

Sabino Cassese

**QUANDO GLI ORDINAMENTI GIURIDICI SI SCONTRANO.
DAL DIALOGO ALLA COOPERAZIONE TRA LE CORTI**

(programma dei seminari del 15 e 29 maggio, 19 giugno e 3 luglio 2008)

1. Il problema

La sovranità statale si diluisce. I poteri pubblici si riarticolano in forme pluralistiche e policentriche. Gli ordinamenti giuridici nazionali debbono affrontare problemi che vanno oltre la loro capacità di risolverli da soli. Ad essi si sovrappongono altri ordinamenti giuridici, su più livelli.

Questo pluralismo disordinato ha bisogno di un ordine: occorre riempire i vuoti tra i diversi sistemi; ridurre la frammentazione di questi ultimi; indurli a cooperare; stabilire gerarchie di valori e principi; introdurre regole di riconoscimento e sulla validità e sull'efficacia di norme.

In assenza di un ordine giuridico superiore, che metta ordine in quelli inferiori, gli ordinamenti debbono trovare al loro interno gli strumenti per cooperare. E al loro interno, il “potere estero” è solitamente rimesso a governi e Parlamenti.

Ma, da un lato, oltre gli Stati, non vi sono né governi, né Parlamenti. Dall'altro, negli Stati, il “potere estero” è divenuto troppo complesso per potere essere attribuito solo a governi e Parlamenti.

Invece, le corti giudiziarie sono presenti anche nello spazio ultra-statale: più di cento sono le vere e proprie corti; a queste bisogna aggiungere organismi quasi giudiziari o semi-contenziosi, variamente denominati, ormai presenti in molti dei circa duemila regimi regolatori globali.

Corti e organi quasi giudiziari, inoltre, operano caso per caso, con una possibilità, quindi, di fare aggiustamenti, con strategie che alternano o mescolano attivismo e deferenza, creazione del diritto e “self-restraint”, dinamismo e tolleranza, rigidità e mutevolezza.

Per questo motivo, le corti stanno assumendo un ruolo importante nella definizione dei rapporti tra ordinamenti giuridici. Si parla di “judicial dialogue” o “judicial conversation” e di una “community of judges”.

2. Inquadramento del problema

Secondo il criterio tradizionale del dualismo tra ordine interno ed ordine esterno, il potere di agire all'esterno (il potere estero, negli Stati) spetta al governo. Il Parlamento controlla; l'amministrazione esegue, in quanto agente del governo, non a titolo proprio; l'ordine giudiziario è assente (salvo che l'ordine interno non abbia “importato” o riconosciuto norme esterne). In questo modo viene assicurato il paradigma “the State-as-a-unit”.

Questo assetto – in termini di diritto positivo e in termini concettuali – si scontra con due difficoltà. In primo luogo, esso è in grado di spiegare i rapporti nazionale – internazionale (o sopranazionale), non quelli tra diversi regimi globali,

dove i soggetti agenti non presentano le caratteristiche degli Stati, ma sono organismi globali con “governi” settoriali. In secondo luogo, esso viene superato dalla disaggregazione degli Stati, che si produce quando anche le amministrazioni e i giudici cominciano a dialogare direttamente tra di loro, valicando le frontiere.

A questo punto, lentamente (molto lentamente), il diritto prende il posto della politica nell’arena globale. Se prima si era passati dalle spade alle feluche, ora si passa dalle feluche alle toghe. Le corti attraversano sempre più spesso le frontiere (il fenomeno riguarda anche le burocrazie – c.d. “intergovernmentalism” -, che vengono, però ora lasciate fuori da questo quadro).

L’incontro tra ordini giuridici diversi e diversamente collocati (nel senso che sono sia nazionali, sia sopranazionali) è anche un incontro tra tradizioni giuridiche differenti, ognuna con propria identità. Di qui discendono numerosi problemi. Il primo è quello della “sustainable diversity” (Glenn, 2006, p. 331), nel senso della tolleranza e dell’adattamento reciproco. Il secondo è quello della costituzione di un “common core” di principi propri ad ognuna delle tradizioni giuridiche. Il terzo quello del riconoscimento di un corpo minimo di principi superiori (come l’”jus cogens” nel diritto internazionale).

3. Le relazioni tra ordine nazionale e ordine sopranazionale e quelle tra i regimi globali

Le relazioni che vengono a svilupparsi a sèguito della pluralizzazione dei poteri pubblici sopra indicata sono di due ordini diversi. Da un lato, vi sono quelle tra

ordini nazionali o statali e ordini superiori, sopranazionali o internazionali. Dall'altro, vi sono le relazioni tra i diversi e ormai molto numerosi ordini giuridici globali. A rigore, bisogna anche considerare ulteriori relazioni, quelle miste tra il primo e il secondo tipo.

Tutte queste relazioni non sono – come osservato prima – rette da principi superiori. Richiedono, quindi, uno sforzo cooperativo per evitare collisioni. Tale sforzo deve essere incrementale, per non rompere un equilibrio precario e perché in larga misura volontario (nel senso di non imposto da un ordine superiore).

Le difficoltà da superare sono, nel primo tipo di relazioni, quelle del coordinamento nell'ambito di rapporti non gerarchici, ma nei quali si forma una primazia per cooperazione quasi volontaria. Nel secondo tipo di relazioni, quelle del coordinamento e dell'aggiustamento reciproco, ma anche della costruzione, dal basso, di alcuni principi, regole o valori condivisi, che possano costituire un "corpus" comune ai diversi regimi settoriali. Nell'uno e nell'altro caso, v'è la difficoltà aggiuntiva di tenere sotto controllo o limitare la portata della scelta del diritto e della scelta del giudice che la pluralizzazione produce. Insomma, si tratta di far stare insieme i pianeti e l'universo (B. Simma, 2006).

4. Ordini giuridici e corti

Lo studio dei problemi sopra enunciati si allarga – come già notato - in due direzioni. Una è quella dell'analisi dei rapporti tra ordini giuridici domestici e ordini ultra-statali; un'altra è quella dello studio dei rapporti tra regimi regolatori globali.

In questo secondo ambito si alternano due temi, quello della frammentazione degli ordini giuridici (“self-contained global regimes”) e quello della proliferazione di corti internazionali equiordinate (“a Babel of judicial voices”: R. Higgins, 2006). Tra questi due fenomeni vengono segnalate influenze reciproche, ma in direzioni diverse.

La frammentazione è da alcuni vista come un prodotto della proliferazione delle corti internazionali (S. Oda, 1995). In particolare, si afferma che alla crescita del numero dei tribunali internazionali corrisponde lo sviluppo di orientamenti giurisprudenziali divergenti e contrastanti tra loro. Per questa ragione, la competenza generale a rilevare il diritto internazionale consuetudinario e a interpretare quello pattizio dovrebbe spettare soltanto, o in via principale, alla Corte internazionale di giustizia. In questo modo, si salvaguarderebbe l’unitarietà del diritto.

Altri ritengono, invece, che la moltiplicazione dei tribunali determini un progresso per il diritto internazionale: l’attività delle corti è, infatti, “rilevare, interpretare e fare evolvere il diritto” (T. Treves, 1999); l’aumento dei giudici sovrnazionali, pertanto, estenderebbe e rafforzerebbe una tale funzione. La “specialità” delle giurisdizioni, inoltre, limiterebbe la sovrapposizione di competenze e di giudicati. In questo senso, la proliferazione dei tribunali può essere considerata un modo per superare la frammentazione degli ordini giuridici settoriali e creare un tessuto connettivo costituito da principi comuni.

Gli studi di Y. Shany su questo ordine di temi, relativi a “Jurisdictional Relations Between National and International Courts” e a “Competing Jurisdictions

of International Courts and Tribunals” considerano ambedue i tipi di “judicial interaction” dal punto di vista e con la preoccupazione della sovrapposizione e dei conflitti di giurisdizione. E’ interessante, invece, considerare lo stesso argomento sotto un profilo diverso, quello relativo al contributo fornito dai giudici nello stabilire sia un ordine tra i diversi regimi, sia un tessuto connettivo tra di essi. L’accento cade così non tanto sugli aspetti processuali, quanto su quelli sostanziali. La preoccupazione non è quella di regolare l’attività dei giudici, bensì quella di accertare se essi riescano a regolare la pluralizzazione dei poteri pubblici e ad aiutare lo sviluppo di un ordine giuridico comune. Le corti vengono considerate non per il loro ruolo passivo, in quanto dovrebbero essere soggette a nuove regole attinenti alla giurisdizione, quanto nel loro ruolo attivo, come creatori di un ordine diverso da quello dominato dalla pluralizzazione.

E’ evidente che tra i due aspetti segnalati vi sono relazioni strette: ad esempio, nel definire i rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamenti interni, le corti costituzionali non hanno mancato di tener d’occhio il proprio ruolo.

5. Il ruolo integratore dei giudici: come e con quali risultati?

L’ipotesi di base è, dunque, che le corti svolgano un ruolo importante nel sottrarre dall’isolamento ordini giuridici diversi e diversamente collocati. Diventa importante accertare come ciò accada e con quali risultati, chiedendosi, ad esempio, perché le corti costituzionali belga, austriaca e cecoslovacca utilizzino direttamente il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia delle Comunità europee e quelle tedesca,

francese non lo facciano. Oppure come sia trattato il diritto nazionale e quello di altri regimi globali dalle corti commerciali internazionali e da quella del mare.

Una componente essenziale di questo ruolo integratore svolto dalle corti è costituito da alcune “dottrine”, che consentono la cooperazione, agendo da “frizione”, per collegare e scollegare i sistemi giuridici, o da “collante”, per tenerli insieme, o da artificio retorico, per consentire più agevolmente rinunce.

Queste “dottrine” sono:

- a. tradizioni costituzionali comuni (un diritto “superiore” viene imposto a ordini giuridici “inferiori” in quanto “precipitato” di questi ultimi);
- b. controlimiti (un diritto “superiore” viene accettato da un ordine giuridico “inferiore” a condizione che esso rispetti i principi essenziali di quest’ultimo);
- c. margine di apprezzamento (un diritto “superiore” si impone a ordini giuridici “inferiori”, ma lasciando un margine libero a questi ultimi);
- d. distinzione tra supremazia e primazia (un diritto “superiore” si applica a ordini giuridici “inferiori” non in virtù della sua superiorità gerarchica, ma grazie alla distinzione degli ambiti di competenza dei due ordini);
- e. fonti atipiche o infra-costituzionali; norme interposte (un diritto “superiore” si impone alla normazione primaria degli ordini giuridici “inferiori”, ma non a quella costituzionale);
- f. effetto diretto e interpretazione conforme (un diritto “superiore”, pur non essendo direttamente indirizzato ai privati, obbliga le autorità degli ordini

giuridici “inferiori” ad applicarne le norme in modo conforme al diritto “superiore”);

- g. “judicial comity”; rinvii o “deference” tra regimi regolatori (gli ordini giuridici ultrastatali vanno intesi come ordini integrati o almeno fondati sul principio del rispetto dei reciproci ambiti di competenza e principi).

6. I casi da discutere (si riferiscono solo ad alcune delle “dottrine” elencate)

a.. supremazia – primazia

Tribunal constitucional, 1/04

Corte costituzionale polacca, K 18-04

b. effetto diretto e interpretazione conforme

Corte di Giustizia, C-106/77 (Simmenthal), spec. par.21

Corte di Giustizia, C-397/01 (Pfeiffer), spec. par. 102-120

c. norme interposte

Corte Cost., n. 348 e 349/07

d. margine di apprezzamento

Cour européenne des droits de l’homme, Sunday Times v. The United Kingdom, 26 April 1979, spec. par. 58-68

e. rinvii o “deference” tra regimi regolatori

Corte di Giustizia, C-459/03 (MOX), spec. par.80-139

WTO Appellate Body, Wt/DS231/AB/R, 26 Sept. 02 (Sardines), spec. pag. 70-72

Bibliografia

1. J. Allard – A. Garapon, *La mondializzazione dei giudici. La nuova rivoluzione del diritto*, trad. it., Macerata, Liberilibri, 2006
2. M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, il Mulino, 2007
3. S. Cassese, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, n. 3, 2007, p. 609-626
4. F. Fontanelli – G. Martinico, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del “dialogo nascosto” fra i giudici*, in corso di pubblicazione nella “Rivista trimestrale di diritto pubblico”
5. H. P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, 2000
6. S. Oda, *Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44, October, 1995, p. 863-872
7. O. Pollicino, *Against the idea of “Americanization” of European judicature in the context of the nex era of judicial globalization*, in “Panóptica”, Vitória, year 1, n. 8, May-June, 2007, p. 407-440
8. H. Sauer, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen. Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten*

unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen, Berlin, Springer, 2008

9. Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2007
10. Y. Shany, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, Oxford University Press, 2007
11. A.-M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004, p. 65 ss.
12. T. Treves, *Fragmentation of International Law : the Judicial Perspective*, in corso di pubblicazione in « Comunicazioni e studi », vol. XXIII, 2008
13. T. Treves, *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 59-67
14. M. L. Volcansek and J. F. Stack (eds.), *Courts Crossing Borders : Blurring the Lines of Sovereignty*, Durham, N.C., Carolina Academic Press, 2005
15. G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007