

Norme & confini. Due libri esplorano l'azione degli Stati e quella cosmopolita

Dualismo delle frontiere nel diritto pubblico

Sabino Cassese

Il diritto pubblico ha frontiere in ambedue i significati della parola, quello originario di confine e quello, affermatosi tre secoli fa, di nuovi spazi. Le frontiere-confini racchiudono gli Stati, i principali produttori di norme di diritto pubblico. Le frontiere-nuovi spazi ampliano l'azione degli Stati e richiedono l'istituzione di nuovi regolatori per i nuovi territori comuni.

Sta proprio in questo dualismo l'aspetto più interessante dell'odierno diritto pubblico. Gli Stati, ad esempio, debbono chiudere le frontiere per impedire l'ulteriore diffusione del virus, ma non potrebbero combatterlo da soli, se non ci fosse l'Organizzazione mondiale della sanità, che opera senza frontiere.

L'equilibrio tra chiusura e apertura è oggi una delle questioni più discusse, perché si intreccia con risorgenti nazionalismi, esigenze di partecipazione (e quindi di democrazia), necessità di mettere sotto controllo fenomeni che sfuggono alle ripartizioni territoriali del pianeta.

Due libri, frutto di ricerche individuali e collettive, danno un contributo fondamentale allo studio del problema ora enunciato.

Il primo, intitolato proprio *Le frontiere del diritto pubblico*, raccoglie 22 saggi di 24 autori, britannici, australiani, neozelandesi, americani, ed è il terzo prodotto di una iniziativa di giuristi di parti diverse del mondo di "common law", che si riuniscono ogni biennio, discutono temi di interesse generale (i primi due sono stati la giustizia amministrativa e l'unità del diritto pubblico) e dopo qualche tempo producono un volume, edito dalla casa editrice Hart, che ha preso parte attiva nella organizzazione degli incontri. Questo volume è diviso in quattro parti, relative al diritto internazionale, alle popolazioni indigene, al diritto penale e privato, e al diritto amministrativo. I contributi più rilevanti sono quelli di Cheryl Saunders, che si chiede come la globalizzazione influenzi i processi di costituzionalizzazione e

di giustizia costituzionale; di Benedikt Kingsbury, il quale osserva che il diritto amministrativo globale resiste alla deglobalizzazione e ci si può anzi aspettare che continui i suoi progressi; di Carol Harlow, secondo la quale la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato va riconcettualizzata e occorre separare la coppia Stato-pubblico, per riconoscere che il secondo elemento di tale coppia ha significati più ampi, legati alla società civile piuttosto che allo Stato.

L'intera opera dimostra la quantità di legami che intersecano i vari settori che siamo abituati a considerare come separati, e in particolare quelli tra diritto sovranazionale e diritto nazionale, e tra diritto pubblico e diritto privato. In quest'ultimo caso, non solo c'è una progressiva privatizzazione di aree del diritto pubblico, ma anche una estensione di istituti e procedure pubblicistiche al diritto privato. Rimane invece non spiegata la ragione per la quale il volume (e prima di esso il convegno che si è svolto a Melbourne per prepararlo) sia limitato ai Paesi di "common law". Infatti, quasi tutti i problemi ivi studiati sono comuni anche ai Paesi di "civil law", ciò che dimostra ancora una volta la fragilità di questa "summa divisio".

Quest'ultima conclusione mi sembra rafforzata dall'altro volume, dedicato al "cosmopolitismo giudiziario", e cioè all'uso del diritto straniero nei sistemi costituzionali contemporanei. Si tratta di una cospicua ricerca, divisa in 31 saggi, opera di 36 autori, di parti diverse del mondo, articolata in sette parti, dedicate ai Paesi a diritto comune, ai Paesi dell'Europa continentale, a quelli del Nord Europa, a quelli dell'Europa dell'Est, a quelli asiatici, a quelli dell'America latina, a Israele.

Il ricorso al diritto straniero da parte di giudici nazionali, specialmente di giudici costituzionali, è considerato fenomeno singolare ed è anche rifiutato da parte di molte corti, che non vogliono riconoscere che un popolo possa farsi regolare da norme e principi nati e sviluppatasi in altri ordini giuridici. Il pregiudizio nazio-

nalistico del diritto, in realtà, è fenomeno degli ultimi due secoli, perché in precedenza – come dimostrato da uno dei grandi maestri italiani del diritto comparato, Gino Gorla – era frequente da parte delle corti il ricorso alla *lex alius loci*. Ora l'apertura dei giudici superiori al diritto straniero ha ripreso quota e Giuseppe Franco Ferrari, curatore e coautore dell'opera, si chiede quale sia la funzione e quali gli effetti dell'uso del diritto straniero, se per confermare o per innovare il diritto nazionale. L'altro grande problema è quello della scelta del diritto straniero da utilizzare, per evitare quello che viene definito "cherry picking" da parte dei giudici, cioè la scelta del diritto straniero che a loro appare più conveniente.

È certo comunque che le frontiere nazionali non sono delimitazioni invalicabili da parte dei giudici, che anzi fanno spesso ricorso a principi di diritti stranieri, così smentendo l'idea che il diritto sia necessariamente nazionale e che non vi siano principi universali, comuni a più ordinamenti giuridici. Questo grosso volume di 900 pagine ne è la migliore dimostrazione.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

THE FRONTIERS OF PUBLIC LAW

A cura di Jason NE Varuhus

e Shona Wilson Stark

Hart, Oxford, pagg. 541, € 78

JUDICIAL COSMOPOLITANISM. THE USE OF FOREIGN LAW IN CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL SYSTEMS

A cura di Giuseppe F. Ferrari

Brill Nijhoff, Leiden,

pagg. 901, € 348,28

