



**G. ROMEO, L'ARGOMENTAZIONE COSTITUZIONALE DI COMMON LAW,
TORINO, GIAPPICHELLI, 2020**

L'ARGOMENTAZIONE COSTITUZIONALE DI *COMMON LAW*
(SPUNTI A PARTIRE DAL VOLUME DI GRAZIELLA ROMEO)*

NICOLÒ ZANON**

1. Costituisce un pregio non particolarmente diffuso e frequente – riservato alla letteratura giuridica “colta”, se è lecito usare questa espressione – quello di saper cogliere la identità e la natura di una o più tradizioni giuridiche, attraverso lo studio delle forme che assume il ragionamento costituzionale (*constitutional reasoning*), quello in uso presso le corti supreme o costituzionali di un determinato ordinamento, ma anche quello della relativa dottrina accademica.

In questo, la monografia di Graziella Romeo (*L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020) è un'operazione culturale di rilievo, proprio perché ha l'obiettivo di identificare alcuni elementi essenziali della *tradizione giuridica di common law*, nonché di stabilire come essi influiscono sui modi di essere del discorso costituzionale e, dunque, anche sull'interpretazione degli stessi testi costituzionali.

Nel caso degli ordinamenti di *common law* presi in esame (Stati Uniti e Regno Unito, come è ovvio, ma anche Irlanda, Nuova Zelanda, Australia e Canada), l'aspetto essenziale di cui tenere conto è un ambiente giuridico profondamente legato alla tradizione giuridica, intesa come *eredità* storico-culturale, la cui difesa e preservazione da parte dei diversi interpreti costituisce un obiettivo di fondo.

Non a caso, l'avventura del volume muove da una domanda radicale, proveniente (ancora non a caso) da una giurista che appartiene per origine al mondo europeo-continentale: in che modo possono convivere, e trovare equo temperamento, il mantenimento delle tradizioni di *common law*, da un lato, e i *tòpoi* del ragionamento di

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.

** Giudice della Corte costituzionale. Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano.

diritto costituzionale, dall’altro? Come risolvere la inevitabile tensione tra questi due mondi così diversi?

Il mondo di *common law*, in effetti, è un mondo ove il diritto è oggetto di creazione e rielaborazione secondo la regola del precedente, e il metodo dominante è quello dello sviluppo progressivo, lento e incrementale, che non può contraddire la tradizione o distaccarsi completamente da essa. Per parte sua, il ragionamento tipico del costituzionalismo europeo-continentale è invece guidato, in genere, dalla gerarchizzazione della finalità di tutela (dei diritti fondamentali, ad esempio), o comunque dalla pretesa assolutizzante di affermazione del principio costituzionale di volta in volta considerato (e andrebbe riconosciuto che il tanto celebrato “bilanciamento” tra principi o valori non è che un tentativo di “addomesticare”, o rendere “mite”, questo aspetto, senza però affatto negarne il presupposto di fondo: la pretesa del valore di valere, secondo la sua natura, come affermava Carl Schmitt in *Die Tyrannei der Werte...*).

Inoltre, è stato messo in evidenza come, mentre nel *common law constitutionalism* il passato e le tradizioni sono una risorsa culturale essenziale, il costituzionalismo europeo-continentale, per note ragioni storiche, è essenzialmente mosso da una forte polemica proprio contro quel passato e quelle tradizioni¹.

In proposito, la persuasiva risposta dell’Autrice alla domanda prima ricordata è che la tensione in discorso innegabilmente esiste: la pretesa di effettività immediata degli imperativi costituzionali può entrare in contrapposizione, negli ordinamenti di *common law*, con l’orientamento alla conservazione di soluzioni giuridiche tradizionali, o con la scelta di condizionarne il superamento a un lento processo, che richiede progressiva e graduale accettazione.

La partita del costituzionalismo di *common law*, insomma, si gioca, in un equilibrio irrisolto, tra i due poli della conservazione della tradizione, da una parte, e della evoluzione costituzionale, dall’altra.

2. Percorre tutto il volume una attenta analisi delle *dottrine* dell’interpretazione (quelle che ci dicono *come* si interpretano i testi giuridici, mentre le *teorie* dell’interpretazione ci indicano invece *cosa* è l’interpretazione), sia accademiche che giurisprudenziali, soprattutto di quelle originaliste e testualiste, americane e non solo (ad esempio quelle diffuse in Australia).

Si può anzi sostenere come sia una costante del volume la constatazione della presenza, nei sei ordinamenti presi in esame, di forme di testualismo ed originalismo nelle dottrine e nelle pratiche di interpretazione costituzionale. Aver messo in luce questo legame profondo tra testualismo originalista e tradizione di *common law* appare, in effetti, almeno agli occhi di chi scrive, come uno dei risultati più interessanti del volume.

Il libro dimostra efficacemente come, in ambiente di *common law*, queste dottrine – ovviamente non le uniche presenti sulla scena, ma quelle più combattive – non sono liquidabili come semplice espressione di un ingenuo estremismo positivista e legalista.

¹ Così G. REPETTO, *Intorno al common law constitutionalism*. Recensione a “L’argomentazione costituzionale di common law” di Graziella Romeo, in [Diritti comparati](#), 12 marzo 2021.

Culturalmente, esse sostengono l'idea per cui il testo costituzionale non è un "living document", che, cambiando insieme ai tempi, deve riflettere «*the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society*», ma è un testo che ha risolto lo scontro tra le fazioni, ha dato le regole fondamentali ai suoi cittadini, ed è perciò diventato, proprio per questo, una "lettera morta" (come diceva Scalia: «*the Constitution is dead. Dead. Dead. Dead*»).

Per le dottrine in questione, derivano da questa constatazione due necessità: da un lato, il giudice, interpretando e applicando la Costituzione, deve stare alla larga dal confronto politico, lasciando al processo politico la sua intera libertà (con una visione che coincide, mette in evidenza Romeo, con le tesi del *political constitutionalism*); dall'altro, la necessità che la "lettera morta" del testo costituzionale vada interpretata, appunto, testualmente, sulla base di una ricostruzione storicamente accurata della fase costituente, secondo una tecnica che dovrebbe servire a contenere gli eccessi arbitrari del giudiziario e a preservare la prudenza di un giudice che resta un giudice di *common law*, inserito in quella tradizione di prudenza.

Appare plausibile, nell'ambito del diritto costituzionale, la constatazione di un'oggettiva convergenza di scopi tra tradizione di *common law* e obbiettivi delle dottrine testualiste, salvo quanto si dirà in prosieguo. In effetti, ben si ambienta nella tradizione culturale di *common law* la "prestazione" essenziale del testualismo, ovvero l'intento di circoscrivere l'attività creativa dei giudici e, quindi, di tutelare sia la separazione dei poteri, sia la discrezionalità legislativa. In questa stessa tradizione si acclimata agevolmente anche la generale ritrosia verso forme di interpretazione secondo lo scopo o il valore (*purposivism*, dottrina pur fortemente presente, soprattutto in Canada), vagamente agganciate all'identificazione di valori e principi nella trama costituzionale, ma a prescindere da un qualche serio ancoraggio nella tradizione storico-giuridica.

3. Nel volume in esame, la descrizione del rapporto di tensione dialettica tra *constitution* (e dottrine relative alla sua *supremacy*) e *common law* non si esaurisce, peraltro, nelle varie acquisizioni appena indicate. Al contrario, è messa in luce una notevole duttilità, e talvolta una certa ambiguità, di rapporti e soluzioni. Nei diversi ordinamenti e nei diversi periodi storici, il rapporto tra costituzione e tradizione di *common law* pare infatti atteggiarsi secondo linee di convergenza/divergenza piuttosto complesse.

Così, da un lato, non è affatto estranea agli ordinamenti esaminati la pretesa di superiorità della Costituzione, che dovrebbe condurre gli interpreti (e i giudici) verso un'interpretazione conforme del diritto sostantivo di *common law*, in nome, appunto, della supremazia della Costituzione. Dall'altro, tuttavia, non è raro che la costituzione stessa risulti integrata dalla *common law*, se non addirittura interpretata in conformità ai principi desumibili da quest'ultima. E una simile posizione, osserva l'Autrice, è molto più netta tra i sostenitori dell'esistenza di "*common law constitutional or fundamental rights*", derivabili dalla stessa tradizione di *common law*.

4. La stessa *judicial review of legislation* assume, negli ordinamenti studiati, tratti peculiari, che la differenziano profondamente, sul piano innanzitutto culturale, dall'idea che gli europei continentali hanno sviluppato della giustizia costituzionale.

Colpisce il giurista continentale l'assenza, nel mondo di *common law*, di una teorizzazione del nesso tra rigidità della costituzione (e gerarchia delle fonti), da un lato, e controllo di costituzionalità, dall'altro: un legame che caratterizza invece la dogmatica espressa dalle esperienze costituzionali europeo-continentali successive alla seconda guerra mondiale in tema di controllo di costituzionalità.

Negli ordinamenti esaminati, non si rinvengono, inoltre, corti create *ad hoc* per svolgere un sindacato accentrato sulla legge, bensì corti supreme nel senso tradizionale del termine: ciò che, tra l'altro, favorisce anche la prossimità tra le dottrine e i metodi interpretativi impiegati nei giudizi ordinari e quelli utilizzati nel *judicial review of legislation*.

L'affermazione più interessante, ancora una volta scaturente dalla comprensione profonda di specifiche culture e tradizioni, è che la *judicial review*, negli ordinamenti considerati, si afferma, piuttosto, in ragione del radicamento, nella tradizione di *common law*, dell'idea del *controllo sull'esercizio arbitrario del potere*. Il *judicial review*, insomma, è molto più il frutto di questa esigenza pragmatica e di civiltà giuridica, piuttosto che non il risultato di una deduzione logica a partire dalla costruzione a gradi dell'ordinamento, di matrice kelseniana.

Il libro insiste, inoltre, sulla circostanza per cui alcuni caratteri della tradizione giuridica di *common law* incidono profondamente non solo sul diritto costituzionale dei paesi considerati, ma soprattutto e proprio sui caratteri della *constitutional adjudication*.

Intanto, in generale, la tradizione di *common law* costituisce, anche di fronte all'instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale, un serbatoio di principi e regole, che possono integrare il parametro costituzionale ogni qual volta ciò si renda praticabile in virtù di lacune nel testo (è citato l'esempio dell'Irlanda) o tutte le volte in cui il testo costituzionale scritto (laddove esiste) sembri ritrarsi di fronte all'esistenza di spazi giuridici occupati appunto dalla *common law* (il riferimento è, particolarmente, all'esperienza statunitense).

Da questo punto di vista, è interessante osservare come la *common law*, intesa come diritto sostanziale, arrivi a "competere" con il diritto costituzionale, non solo laddove un testo costituzionale manchi, ma proprio negli ordinamenti che conoscono un importante testo costituzionale scritto. Anche in questi ultimi, la *common law* risulta capace di esprimere principi che si confrontano "paritariamente" con quelli costituzionali, soprattutto, ma non solo, per le materie privatistiche.

Così, con riferimento agli Stati Uniti, viene ricordato come, di fronte a un caso di violazione del domicilio, *Justice* Scalia sia riuscito a convincere il resto del collegio della Corte suprema che il tradizionale istituto del *trespass* poteva essere uno strumento utile a garantire la tutela del diritto alla *privacy*, addirittura più del IV° emendamento. Oppure si sottolinea come esistano casi in cui il diritto alla *fair procedure* ha potuto rappresentare una soluzione che sostituisce l'invocazione del *due process*, derivante dagli emendamenti costituzionali. Anche con riguardo al processo penale, con

riferimento alla tutela dei diritti delle parti, emerge così come la *common law* possa risultare una riserva ricca di garanzie di antica elaborazione. Ed è ben noto come i giudici di vario livello abbiano frequentemente “lavorato” quel materiale giuridico per ottenerne, infine, la sistematizzazione di un *corpus* di regole poi cristallizzato in *doctrines* (tecniche di interpretazione e risoluzione di casi che, a loro volta, mette in evidenza l’Autrice, tendono a sostituire il testo costituzionale, non solo a integrarlo!)².

5. Negli ordinamenti di *common law* considerati, la regola del precedente vincolante condiziona talvolta l’applicazione e l’interpretazione del diritto costituzionale, dal momento che le decisioni passate possono sostituire, nel ragionamento delle corti, il confronto diretto tra la disposizione censurata di legittimità costituzionale e il testo costituzionale.

L’Autrice indaga a fondo queste dinamiche, soprattutto per ciò che concerne gli Stati Uniti, mettendo in luce come il *constitutional stare decisis* si presenta, però, come una versione parzialmente “indebolita” della dottrina tradizionale del precedente. Il precedente, cioè, esibisce uno statuto peculiare nella giurisprudenza costituzionale americana: viene richiamato non perché sia vincolante, bensì, o per la sua autorità persuasiva, o in funzione “suppletiva” rispetto ad altri percorsi argomentativi, ma anche – all’opposto! – come decisione che occorre “correggere” nell’interesse dello sviluppo dell’ordinamento costituzionale.

Qui può di nuovo emergere il rilievo delle dottrine dell’interpretazione del testo costituzionale, in una dimensione tuttavia complessa, che mostra come esse possono entrare in tensione con il valore del precedente.

È interessante notare come proprio gli originalisti manifestino, in questo ambito, un atteggiamento ambivalente: da un primo punto di vista, possono contestare il vincolo al precedente, o meglio il ricorso a quei precedenti che, a loro giudizio, si allontanano dalla Costituzione, radicandosi in letture evolutive, storicamente e letteralmente infondate, del testo costituzionale e della tradizione giuridica. In tal caso, a costituire problema per il testualista è la libertà di prescindere dalla Costituzione, che il richiamo di un precedente conferisce al giudice³.

² Nel nostro ordinamento le cose, naturalmente, vanno in modo del tutto diverso, prima di tutto perché non è da noi invocabile alcun diritto comune “alternativo” a quanto desumibile da un testo costituzionale. Piuttosto, però, si possono forse richiamare, per una qualche analogia, i rari casi in cui la Corte costituzionale risolve il problema di costituzionalità presentatole affermando che al giudice è sufficiente far ricorso ai normali canoni di interpretazione (art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale), e in particolare a quello letterale e all’interpretazione sistematica, e non c’è alcun bisogno di ricorrere alla Costituzione né ad una pretesa interpretazione conforme: Sono i casi in cui, di fatto, la Corte costituzionale risolve la questione di legittimità costituzionale, magari relativa alla protezione di diritti fondamentali, ricorrendo alla sola legge ordinaria. Per un caso, cfr. la sentenza 16 del 2018, in cui la Corte risolve la questione con una pronuncia di non fondatezza per errata premessa interpretativa da parte del giudice *a quo*. La pronuncia ha destato qualche sconcerto nella dottrina, ove si lamenta la circostanza che la Corte non abbia fatto ricorso a una sentenza interpretativa di rigetto “nei sensi di cui in motivazione”. Ma, appunto, non lo ha fatto perché per risolvere il dubbio del giudice non era necessario ricorrere alla Costituzione...

³ Questo possibile conflitto tra vincolo a precedenti sentenze della Corte costituzionale, da una parte, e interpretazione del testo costituzionale, dall’altro, può verificarsi anche nella nostra esperienza costituzionale. Se ne accorge chi legga (con occhi che vedono) la sentenza n. 41 del 2021, avente ad

Da un secondo punto di vista, del tutto diverso, la logica del precedente e gli argomenti dell’originalismo presentano invece somiglianze. Intanto, nella costruzione teorica dello *stare decisis*, l’aderenza alle decisioni passate si giustifica in quanto queste ultime rappresentano soluzioni sperimentate e comunemente accettate; ma questo è un presupposto condiviso dalle dottrine originaliste, poiché per queste la stessa ricerca dell’*original intent* – luogo classico di alcune di tali dottrine – ha a che fare con l’attribuzione di forza normativa al passato, in quanto momento, per eccellenza, della creazione di regole, realizzata attraverso una pratica deliberativa i cui contenuti sono oggetto di conservazione nel tempo. Inoltre, logica del precedente e ricerca dell’*original intent* condividono significativamente l’idea della natura conoscitiva dell’attività interpretativa (un significato dei testi esiste, ed esso va “invenuto”). Infine, e di nuovo, in entrambe le costruzioni risuona la finalità di limitare la discrezionalità del giudice.

6. In alcune pagine centrali nell’economia del volume, l’Autrice riassume così tre caratteri essenziali del costituzionalismo di *common law*:

- esso ha un “abito” consuetudinario, derivante dalla tradizione. In effetti, l’aspirazione ordinatrice, di matrice razionalista, non è una caratteristica del costituzionalismo di *common law*. Per questo aspetto, conta molto, ovviamente, l’essenza consuetudinaria della *British Constitution*, che si trasferisce anche agli ordinamenti di diretta derivazione inglese, determinando la coesistenza tra costituzioni scritte e un apparato di norme consuetudinarie. Come si è appena detto, il tema del passato, del senso della tradizione, è del resto centrale nel costituzionalismo di *common law* e il libro lo mette efficacemente in evidenza: *doctrines, precedents*, circostanze storiche in cui i testi costituzionali sono stati adottati, costituiscono così un insieme di riferimenti e di strumenti di lavoro indispensabili all’interprete e al giudice;

- è caratterizzato dalla centralità della dimensione politica, in un ambiente culturale molto meno permeato, rispetto al nostro europeo-continentale, da sensibilità “antipolitiche”: anche per ragioni storico-concrete, legate al modo in cui si sono sviluppati gli ordinamenti di *common law*, l’interprete è così portato a riconoscere che il diritto esiste, in primo luogo, come realtà storicamente definita, piuttosto che come costruzione intellettuale-dogmatica;

- è inoltre segnato, come più volte si è detto, dalla presenza di una diffusa sensibilità testualista. In tal caso, l’attenzione per il rapporto concreto tra fatto e diritto, tipica del mondo di *common law*, spiega come qui il testualismo non sia quasi mai legalismo positivista, né mera forma di interpretazione letterale della Costituzione, ma si saldi sempre a una interpretazione storicista, che interroga le tradizioni, i lavori preparatori, i dibattiti dei *framers*.

Da quest’ultimo punto di vista, in definitiva, l’interprete del costituzionalismo di *common law* nutre sempre una certa diffidenza nei confronti di ogni dottrina

oggetto norme di legge che conferiscono a giudici ausiliari di appello lo *status* di componenti dei collegi delle sezioni della Corte d’appello come magistrati onorari: il problema sotteso alla motivazione consiste, sostanzialmente nel contrasto tra i precedenti della Corte e il testo dell’art. 106 Cost., ove stabilisce che la legge può ammettere la nomina (anche elettiva) di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli, mentre, appunto, i precedenti della Corte avevano autorizzato letture ben più estese...

dell’interpretazione per valori (*purposivism*) o delle interpretazioni teleologiche, finalisticamente orientate, perché mantiene gli anticorpi, storicamente radicati, contro il ragionamento deduttivo per principi o per valori, che procede per strappi e abbandona la logica della continuità storica.

7. Giova, infine, ricordare le ultime pagine del libro, dove l’Autrice chiarisce come la valorizzazione della dimensione storica, culturale e tradizionale del costituzionalismo di *common law* – l’attenzione al radicamento concreto delle soluzioni giuridiche in una comunità politica fattualmente e culturalmente definita – non implica affatto che tali dimensioni siano così esclusive da mettere fuori gioco qualsiasi altra esigenza di dialogo e comprensione transculturale.

Tuttavia, e questo invece lo dice il solo recensore senza imputarlo affatto all’Autrice, resta il dato essenziale che la lettura di un libro come questo, che consente di approfondire la conoscenza del rapporto tra costituzionalismo e tradizioni giuridiche, è comunque un buon antidoto contro gli eccessi – sia ingenui, sia frutto di ideologia – di un certo *global constitutionalism*, ignaro della storia e inconsapevole del fatto che il mondo in cui viviamo, più che un universo, è (ed è bene che resti) un *pluriversum*.

REPLICA

GRAZIELLA ROMEO*

Sono profondamente grata al Professor Nicolò Zanon per il tempo che egli ha dedicato al mio lavoro e per l’aver, con il suo testo, colto e raccontato con precisione, il percorso di ricerca del libro, peraltro secondo una linearità di svolgimento che svela, più chiaramente dell’opera commentata, tanto le interne connessioni logiche tra argomenti, quanto le possibili implicazioni generali delle tesi sostenute.

Il compito di replicare, devo confessare, è arduo non solo per l’autorevolezza del Recensore, ma anche per le riflessioni esposte, le quali aprono prospettive di ricerca che potrebbero essere indagate in percorsi più approfonditi di quelli consentiti dallo spazio di questa replica. Per queste ragioni, a fronte dei tanti spunti di approfondimento possibili, concentro la mia risposta su due profili che mi paiono catturare altrettanti elementi del ragionamento del Professor Zanon.

Il primo attiene alla domanda di ricerca dalla quale origina il libro. Quest’ultima è sintetizzabile come segue: il ragionamento giuridico di *common law* influisce sull’impostazione dell’argomentazione di (e sul) diritto costituzionale in quella tradizione giuridica?

A questa domanda può darsi risposta secondo almeno due approcci diversi. Innanzitutto, si può interrogare la giurisprudenza e comprendere, con una ricerca sistematica sulle pronunce, i modi in cui le Corti hanno *de facto* argomentato. È possibile così giungere a conclusioni sulla base dell’osservazione empirica, sostenendo la diffusione di questa o di quell’altra dottrina dell’interpretazione (e dell’argomentazione), così offrendo una spiegazione del dato giurisprudenziale, soggetta a una verifica di tipo scientifico. In via alternativa, si può esplorare una ricostruzione culturale della tradizione giuridica per tentare di capire quella che Merryman chiamava la “cultural gravity” dei concetti e delle ricostruzioni giuridiche¹. *Cultural gravity* è un’espressione che si riferisce all’esistenza di una forza gravitazionale che attira il significato di concetti, concettualizzazioni e istituti giuridici verso una direzione di coerenza con gli atteggiamenti intellettuali, le influenze culturali e persino l’epistemologia accreditata in una certa comunità politica. Il lavoro monografico si muove entro queste due direttrici, senza però la pretesa di offrire spiegazioni universalizzanti di cosa sia il ragionamento costituzionale di *common law* in senso astratto. E questa rinuncia si spiega appunto in ragione della convinzione per cui le specificità culturali non sono mai irrilevanti nell’esperienza dell’interpretare la (e dell’argomentare sulla) costituzione. In questo senso, il libro, come ha sottolineato il

* Professore Associato di Diritto pubblico comparato, Università Luigi Bocconi di Milano.

¹ J.H. MERRYMAN, *On Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law*, in 17 *Stanford Journal of International Law*, 357, 381, 1981.

Recensore, intende sostenere la necessità di guardare alla pratica argomentativa e interpretativa a partire dalla tradizione giuridica, decodificando di volta in volta il significato di statuizioni, decisioni e dottrine per offrirne una traduzione che non pretenda di trovare l'espressione omologa nella lingua di destinazione. Così, l'originalismo, una delle dottrine più dibattute – e forse meno vicine alla sensibilità di uno studioso europeo-continentale – nella riflessione costituzionale americana, affonda le sue radici in una pretesa di limitazione della dimensione assiologica del testo costituzionale, a beneficio di una lettura per la quale la costituzione risolve soltanto una porzione di conflitti una volta per tutte. La conflittualità di punti di vista che residua deve essere risolta nelle sedi politiche, cioè fuori dal *bench*. Ciò non esclude che dell'originalismo esistano utilizzi ideologici e preorientati al ritorno di letture liberali (e non democratico-sociali) della costituzione. Questa circostanza non può però, per un eccesso di realismo, offuscare la coerenza tra una certa versione dell'originalismo e una visione prudentiale del giudice di *common law* che si astiene da ogni decisione che abbia un impatto destabilizzante sulla comunità politica. Il rischio di trascurare una comprensione culturale dell'originalismo è quello di schiacciare eccessivamente la vita del diritto costituzionale americano sull'attualità politica, sottovalutando l'esistenza di spinte culturali diffuse e affascinanti anche per studiosi lontani dalla fazione che propugna oggi, in sede politica, le letture originaliste. E, del resto, l'originalismo non nasce *ex nihilo* durante la Presidenza Reagan e con *Justice* Scalia, ma poggia le sue basi nelle tesi che, concentrandosi sul XIV Emendamento, contestavano il processo di trasformazione del federalismo da competitivo a cooperativo².

La vicenda americana richiama alla mente un'altra tensione che caratterizza il mondo di *common law* e, soprattutto, il Regno Unito. Il riferimento è alla dialettica tra razionalismo e antirazionalismo che percorre questa cultura giuridica almeno dalla fondamentale opera “Rights of Man” di Thomas Paine³. Il razionalismo descrive, in questo contesto, la preferenza per una costituzione scritta, assistita dalla pretesa di conformare la realtà all'atto di volontà politica che essa rappresenta. L'antirazionalismo, invece, richiama l'atteggiamento intellettuale che diffida della capacità della ragione astratta di ordinare il composito materiale dell'esperienza umana secondo una logica e una saggezza superiori a quelle che la storia suggerisce o, addirittura, insegna. Così, la categoria dei *constitutional statutes* è tuttora nel Regno Unito di incerta definizione, non essendo pienamente accolta neppure in dottrina. Ne consegue che la dottrina dell'interpretazione costituzionale è ancora immatura e spesso genericamente identificata con un approccio di tipo *purposivist*, attento a cogliere la dimensione (anche) di principio delle norme che, proprio per questa ragione, sono caratterizzate come sostanzialmente costituzionali.

² Sul punto v. L.B. SOLUM, *What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory*, in *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 2011, 1353, 1355.

³ Il passaggio tra il significato antico e quello moderno di costituzione è chiaro nell'opera di Thomas Paine. Egli riteneva, infatti, che la costituzione dovesse essere un documento *antecedent to a government*, completo e con il carattere della legge fondamentale cioè della *higher form of law*: T. PAINE, *Rights of Man* (1791), trad. it., 1978, Roma, 148.

Ad ogni modo, anche ove una costituzione scritta è stata adottata, l'antirazionalismo storicista permane come tratto che qualifica l'atteggiamento intellettuale dei giudici. Così, per esempio, accade che la Corte Suprema irlandese, adita su una questione che chiama in causa il fondamento del controllo di costituzionalità delle leggi, inquadri l'esercizio del potere in questione nell'ambito del principio democratico, richiamando le tesi di Edmund Burke sulla moderazione del giudice di *common law* e sul rispetto dei valori tradizionali⁴. L'insegnamento di Burke, per il quale la costituzione è il risultato di una serie di mutamenti storico-politici metabolizzati dalla società civile e progressivamente divenuti norme⁵, suggerisce alla Corte di non di compiere valutazioni sulla *substance* delle opzioni preferite dal legislatore.

In effetti, per cogliere la continuità della tradizione giuridica di *common law*, pur attraverso le profonde diversificazioni interne che essa ha manifestato, basti pensare che Edmund Burke, il filosofo politico che teorizzava (anche polemicamente) un'idea di costituzione come *inheritance*, non è semplicemente occasionalmente citato dai giudici irlandesi. Le tesi di Burke sono ciclicamente richiamate per sostenere o per contestare la necessità di radicare il riconoscimento dei diritti nella tradizione giuridica americana, in quanto espressione di esigenze di protezione alle quali è stata storicamente attribuita rilevanza costitutiva nella costruzione della convivenza della comunità politica⁶. Insomma, i giudici di ordinamenti informati alla tradizione giuridica secondo cui la costituzione esprime, come suggeriva Hamilton, un esercizio di ragione pratica e collettiva – e non un'eredità condivisa creata *by accident and force*⁷ – non sono indifferenti all'idea che il lascito politico-culturale delle generazioni precedenti debba guidare la selezione dei significati della costituzione.

La recensione del Professor Zanon solleva un secondo profilo di riflessione che vorrei provare a cogliere, giacché ne condivido pienamente l'importanza. Il riferimento è, in particolare, al contributo che gli studi sulle tradizioni giuridiche possono offrire alla cosiddetta *generic constitutional law*, ossia a quell'ambito di ricerca giuridica che intende studiare il costituzionalismo in quanto fenomeno globale, segnalato dalla diffusione del controllo di costituzionalità sull'esercizio del potere legislativo e da sistemi di garanzia dei diritti fondamentali⁸. Si tratta di un filone di ricerca ricco, diversificato e capace di attirare l'interesse della comunità dei costituzionalisti a livello mondiale.

Ebbene, la *generic constitutional law* guarda alle esperienze costituzionali nella prospettiva di rilevare l'esistenza di un nucleo di caratteristiche costanti dei sistemi

⁴ Si tratta in particolare delle sentenze: *T.D. v. Minister for Education*, [2001] 4 IR 332, 333 (Murray J). Ma anche *Maguire v. Ardagh* [2002] 1 IR 385; *State (Trimbole) v. The Governor of Mountjoy Prison*, [1985] 1 IR 557 (Egan J). Le pronunce citate riguardano tutte il sindacato di costituzionalità sulle leggi che disciplinano l'organizzazione e il funzionamento del Parlamento.

⁵ E. BURKE, *Reflection on the Revolution in France*, trad. it., in *Scritti politici*, Torino, 1963, 189.

⁶ V. per esempio la ricostruzione di E. YOUNG, *Rediscovering conservatism: Burkean political theory and constitutional interpretation*, in 72 *North Carolina Law Review* 620.

⁷ A. HAMILTON, *Federalist No. 1*, in A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *The Federalist Papers*, M.A. Genovese (ed.), New York (NY), 2009, 36.

⁸ D.S. LAW, *Generic Constitutional Law*, in 89 *Minnesota Law Review* 652-742, 659 (2005) e M. TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, 1249.

giuridici che abbracciano o che si predispongono ad accogliere il principio della superiorità di alcune norme (o principi) rispetto a ogni espressione di potestà legislativa o a ogni manifestazione di potere pubblico a esse contraria. In questo contesto, esplorare i connotati specifici di una tradizione costituzionale non ha lo scopo di contestare la pensabilità di una teoria costituzionale universale, ma la più modesta funzione di aiutare a navigare la realtà degli ordinamenti giuridici in almeno due sensi. In primo luogo, questo approccio chiarisce i termini del linguaggio costituzionale, agevolando dinamiche di comunicazione tra operatori del diritto e rendendo meno plausibili chiusure preconcepite ai fenomeni di circolazione delle soluzioni giuridiche. In secondo luogo, l'analisi di una tradizione costituzionale suggerisce di non perdere di vista il fondamento dell'autorità che una costituzione esprime. Tale fondamento può essere un atto di volontà politica che fonda e indirizza la convivenza (nel caso della costituzione scritta) oppure la sedimentazione storica di un modo di essere del regime politico che giuridifica regole e valori condivisi (nell'ipotesi della costituzione consuetudinaria). In ogni caso, questo fondamento non può essere ignorato, a pena di confondere l'aspirazione cosmopolitica delle costituzioni – e cioè la rinuncia alla costruzione di comunità politiche omogenee e indifferenti verso l'esterno – con l'abdicazione a esprimere le forme giuridiche della convivenza di una comunità politica storicamente definita e dotata del potere di esercitare sovranità su sé stessa.

Proprio da questa prospettiva, non è un caso che la dottrina di *common law* impieghi con una certa frequenza il concetto di “riscoperta” con riferimento ai contenuti della costituzione⁹. Nel Regno Unito, la riscoperta ha a che fare con la possibilità di reperire diritti e principi costituzionali interrogando la *common law*. Negli Stati Uniti, il *myth of rediscovery* riecheggia nelle tesi dell'originalismo quando quest'ultimo propugna la necessità di recuperare i significati “veri” della costituzione. Questa ricerca delle origini ha il sapore del ritrovamento del patto originale che fonda la convivenza, specialmente di fronte ai casi difficili, ove la tenuta di quel patto è messa in discussione.

Ebbene, non si può tacere che proprio questo atteggiamento culturale abbia fornito giustificazioni, nel Regno Unito, alla polemica contro la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e, più in generale, contro i cataloghi internazionali dei diritti¹⁰. Parallelamente, negli Stati Uniti la tesi della riscoperta della costituzione originaria è servita per sostenere le tesi che escludono qualunque rilievo o significanza del diritto straniero (e internazionale non pattizio) nel processo decisionale dei giudici supremi¹¹. Si tratta di atteggiamenti di rinuncia al confronto e pure di negazione della complessità della vita del diritto nell'epoca contemporanea. Nondimeno, essi poggiano su un qualche fondamento derivante dalle caratteristiche della tradizione giuridica e, per questo, sono stati capaci di resistere alle molto convincenti – a parere di chi scrive – tesi

⁹ B. ACKERMAN, *We The People. Foundations*, Vol. 1, Cambridge (MA), 1991, 140.

¹⁰ A. YOUNG, *HRA Howlers: The Conservative Party and Reform of the Human Rights Act 1998*, in *U.K. Constitutional Law Blog* (7 Ottobre 2014), disponibile all'indirizzo internet <http://ukconstitutionallaw.org>.

¹¹ A. SCALIA, *Scalia Speaks: Reflections On Law, Faith, And Life Well Lived*, C.J. Scalia, E. Whelan (Eds), New York (NY), 2017, 103.

di chi ha invocato i benefici dell’apertura dialogica al confronto¹². Riconoscere questo dato può essere utile per i costituzionalisti, non solo comparatisti, che intendano trovare canali di dialogo. Più in generale, può forse contribuire a distinguere gli argomenti che insistono sulla necessità di non perdere di vista la sede ove si origina l’*authority of the constitution* dalle posizioni pregiudiziali che affondano le loro radici nella pretesa di preservare un’identità immutabile.

¹² Il riferimento è alle tesi di Justice Breyer relative all’importanza informativa del diritto straniero e al rilievo, anche formativo, del diritto internazionale: v. S. BREYER, *The Court and the World*, New York, 2016.