riguardo, il paradigma è individuabile nella [sentenza n. 293 del 2010](#), recante la declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni sull'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico, nella quale la Corte non ha mancato di rilevare che «[i]l legislatore avrebbe potuto [...] disciplinare in modi diversi la materia, ed anche espungere del tutto la possibilità di acquisto connesso esclusivamente a fatti occupatori, garantendo la restituzione del bene al privato, *in analogia con altri ordinamenti europei*»¹⁹.

Di tenore analogo è stata la precisazione contenuta nella [sentenza n. 10 del 2015](#), là dove si è rilevato – ancora nell'ottica di una declaratoria di illegittimità costituzionale – che, «al di là della denominazione di “addizionale”», la c.d. «*Robin Hood Tax*» costituiva «una “maggiorazione d'aliquota” dell'IRES, applicabile ai medesimi presupposto e imponibile di quest'ultima e non, come [era] avvenuto in altri ordinamenti, come un'imposta sulla redditività».

Nella medesima categoria può essere inserita, peraltro, anche la declaratoria di manifesta inammissibilità di cui all'[ordinanza n. 16 del 2006](#), motivata dalla impossibilità per la Corte di corrispondere al *petitum* dell'ordinanza di rimessione senza sovrapporsi alle scelte discrezionali del legislatore. Nella pronuncia, vertente sulla disciplina dell'esercizio del diritto di revoca del difensore e della facoltà di rinuncia al mandato difensivo nel procedimento penale, si è evidenziata la necessità di un intervento legislativo che potesse arginare il «patologico abuso» delle possibilità offerte dal diritto vigente, «abuso a prevenire e reprimere il quale altri ordinamenti conoscono specifici istituti, idealmente volti ad assicurare che le garanzie difensive vivano e si sviluppino pienamente all'interno del processo, ma nei limiti in cui non degradino a meri strumenti di paralisi o di ritardo, nell'ottica cioè di una difesa nel processo e non dal processo».

(c) *Il diritto comparato invocato a suffragio della soluzione adottata dalla Corte*

¹⁹ Enfasi aggiunta.

In un altro gruppo di pronunce, il peso del diritto comparato si è avvertito in maniera ancor più forte. Si tratta, in special modo, di quelle sentenze in cui il riferimento al diritto straniero è andato a suffragare direttamente la scelta operata dalla Corte. Ciò è avvenuto secondo diverse modalità.

In un caso, l'analisi svolta dalla Corte è giunta a dimostrare l'assenza di soluzioni condivise nel panorama comparatistico, donde l'impossibilità di dedurre dall'osservazione degli ordinamenti stranieri argomenti concludenti. La [sentenza n. 138 del 2010](#), in tema di riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, è, al riguardo, doppiamente eloquente: per un verso, nella parte in cui ha dichiarato inammissibile la questione sotto il profilo dell'asserita violazione dell'art. 2 Cost., adducendo tra l'altro che, a suffragio della sussistenza di un'ampia discrezionalità del Parlamento in materia, «[era] sufficiente l'esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che [fino a quel momento avevano] riconosciuto le unioni [omosessuali] per verificare la diversità delle scelte operate»; per altro verso, ma in maniera del tutto analoga, anche da un punto di vista motivazionale, nella sentenza si è dichiarata l'inammissibilità della questione basata sull'art. 117, primo comma, Cost., adducendo, come «ulteriore riscontro», quanto emergente «dall'esame delle scelte e delle soluzioni adottate da numerosi Paesi che [avevano] introdotto, in alcuni casi, una vera e propria estensione alle unioni omosessuali della disciplina prevista per il matrimonio civile oppure, più frequentemente, forme di tutela molto differenziate e che [andavano], dalla tendenziale assimilabilità al matrimonio delle dette unioni, fino alla chiara distinzione, sul piano degli effetti, rispetto allo stesso».

In un altro caso, lo sguardo verso altri sistemi europei è stato funzionale ad escludere l'esistenza di vincoli derivanti dal diritto dell'Unione europea, ciò che ha portato a privare di fondamento la denuncia di un ipotetico contrasto tra fonti interne e fonti sovranazionali. Il riferimento va alla [sentenza n. 102 del 2008](#), in tema di imposte di soggiorno, relativamente alle quali la Corte ha osservato come non sussistesse una specifica normativa comunitaria, tanto che la denuncia di incostituzionalità dell'imposta prevista nella legislazione regionale sarda si scontrava, sul punto, con la circostanza che tali imposte fossero o fossero state previste «dalla legislazione di vari Stati dell'Unione europea»: «ad esempio», «la *Kurtaxe* tedesca; la *taxe de séjour* francese; l'*impuesto sobre las estancias en empresas turísticas de alojamiento* già vigente nella Comunità autonoma delle Isole Baleari; l'*impôt sur les chambres d'hôtels et de pensions* a Bruxelles».

Ancora, il diritto comparato è stato talora utilizzato per corroborare la posizione,

evidentemente non incontrastata, che la Corte costituzionale ha adottato in merito all'interpretazione del diritto vigente. Due decisioni meritano di essere in proposito menzionate. La prima è la [sentenza n. 13 del 2012](#), inerente all'ammissibilità del *referendum* abrogativo della legge elettorale per le Camere, segnatamente per ciò che atteneva alla asserita reviviscenza – in caso di abrogazione della norma abrogatrice – della normativa previgente. Onde escludere questo fenomeno, si è utilizzato, tra gli altri, l'argomento secondo cui «anche in altri ordinamenti (quali ad esempio quello britannico, francese, spagnolo, statunitense e tedesco) il ripristino di norme a seguito di abrogazione legislativa non è di regola ammesso, salvo che sia dettata una espressa previsione in tal senso: ciò in quanto l'abrogazione non si limita a sospendere gli effetti di una legge, ma toglie alla stessa efficacia *sine die*».

Non meno dibattuto è stato il secondo caso da passare in rassegna, concernente la già ricordata [sentenza n. 10 del 2015](#), in cui, al fine di giustificare l'esercizio del potere di modulazione nel tempo degli effetti della pronuncia di incostituzionalità, la Corte ha evidenziato 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».

(d) *L'utilizzo della giurisprudenza costituzionale straniera come precedente*

Un utilizzo ancora diverso, ma non meno significativo, del diritto comparato si è affacciato in tempi recenti, quando la Corte costituzionale, in due occasioni, ha operato richiami circostanziati a pronunce di altre corti, quasi ad evocarle in guisa di precedenti (*scil.*, dal valore puramente persuasivo).

Emblematico, al riguardo, è quanto si legge nella [sentenza n. 1 del 2014](#), recante la dichiarazione di illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge elettorale per il Parlamento: «[i]n ordinamenti costituzionali omogenei a quello italiano, nei quali pure è contemplato [il principio di eguaglianza del voto] e non è costituzionalizzata la formula elettorale, il giudice costituzionale ha espressamente riconosciuto, da tempo, che, qualora il legislatore adotti il sistema proporzionale, anche solo in modo parziale, esso genera nell'elettore la legittima aspettativa che non si determini uno squilibrio sugli effetti del voto, e cioè una diseguale valutazione del “peso” del voto “in uscita”, ai fini dell'attribuzione dei seggi, che non sia necessaria ad evitare un pregiudizio per la

funzionalità dell'organo parlamentare (BVerfGE, [sentenza 3/11 del 25 luglio 2012](#); ma v. già la sentenza n. 197 del 22 maggio 1979 e la sentenza n. 1 del 5 aprile 1952)».

Non meno esplicito è stato il riferimento contenuto nella [sentenza n. 170 del 2014](#), con la quale si è dichiarata l'incostituzionalità della previsione dell'automatico scioglimento del matrimonio in conseguenza della sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi: la Corte, nel constatare il coinvolgimento, da un lato, dell'interesse dello Stato «a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio» e, dall'altro lato, dell'interesse della coppia «a che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro [...] non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere», ha poi precisato che «in tal ultimo senso si [erano] indirizzate le pronunce della Corte costituzionale austriaca – VerfG 8 giugno 2006, n. 17849 – e della Corte costituzionale tedesca BVerfG, 1° Senato, ord. 27 maggio 2008, BvL 10/05».

(e) *L'argomento comparatistico come componente essenziale di una (futura) decisione*

Tra tutte le pronunce rese nel periodo preso in considerazione in queste pagine, sembra comunque la [sentenza n. 120 del 2014](#) quella in cui il diritto comparato ha assunto il maggior rilievo nell'economia complessiva dell'argomentazione. Rifacendosi ad una giurisprudenza risalente agli anni ottanta ([sentenza n. 154 del 1985](#)), la Corte ha confermato l'insindacabilità dei regolamenti parlamentari in sede di giudizio di legittimità costituzionale, giungendo nella specie ad una declaratoria di inammissibilità della questione posta nei confronti della normativa che fondava l'autodichia del Senato. La sentenza si è segnalata per un aspetto senza dubbio innovativo, consistente nella apertura fatta dalla Corte verso un possibile sindacato della normativa in sede di conflitto tra poteri dello Stato, al punto che la sentenza poteva essere letta come una anomala restituzione degli atti al giudice *a quo*, affinché valutasse l'opportunità di promuovere il conflitto²⁰. A questo punto si è inserito l'argomento di diritto comparato, con cui si è sottolineato che in ordinamenti culturalmente vicini al nostro, quali quelli di Francia, Germania, Regno Unito e Spagna, «l'autodichia sui rapporti di lavoro con i dipendenti e sui rapporti con i terzi non è più prevista». L'importanza di questo riferimento non può essere sottovalutata, pur non potendosi ovviamente contestare l'assenza di una sua impegnatività *pro futuro*.

²⁰ Per questa lettura, sia consentito rinviare, tra gli altri, a P. PASSAGLIA, *Autodichia ed insindacabilità dei regolamenti parlamentari: stare decisis e nuovi orizzonti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 2110 ss.

È significativo, in particolare, che le anticipazioni sul merito di un possibile futuro conflitto interorganico siano partite proprio da questo: lungi dall'essere un mero *argumentum ad abundantiam* rispetto ad un *iter* logico-motivazionale che si era costruito e si era sviluppato *a prescindere* dal diritto comparato, in questo caso, la collocazione dell'accenno, immediatamente successiva all'evocazione della «“grande regola” dello Stato di diritto», poteva quasi suggerire l'idea che si fosse dedotta dall'osservazione degli altri ordinamenti costituzionali una concretizzazione di tale «grande regola», o meglio del suo inveramento a seguito di una evoluzione che, in Italia, ancora non si era compiuta. L'attenzione alla dimensione evolutiva è stata resa ulteriormente manifesta da quell'avverbio («*più*»), che è andato ad indicare l'avvenuto passaggio da una fase in cui l'autodichia era riconosciuta ad una in cui è stata eliminata, quasi a voler testimoniare l'ineluttabilità di un passaggio che le grandi democrazie europee hanno tutte compiuto, sia pure in momenti diversi.

5. Osservazioni sparse originate dalle evidenze empiriche

La rassegna che si è fin qui condotta si presta – almeno, così pare – ad alcune osservazioni circa l'uso che la Corte costituzionale fa della comparazione. Osservazioni che, per quanto prive di un carattere sistematico, si ritiene che non siano scevre di un qualche interesse, se non altro al fine di tratteggiare alcune conclusioni per lo studio che si è intrapreso.

5.1. L'oggetto e la finalità dei riferimenti comparatistici

Cosa si cita? e perché lo si cita?

La risposta a questi due interrogativi, sebbene si muova su un pendio scivoloso, vista la limitatezza dei riscontri empirici ottenuti, appare comunque di non poco momento, giacché emergono, nel decennio (o poco più) qui preso in esame, alcune indicazioni che meritano almeno una menzione.

Un primo aspetto da evidenziare concerne il tipo di citazioni, che, quando non sono assolutamente generiche (riferendosi, ad esempio, ad «altri paesi»), presentano un livello di specificazione comunque assai modesto, sostanziandosi per lo più nell'identificazione degli ordinamenti presi in considerazione, senza aggiungere alcunché in ordine al tipo di fonte rilevante e/o al momento in cui le soluzioni ad essi riferite sono invalse. Ci sono, come accennato, eccezioni a questo *standard*, ma si tratta, appunto, di eccezioni, nel vero senso del termine. E, per le poche volte in cui le eccezioni si rintracciano, non può non

stupire che le citazioni di costituzioni straniere siano del tutto assenti, a beneficio – al più – dei richiami a qualche disposizione di legge e/o a qualche pronuncia giurisdizionale. La totale assenza di riferimenti alle elaborazioni dottrinali non può stupire, evidentemente, stante la radicale esclusione in generale di questo tipo di riferimenti.

Per quel che attiene agli ambiti oggettivi nei quali le citazioni sono presenti, si constata una prevalenza di richiami là dove la Corte giudica di diritti soggettivi, piuttosto che di aspetti organizzativi: è, questo, probabilmente il riflesso della maggiore immediatezza del confronto tra normative di diversi ordinamenti; una immediatezza che inevitabilmente è più arduo da rintracciare allorché si affrontino tematiche connesse all'organizzazione dei poteri o al riparto di attribuzioni tra livelli di governo.

Altro elemento su cui soffermarsi è dato dagli ordinamenti che vengono menzionati in chiave comparatistica. Tra tutti, il più frequentemente citato è – sulla base di quanto riscontrato – quello tedesco, ma anche le menzioni di quello francese, di quello spagnolo e di quello del Regno Unito sono statisticamente molto frequenti, ovviamente in rapporto al numero esiguo di decisioni in cui alla specificazione dei sistemi stranieri si addiviene²¹. Più sporadiche sono le citazioni riferite all'Austria. Solo episodici sono, infine, i riferimenti a Portogallo, Belgio e Stati Uniti. Da questo elenco emerge con chiarezza la netta preferenza per i riferimenti europei, ciò che, del resto, trova riscontro anche nell'evocazione generica di «ordinamenti europei» presente in diverse pronunce²².

Non è un caso, in effetti, che la maggioranza dei riferimenti si inserisca in ambiti nei quali si pongono questioni (anche) di rapporti tra ordinamento nazionale ed ordinamento/i sovranazionale/i: chiaramente, la spinta alla comparazione si rafforza allorché si avverta la necessità di una tendenziale comunanza tra ordinamenti, tutti soggetti al primato del diritto dell'Unione europea o, comunque, chiamati al rispetto delle norme tratte dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La marginalizzazione di un ordinamento dalla forte vocazione a porsi come modello, quale è indiscutibilmente quello statunitense, può spiegarsi proprio alla luce di questo tipo di interessi prettamente «continentali», i quali, a loro volta, offrono una chiave di lettura non trascurabile in ordine alle finalità della comparazione. Osservando la

²¹ La preminenza di questi quattro ordinamenti è lungi dal potersi dire casuale, potendo essa discendere sia dalla loro – ovvia – importanza nel panorama comparatistico sia dalla presenza, in seno all'Area di diritto comparato del Servizio studi e massimario della Corte, di quattro ricercatori provenienti proprio da questi ordinamenti, ed incaricati di monitorarne l'attualità costituzionale e di svolgere ricerche puntuali su di essi (oltre che sugli Stati Uniti).

²² Per qualche esempio, v. *supra*, par. 3.

giurisprudenza della Corte costituzionale, infatti, sembra di poter dedurre che il ricorso alla comparazione è solo in parte finalizzato all'individuazione di modelli da cui trarre spunto; è più marcata, semmai, la tendenza a verificare lo stato del diritto negli altri (grandi) paesi dell'Unione europea o del Consiglio d'Europa, al fine di valutare il grado di rispondenza dell'ordinamento italiano agli *standards* sovranazionali e, eventualmente, l'opportunità di procedere ad una omogeneizzazione rispetto ad essi. Una comparazione, dunque, meno «culturale» e più «utilitaristica», per così dire, che pare venire sollecitata principalmente dall'incedere del processo di integrazione europea.

5.2. L'approccio diacronico: una tendenza al rafforzamento dell'argomento comparatistico?

Si è più volte messo in luce il numero incontestabilmente limitato dei riferimenti di diritto comparato che compaiono nella giurisprudenza della Corte costituzionale del periodo compreso tra il gennaio 2005 ed il giugno 2015. Le 32 pronunce registrate parrebbero, in effetti, un dato talmente basso da rendere velleitario qualunque sforzo di analisi quantitativa.

Se, tuttavia, si adotta una prospettiva diacronica, qualche indicazione pare che possa comunque emergere, segnatamente in relazione ad una pur timida tendenza all'aumento del ricorso alla comparazione: nel 2014, infatti, il numero di decisioni rilevanti è stato pari a 7, cioè il valore più elevato del periodo esaminato, seguito dalle 5 del 2010 e dalle 4 del 2006 e del 2011; aggregando più anni, si può constatare che nel quinquennio 2005-2009 le decisioni sono state soltanto 9²³, mentre nei successivi cinque anni e mezzo il numero è salito a 23²⁴. Questa tendenza al rafforzamento dell'argomento comparatistico si apprezza in maniera ancor più nitida prendendo in considerazione soltanto le 15 decisioni recanti quelli che si sono individuati come i riferimenti più pregnanti²⁵: ebbene, lo iato tra i due periodi presi in esame si accresce, giacché alle sole 3 decisioni degli anni 2005-2009²⁶ fanno riscontro le 12 del periodo compreso tra il 2010 ed il primo semestre 2015²⁷.

Certo, con numeri così modesti, è forse un po' azzardato formulare ipotesi che possano ambire ad una qualunque generalizzazione, ciò nondimeno la quadruplicazione dei

²³ Alle 4 del 2006, si aggiungono le 2 del 2009 e 1 decisione per anno relativamente al 2005, al 2007 ed al 2008.

²⁴ Oltre alle decisioni degli anni 2010, 2011 e 2014, vengono in rilievo le 3 del 2013 e le 2 del 2012 e del primo semestre del 2015.

²⁵ Quelli, cioè, che si sono passati in rassegna *supra*, al par. 4.2.

²⁶ Trattasi, più in particolare, di 1 decisione ciascuno per il 2006, per il 2007 e per il 2008.

²⁷ Di cui 4 nel 2010 e nel 2014 ed 1 ciascuno nel 2011, nel 2012, nel 2013 e nei primi mesi del 2015.

riferimenti cui si assiste nel confronto tra i due segmenti temporali isolati non sembra che possa essere semplicemente derubricata ad una casualità, essendo più probabilmente il sintomo di una effettiva linea di tendenza ad ogni modo delineabile, salva ovviamente la necessità di cercare, nel prossimo futuro, ulteriori riscontri. E salva, però, anche la possibile obiezione concernente l'impatto che sull'uso della comparazione può avere (avuto) la sensibilità dei giudici, su cui è il caso di spendere, a questo punto, qualche parola.

5.3. *L'elemento personale. Does it really matter?*

Un aspetto per certi versi complementare rispetto a quello che si è appena sopra esaminato attiene ai giudici relatori nelle cause e redattori delle decisioni recanti riferimenti comparatistici. A partire dal gennaio 2005, sono stati 34 i giudici avvicendatisi nel collegio della Corte²⁸, ed i giudici che sono stati direttamente coinvolti nell'istruzione e/o nella redazione delle pronunce che sono state qui registrate sono stati 17, 10 dei quali hanno redatto almeno una delle decisioni in cui l'argomento comparatistico ha avuto un impatto di particolare momento.

Il dato parrebbe, già di per sé, suggerire una certa «diffusione» dell'uso della comparazione, se non fosse che, scorporando il dato aggregato, si deve constatare che un componente del collegio, il giudice Giuseppe Tesauro, è stato relatore (ed estensore della decisione) in ben 7 casi su 32 (ed in 3 sui 15 più rilevanti); per gli altri, l'utilizzo è stato molto più episodico: i più impegnati sul versante comparatistico sono stati il giudice Sabino Cassese ed il giudice Alessandro Criscuolo, con 3 decisioni (di cui 2 comprese tra le 15 di maggior impatto, per il primo, ed una per il secondo); il giudice Giovanni Maria Flick è stato relatore in 3 casi, ma redattore in 2 (con una decisione tra quelle più rilevanti)²⁹; di 2 decisioni sono stati redattori (e relatori) anche i giudici Alfonso Quaranta³⁰ (nessuna delle decisioni da lui redatte è però risultata di particolare importanza sul piano comparatistico), Paolo Maria Napolitano (ambidue le decisioni sono state inserite tra le più significative), Paolo Grossi (nessuna delle due, peraltro, di forte impatto sul piano comparatistico), Marta Cartabia (con entrambe le decisioni rientranti tra le 15

²⁸ Il dato – non lo si può non ammettere – è estremamente grossolano, giacché prende in considerazione anche giudici il cui mandato è coinciso solo in minima parte con il decennio esaminato (ad esempio, il Presidente Valerio Onida ed il Vicepresidente Carlo Mezzanotte sono stati computati, anche se il loro mandato ha avuto termine il 30 gennaio 2005). Pur nella sua grossolanità, il dato appare sufficientemente indicativo, almeno ai fini assai particolari qui perseguiti.

²⁹ Nella [sentenza n. 393 del 2006](#), si è dato espressamente conto che il giudice Flick è stato «sostituito per la redazione della sentenza dal Giudice Alfonso Quaranta».

³⁰ Il dato è il frutto anche della sostituzione citata nella nota precedente.

più rilevanti) e Mario Rosario Morelli (con una decisione tra quelle di maggior momento). Per tutti gli altri, ci si è fermati ad una sola decisione, che, oltretutto, soltanto in tre casi (quelli dei giudici Franco Gallo, Giuseppe Frigo e Giuliano Amato), è stata annoverata tra quelle più importanti in ordine all'uso del diritto comparato³¹.

Alla luce di questi dati, anche tenendo conto che il 2014 è stato indiscutibilmente l'«anno d'oro» del diritto comparato nella giurisprudenza costituzionale italiana, potrebbe forse instillarsi il dubbio circa la possibilità che la tendenza allo sviluppo si consolidi, stante la circostanza che, proprio sul finire dello scorso anno, hanno terminato il loro mandato sia il giudice Tesauro che il giudice Cassese, vale a dire i due giudici che, dal 2010, stando almeno al dato puramente numerico, avevano mostrato una sensibilità più spiccata degli altri per l'utilizzo del diritto straniero nell'ottica comparatistica.

I prossimi mesi diranno se i valori elevati di questi due giudici siano stati il frutto di determinazioni soggettive; sin da ora, tuttavia, il principio di collegialità che anima la Corte costituzionale fa propendere per una diversa prognosi, che affonda le sue radici nella constatazione secondo cui i giudici (apparentemente) «più attivi» sul piano comparatistico si sono trovati sovente ad affrontare questioni a forte vocazione comparatistica. Altrimenti detto, più che della sensibilità personale, lo sbilanciamento registrato parrebbe il frutto della casualità in virtù della quale alcuni giudici più di altri si sono trovati a decidere questioni sulle quali il diritto comparato poteva avere un ruolo e dunque meritava di essere preso in esame.

5.4. La scaturigine dei riferimenti ed il peso della comparazione implicita

Le riserve appena sopra formulate in relazione alle conseguenze del mutamento del collegio giudicante potrebbero trovare linfa dall'assenza di patenti smentite, assenza veicolata soprattutto dalla constatazione della estrema difficoltà incontrata nel rintracciare nessi eziologici che possano spiegare l'impiego o meno della comparazione in un dato giudizio. Tanto che non pare che possa escludersi *a priori* che la variabile fondamentale del ricorso alla comparazione finisca per essere proprio la sensibilità del giudice incaricato di istruire la causa e, eventualmente, di redigere la decisione.

In tal senso, ad esempio, la giurisprudenza dello scorso decennio indica chiaramente che non sussiste una corrispondenza biunivoca tra l'evocazione dell'argomento comparatistico da parte dei giudici rimettenti o delle parti (ricorrenti, resistenti o costituite) o degli intervenienti ed il suo successivo utilizzo da parte della Corte

³¹ A riscontro di quanto esposto nel testo, v. l'elencazione riportata *supra*, nota 17.

costituzionale. Sono, anzi, molteplici i casi in cui la Corte è sembrata ignorare l'argomento, anche quando esso assumeva uno spazio niente affatto secondario nell'economia degli atti introduttivi o degli scritti introduttivi.

Se, in talune fattispecie, a fondamento della discrasia può porsi la constatazione da parte della Corte dei vizi nell'instaurazione del giudizio che precludevano una pronuncia di merito, ciò che rendeva vana la gran parte delle argomentazioni utilizzate a fondamento della questione posta³², non mancano casi nei quali la pronuncia di merito non ha preso in considerazione i riferimenti di diritto comparato. E questa dinamica non può sempre farsi rientrare nella logica dell'assorbimento dei vizi (e, *a fortiori*, degli argomenti), giacché essa si rintraccia sia in decisioni di accoglimento³³ che in decisioni di rigetto³⁴.

Il punto è, però, che queste stesse considerazioni si muovono su un terreno quanto mai scivoloso, per la semplice ragione che la mancata citazione nel corpo della decisione non può in alcun modo condurre a ritenere che l'argomento di diritto comparato non sia stato preso in considerazione. Altrimenti detto, se la presenza del riferimento è concludente, alla sua assenza non si può dare una analoga valenza, giacché ben può darsi che la Corte, nella sua libertà di selezionare gli argomenti su cui impostare la propria pronuncia, abbia ritenuto che la comparazione non offrisse spunti degni di rilievo, o comunque che tali spunti non fossero decisivi oppure non fossero tali da corroborare in maniera significativa la motivazione.

A suffragio di questa conclusione, può consultarsi la sezione del sito *web* della Corte costituzionale³⁵ dedicata a «Studi e ricerche di diritto comparato»³⁶, nella quale figurano diverse delle ricerche curate, a partire dal 2007, dall'Area di diritto comparato del Servizio studi e massimario, a complemento dell'istruttoria svolta dagli assistenti dei giudici relatori in alcuni giudizi³⁷. Dall'elenco emerge che, in un buon numero di casi in

³² A titolo meramente esemplificativo, può citarsi la [sentenza n. 345 del 2005](#), sulla riduzione della durata dei certificati complementari di protezione per i prodotti medicinali.

³³ Il riferimento è, ancora ad esempio, alla [sentenza n. 325 del 2010](#), concernente la disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, o alla [sentenza n. 262 del 2009](#), sul c.d. «lodo Alfano».

³⁴ Si pensi alla [sentenza n. 172 del 2006](#), in tema di esercizio delle azioni revocatorie in costanza di un programma di ristrutturazione dell'impresa sottoposta ad amministrazione straordinaria.

³⁵ Sul rilievo che il sito *Internet* ha assunto nella vita dell'istituzione, v., ora, P. COSTANZO, [La Corte costituzionale come "nodo" della Rete](#), in questa [Rivista](#), 2015/I (20 aprile 2015), spec. 274 ss.

³⁶ Cfr. la pagina www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_1123.do.

³⁷ Questo tipo di ricerche è solo una componente – per quanto, probabilmente, la più «visibile» – delle funzioni svolte dall'Area di diritto comparato, dall'analisi della cui attività – tra l'altro – potrebbero trarsi spunti ulteriori spunti in ordine all'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte, soprattutto in sede non direttamente giurisdizionale. Una componente di queste attività, e cioè la cura, con cadenza mensile, di un *Bollettino di informazione sull'attualità giurisprudenziale straniera*, è resa pubblica sul sito *web* dell'istituzione.

cui le decisioni della Corte recano riferimenti di diritto comparato, la Corte si è avvalsa dell'attività della struttura interna deputata alla comparazione; al contempo, però, non sono pochi i lavori presenti sul sito che non trovano riscontri espliciti nelle pronunce. Eppure, se lavori del genere sono stati compiuti, ciò significa che i giudici li hanno commissionati o, almeno, che li hanno potuti prendere in esame. Se traccia nelle decisioni non ne è rimasta, è lecito dedurre che gli stessi giudici, magari anche alla luce delle dinamiche della discussione in sede di camera di consiglio, non abbiano ritenuto utile trasfondere nella pronuncia le acquisizioni derivanti dalla loro lettura.

Anche questo, in fondo, è un esito affatto corrispondente alla funzione che della comparazione deve essere propria, nel contesto del *decision-making*. Di esempi a suffragio di questa conclusione potrebbero prospettarsene molteplici.

Paradigmatica è, probabilmente, la vicenda giurisprudenziale collegata alla precitata [sentenza n. 250 del 2010](#), sul reato di clandestinità.

In pari data, la [sentenza n. 249 del 2010](#) ha dichiarato la illegittimità costituzionale della disposizione recante la circostanza aggravante comune per i fatti commessi dal colpevole «mentre si trova[va] illegalmente sul territorio nazionale». Come è chiaro, le due decisioni erano strettamente legate, nonostante i relatori delle due cause (e redattori delle sentenze) fossero diversi³⁸. Come risulta dal sito *web* della Corte, l'Area di diritto comparato aveva curato una ricerca di tenore generale sulla disciplina della immigrazione irregolare³⁹, come tale suscettibile di impiego in entrambe le decisioni. La circostanza che la ricerca sia stata «utilizzata» *ex professo* in una decisione non può evidentemente implicare un mancato utilizzo in relazione all'altra. Anzi, il contesto porta a ritenere pressoché scontato l'avvenuto impiego in entrambe: il *discrimen* tra riferimenti espliciti e riferimenti impliciti, almeno in questo caso specifico, si appalesa veramente molto tenue.

6. Una conferma, un dubbio ed un auspicio (appunti conclusivi)

Le osservazioni che, avvalendosi dei dati empirici raccolti, si sono andate formulando offrono l'occasione per alcune riflessioni ulteriori, con le quali concludere questo breve

³⁸ Relatore della causa e redattore della [sentenza n. 249 del 2010](#) è stato il giudice Gaetano Silvestri, mentre per la [sentenza n. 250](#), incaricato dell'istruzione e della redazione è stato il giudice Giuseppe Frigo.

³⁹ Cfr. P. PASSAGLIA (a cura di), *La disciplina dell'immigrazione irregolare*, giugno 2009, www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_La_disciplina_immigrazione_irregolar_e_12012010.pdf.

scritto. Riflessioni che, schematicamente, possono essere esposte in forma sintetica attraverso tre brevi asserzioni.

La prima è che i rilievi da ultimo mossi, soprattutto sulla scaturigine del riferimento al diritto comparato e sulla probabilità – tutt'altro che remota – che la comparazione non venga esplicitata, confermano quanto *in limine* si era ritenuto di dover precisare con riguardo alla non conclusività di uno studio basato sui riferimenti contenuti nelle pronunce. È indiscutibile, infatti, che la Corte costituzionale utilizzi il diritto comparato *più* di quanto risulti dalle sue decisioni (*rectius*, dalla parte in *diritto* delle stesse). Il punto è che non è dato sapere quale effettivamente sia il rapporto tra ciò che viene espresso e ciò che resta implicito. In astratto, si potrebbe anche immaginare che i riferimenti espliciti fossero semplicemente la punta di un *iceberg* molto grande, alimentato da un costante richiamo da parte dei giudici, per quasi tutte le cause, a ciò che avviene al di là delle frontiere nazionali. L'immagine può essere verisimile, ma è più probabile che sia permeata dell'inguaribile ottimismo di un ipotetico comparatista panglossiano. Se è irrealistico, quindi, che il diritto comparato sia uno strumento costantemente utilizzato, già dall'elenco dei lavori dell'Area di diritto comparato che compaiono sul sito della Corte (senza tener conto della circostanza che diversi altri lavori da essa effettuati non sono al momento disponibili al pubblico) sembra potersi suffragare l'impressione che l'argomento comparatistico sia preso in considerazione con una certa assiduità, almeno per le questioni più significative.

A questo punto, però, non può che ribadirsi la centralità del dubbio che si è poc'anzi sollevato, inerente al peso che la sensibilità di ogni giudice ha sulla scelta circa l'*an* del ricorso alla comparazione. Soltanto il consolidamento della tendenza all'aumento dei riferimenti o, viceversa, la sua smentita, nei prossimi anni potranno, forse, chiarire i termini dell'incertezza in ordine a quale sia effettivamente sia il maggiore catalizzatore dell'impiego del diritto comparato, e cioè se esso sia il frutto di scelte in larga misura individuali ovvero se esso sia, come si è ritenuto di poter suggerire, il segno dei tempi.

Nell'attesa di poter aggiornare con nuove evidenze empiriche la ricerca che si è condotta, non resta che formulare l'auspicio che l'argomento comparatistico, anche nella giurisprudenza della Corte italiana (al pari di ciò che avviene in molte altre corti, specie di paesi di *common law*), esca finalmente da una logica che molto assomiglia a quella del minimo mezzo: nel rendere l'argomentazione il più trasparente possibile, infatti, la comprensione delle pronunce trarrebbe probabilmente un significativo beneficio dalla circostanza di potersi avvalere dall'esplicitazione dei riferimenti comparatistici che il

collegio ha avuto presenti. E ciò non solo nel senso di menzionare l'*an* dell'avvenuto utilizzo della comparazione, ma anche – e, per certi versi, soprattutto – nel senso di precisare meglio istituti, disposizioni e pronunce prese in considerazione. La verificabilità dell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte ne uscirebbe, in effetti, sicuramente rafforzata. E, con essa, almeno a lungo andare, verrebbe significativamente corroborata la funzione della comparazione come strumento sempre più imprescindibile dell'agire giuridico.

Una funzione che, non a caso, è stata di recente affermata con forza da parte dell'allora Presidente della Corte, Gaetano Silvestri, in una sede tanto «impegnativa» quanto il XVI Congresso della *Conférence des Cours constitutionnelles européennes*, con riferimento alla «*fertilisation réciproque*» tra le corti costituzionali⁴⁰, il cui flusso crescente⁴¹ autorizza a ritenere che «*le processus de communication "horizontale" recèle un fort potentiel dans lequel les Cours individuelles devraient continuer à puiser dans les années à venir*»⁴².

Quale che sia l'idea che si abbia dell'utilizzo della comparazione da parte della Corte costituzionale, non può non riconoscersi quanto sia significativo, in relazione al dubbio che si è sopra riproposto, che queste parole siano state pronunciate da un giudice che, stando al mero dato oggettivo dei riscontri empirici, non dovrebbe risultare tra quelli «sensibili» alla comparazione.

⁴⁰ Cfr. G. SILVESTRI, *Troisième session du XVI^e Congrès – Introduction, Rapport général*, XVI^e Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Vienna (12-14 maggio 2014), 121: «[L]'influence mutuelle entre Cours constitutionnelles [...] s'inscrit maintenant dans des circuits de communication directs et horizontaux.

«Il s'agit d'un processus de "fertilisation" réciproque qu'il faut désormais intégrer de manière adéquate dans la jurisprudence des cours et tribunaux constitutionnels des États européens; on en discerne toutefois les premiers signes prometteurs dans les décisions rendues par les organes de la justice constitutionnelle, lesquelles se réfèrent à des arrêts prononcés par d'autres juridictions constitutionnelles». Il rapporto generale è consultabile on line alla pagina www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-kongress/fr/downloads/Generalbericht+Beitraege.pdf.

⁴¹ Lo stesso Presidente Silvestri ha sottolineato «*une tendance croissante ces dernières années à utiliser des références réciproques qui concernent des questions cruciales telles que la protection des droits fondamentaux et la limitation de la perte de souveraineté des États due au droit européen, notamment pour ce qui touche le rôle des parlements ou les expressions de la souveraineté des peuples des États membres individuels*» (ivi, 122).

⁴² *Ibidem*.