GIURISDIZIONE COSTITUZIONALE E POTERE DEMOCRATICAMENTE LEGITTIMATO

Vol. I

I SOGGETTI, GLI STRUMENTI E I MECCANISMI DEL DIALOGO

a cura di Daniele Butturini e Matteo Nicolini

Bononia University Press

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 3 14/09/17 10:43

Il volume è stato pubblicato con il finanziamento del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona

Questo volume è stato sottoposto a una procedura di valutazione anonima da parte di due *referees*.

Bononia University Press
Via Foscolo 7
40124 Bologna
tel. (+39) 051 232882
fax (+39) 051 221019

© 2017 Bononia University Press

ISBN 978-88-6923-258-9
ISSN 2283-7418
www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento totale o parziale,
con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm
e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i paesi.

Impaginazione: DoppioClickArt
Stampa: Global Print (Gorgonzola, Milano)

Prima edizione: settembre 2017

COLLANA "RICERCHE DI DIRITTO PUBBLICO COMPARATO"

diretta da

Lucio Pegoraro

La Collana "Ricerche di Diritto pubblico comparato" si propone di divulgare ricerche comparatistiche nei settori del diritto pubblico in un dialogo intenso con discipline diverse eppure contigue, quali la scienza politica, la criminologia, l'antropologia, la linguistica giuridica. Particolare attenzione sarà rivolta ai profili metodologici, in adesione al manifesto della *Revista General de Derecho Público Comparado – Comparative Public Law Review* (Iustel, Madrid), alla quale la Collana si collega.

Comitato di direzione:

Enrique Álvarez Conde
Rainer Arnold
Victor Bazán
Carlos Blanco de Morais
Tommaso E. Frosini
Francesco Palermo
Barbara Pozzo
Guillaume Tusseau

Comitato di valutazione:

Referees italiani:

Domenico Amirante, Michele Carducci, Ginevra Cerrina Feroni, Giovanni Cordini, Carlo Fusaro, Silvio Gambino, Mario Ganino, Adriano Giovannelli, Vincenzo Lippolis, Laura Montanari, Maurizio Oliviero, Romano Orrù, Elisabetta Palici di Suni, Angelo Rinella, Rolando Tarchi, Roberto Toniatti, Paola Viviani Schlein, Mauro Volpi.

Referees stranieri:

Domingo García Belaunde, Giovanni Azael Figueroa, José Palomino Manchego, André Ramos Tavares, Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Pedro Torres Estrada, Roberto Viciano Pastor.

Il Comitato di direzione, in ragione dei contenuti dell'opera da pubblicare, si riserva di integrare di volta in volta il parere del Comitato di valutazione con ulteriori esperti.

SOMMARIO

Premessa

Sergio Gerotto
Giustizia costituzionale e democrazia: premesse metodologiche per un'analisi dei rapporti tra giudice costituzionale e poteri democraticamente legittimati 11

Matteo Nicolini
"Dialogo", "tensione" e *supra-majoritarian difficulty*: per una lettura dei rapporti tra giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato 49

Enrico Andreoli
Dialogo o *judicial interpretation?*
La *political question doctrine*, tra giuridico e opportunità politica 75

Silvia Bagni
Riforme costituzionali e super-maggioranze parlamentari:
per un aggravamento variabile del procedimento di revisione 87

Giovanna Ligugnana
Parlamento, corti e amministrazione: il caso delle *ouster clauses* nell'ordinamento inglese 117

Francesca Rosa
Il giudice di fronte alla Brexit 135

Daniele Butturini
Brevi note in ordine alla natura costituzionale del Presidente della Repubblica tra concezioni teoriche e nuove ricostruzioni materiali 149

Alessio Rauti
La Corte costituzionale ed il legislatore. Il caso emblematico del controllo sulle leggi elettorali 171

Gli Autori 223

Sergio Gerotto

GIUSTIZIA COSTITUZIONALE E DEMOCRAZIA: PREMESSE METODOLOGICHE PER UN'ANALISI DEI RAPPORTI TRA GIUDICE COSTITUZIONALE E POTERI DEMOCRATICAMENTE LEGITTIMATI

Sommario: 1. Premessa: le tensioni tra giudice costituzionale e legislatore negli ordinamenti democratici moderni. – 2. L'origine del conflitto tra giudici e legislatori: l'attivismo giudiziario. – 3. Dall'attivismo giudiziario al dialogo. – 4. Una proposta per una parziale rilettura della concettualistica sulla giustizia costituzionale. – 4.1. L'interazione tra modelli e dinamica. – 4.2. Estensione dell'oggetto sottoposto a controllo. – 4.3. Composizione e formazione delle corti. – 4.4. Tecniche decisorie ed efficacia delle decisioni. – 5. Conclusioni.

1. Premessa: le tensioni tra giudice costituzionale e legislatore negli ordinamenti democratici moderni

Il XX secolo è il secolo del *judicial review*, afferma il giudice Aharon Barak in quella che viene definita la *Marbury v. Madison* israeliana[1]. Se ciò è vero, e per molti versi lo è, occorre aggiungere che il XX secolo è anche stato il secolo dei problemi connessi al *judicial review*, problemi sui quali non è ancora stata messa la parola fine neppure nel XXI. Il problema dei problemi è evidentemente quello della stessa legittimazione del controllo di costituzionalità. È un dato di fatto che laddove è previsto il controllo di costituzionalità delle leggi esiste anche un potenziale conflitto tra l'organo (o gli organi) che ne sono incaricati e l'organo democraticamente legittimato all'esercizio del

[1] *United Mizrahi Bank PLC v. Migdal Cooperative Village* (1995) 49 (iv) PD 221: «The twentieth century is the century of judicial review. It imparts real meaning to the principle of constitutionality, to constitutional democracy and to the proper balance between majority rule and human rights, between the collective and the individual. It may be said that whoever argues that judicial review is unde-mocratic is in effect arguing that the constitution itself is undemocratic». La vicenda del controllo di costituzionalità nell'ordinamento israeliano è piuttosto peculiare, giacché in qualche misura il controllo si è sviluppato in assenza di un vero e proprio parametro. Per una approfondita analisi rinviamo al saggio di Leonardo Pierdominici, in questo stesso volume.

potere legislativo[2]. Il conflitto è potenziale e latente, ma in certi casi è potente e reale. Basti pensare alla materia elettorale, che di fatto racchiude le regole che legittimano democraticamente lo stesso organo legislativo. In ogni altro ambito, un giudizio di incostituzionalità vulnera il prodotto della funzione legislativa, ma in materia elettorale un simile giudizio intacca le basi stesse della legittimazione democratica. Lo abbiamo visto in Italia con le due pronunce del 2014 e del 2017 sulle leggi elettorali[3], ma lo si nota in ogni altro ordinamento in cui il giudice costituzionale si trovi a dover decidere sulle leggi che disciplinano il meccanismo elettorale. È il caso del Giappone, e delle vicende legate al problema di *malapportionment* su cui si è trovata a dover decidere la Corte Suprema[4], o alle numerose pronunce della Corte di Karlsruhe in materia[5].

Ma il conflitto tra giudici e legislatore non è circoscritto alla sola materia elettorale. Esso può manifestarsi, e si manifesta, ogniqualvolta i primi si trovino a dover giudicare sulle scelte operate dal legislatore, ed è noto quanto pericolosamente vicina sia una valutazione basata sul parametro della ragionevolezza, quello più utilizzato dai giudici costituzionali, ad una valutazione di opportunità. Più è ampio il ventaglio delle scelte che si presenta al legislatore, maggiore è il rischio che il giudice si trovi a sindacare su terreni difficili e scivolosi. E non è sempre possibile al giudice ritrarsi dietro lo scudo delle *political question*. Anzi, spesso il giudice è chiamato a intervenire proprio a causa dell'inerzia del legislatore, come in Italia nei casi legati alle tematiche del fine vita.

Che esista questo potenziale conflitto è indubitabile, come è indubitabile che risulti assai arduo rinunciare al controllo di costituzionalità. Non a caso la sua stessa presenza è ormai assunta a parametro stesso per la valutazione del grado di democraticità di un ordinamento. Infatti, negli ordinamenti che transitano alla democrazia, si ricerca la presenza di un efficace controllo di costituzionalità proprio per stabilire se il transito

[2] In realtà, come vedremo meglio nel prosieguo, ciò che viene in rilievo sono le categorie più ampie di giustizia costituzionale e di potere democraticamente legittimato. Il primo non si risolve nel controllo di costituzionalità, il secondo non si risolve nel potere legislativo. Il problema deve dunque essere guardato dalla prospettiva più ampia dei contorni stessi della giustizia costituzionale, come giustamente rileva M. Nicolini, *"Dialogo", "tensione" e* supra-majoritarian difficulty*: per una lettura dei rapporti tra giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*.

[3] Se ne occupa, in questo volume A. Rauti, *La Corte costituzionale ed il legislatore. Il caso emblematico del controllo sulle leggi elettorali*.

[4] In D. Butturini, M. Nicolini (a cura di), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, vol. II, Bologna, Bup, pp. 000; E. Bertolini, *Corte suprema e potere democratico: la particolare interazione nel sistema nipponico*.

[5] Il caso tedesco è a tal proposito esemplare. In effetti, da una parte i giudici di Karlsruhe riconoscono sussistere una certa discrezionalità del legislatore in materia elettorale in conseguenza del fatto che il Costituente non ha operato una scelta nella sulla formula elettorale, dall'altra ha però ricostruito in via giurisprudenziale una solida concettualizzazione del principio di eguaglianza del voto, con la conseguenza di ammettere uno stringente controllo di costituzionalità circa l'elaborazione del diritto elettorale. La vicenda è ben ricostruita In D. Butturini, M. Nicolini (a cura di), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, vol. II, cit., pp. 000.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 12 14/09/17 10:43

stesso possa dirsi definitivamente compiuto. E il giudizio non è sempre positivo, come ben evidenzia il caso polacco, esaminato da Maria Dicosola in questo stesso volume[6]. Da questa prospettiva trova spiegazione il fatto che solo in pochissimi ordinamenti democratici si osservi l'assenza del controllo di costituzionalità delle leggi statali, se non addirittura il suo divieto[7]. Anche in questi casi, però, un'attenta analisi fa emergere l'ineluttabilità di sottoporre ad una qualche forma di controllo gli atti che in linea di principio sarebbero esentati. Ecco allora che in Svizzera, nonostante il formale divieto[8], il Tribunale federale si serve di un surrogato, il cosiddetto "controllo di convenzionali-

[6] M. Dicosola, *Legittimazione della giustizia costituzionale e transizioni costituzionali: il caso della Polonia*.

[7] Art. 120 della legge fondamentale olandese: «The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts»; Art. 190 della Costituzione svizzera «Le leggi federali e il diritto internazionale sono determinanti per il Tribunale federale e per le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto».

[8] In realtà, dalla disposizione contenuta nell'art. 190 dell'attuale Costituzione (equivalente al 113 c. 3 della Costituzione precedente al 2000) è possibile trarre due norme: una consistente in un obbligo d'applicazione di talune fonti (*Anwendungsgebot*), l'altra in un divieto di esaminarne la conformità a Costituzione (*Prüfungsverbot*). Per molto tempo il secondo dei due approcci è prevalso tanto nella dottrina come nella giurisprudenza. Fino al 1969, infatti, il Tribunale federale ha ritenuto irricevibili i ricorsi contro le leggi federali per presunte violazioni del diritto costituzionale. Dal 1969 è però iniziata un'evoluzione che ha dapprima temperato, e poi anche superato, l'interpretazione che traeva dall'art. 113 c. 3 Cost. 1874 un *Prüfungsverbot*. In un primo tempo i giudici di Losanna hanno sviluppato la teoria dell'interpretazione conforme, la quale permetteva loro un certo margine di manovra nei confronti delle leggi federali che si prestavano a diverse interpretazioni. In tali casi, pur partendo da una presunzione di conformità a Costituzione, i giudici avevano la possibilità di sviluppare soluzioni alternative a quelle che emergevano dalla lettera o dallo spirito della legge come incostituzionali (DTF, 95 I 330; 122 III 469 e 119 Ia 141). Ulteriori passi verso una più compiuta giurisdizione costituzionale sono stati compiuti nel 1991 e nel 1993. Nel 1991 il Tribunale federale ha espressamente affermato che la disposizione di cui all'art. 113 comma 3 Cost. 1874 non contiene un *Prüfungsverbot* bensì un *Anwendungsgebot*. Se dunque è vero, hanno affermato i giudici federali, che essi sono obbligati ad applicare le leggi federali – e il diritto internazionale –, ciò non sottrae loro la possibilità di esaminare, pur senza emettere sanzione alcuna, la conformità di tali atti alla Costituzione (DTF 117 Ib 367, ed in seguito 118 Ia 341, 119 V 271, 122 V 83 e altre). Nel 1993 per la prima volta il Tribunale federale ha disapplicato una legge federale in quanto contraria ad un trattato internazionale (DTF 119 V 171), stabilendo così la primazia del diritto internazionale sul diritto interno ed aprendo la strada ad una giurisprudenza che impedisce allo stesso Tribunale federale di applicare una legge federale qualora essa violi un diritto fondamentale garantito da una convenzione internazionale, in particolare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Si è così confermata una prassi che la dottrina aveva già da tempo definito come «*contrôle de la conventionnalité*» (M. Hottelier, *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral: contribution à l'étude des droits fondamentaux*, Lausanne, Payot, 1985) delle leggi federali, dopo che il Tribunale federale aveva affermato, in una decisione del 1985, di poter disapplicare una legge contrastante con la CEDU, senza però farlo in quella stessa occasione. Tale evoluzione giurisprudenziale è di estrema rilevanza per almeno due ordini di ragioni: da una parte perché dimostra che nell'ordinamento svizzero è avvertito un certo disagio a causa della mancanza del controllo di costituzionalità delle leggi federali a fronte degli *standards* imposti dal diritto internazionale pattizio (CEDU); dall'altra perché dimostra, come dicevamo poco sopra, che nella realtà non vi è una totale assenza del controllo di costituzionalità delle leggi federali in Svizzera. Riguardo l'influenza della CEDU sulla giurisprudenza del Tribunale federale si vedano i periodici rapporti sulla pratica svizzera in materia di diritti dell'uomo pubblicati in *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (SZIER)*.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 13 14/09/17 10:43

tà", valutando la conformità delle leggi federali al parametro dello *ius cogens* internazionale, e in particolare delle CEDU. Questo succede perché esiste in Svizzera una qualche forma di apertura al diritto internazionale che determina, appunto, la possibilità di un controllo degli atti legislativi in rapporto al parametro del diritto internazionale cogente[9]. Ed analogo schema è possibile riscontrare in Olanda[10]. Per una ragione diversa il conflitto tra giudici e poteri democraticamente legittimati emerge anche nel Regno Unito, paese tradizionalmente privo del *judicial review* degli atti del Parlamento. Anzi, a ben vedere il caso britannico mostra, e dimostra, come non esista una perfetta coincidenza tra controllo di costituzionalità e giustizia costituzionale, intesa questa come attività giurisdizionale volta all'interpretazione della Costituzione. In effetti, nelle recenti decisioni sulla Brexit[11], tese a stabilire la corretta procedura di uscita dalla UE dopo il *referendum* del 23 giugno 2016, i giudici britannici si sono dovuti confrontare, fra l'altro, con il problema dell'esatta definizione dei contorni della prerogativa regia del *treaty making* (e *un-making*) *power* del governo, ossia, detto in termini molto banali, l'esatta definizione di una non meglio precisata regola di natura costituzionale.

Così, stante l'ineluttabilità del controllo, non pare strano che in un ordinamento come quello canadese, forse più sensibile al problema del conflitto istituzionale di cui si discute per la convivenza in esso del principio della supremazia del Parlamento, di derivazione britannica, con un forte controllo di costituzionalità, sia stata sviluppata una teoria che spiega le dinamiche istituzionali in termini di dialogo tra giudici e legislatore, più che di conflitto[12]. E non è un caso neppure che tale teoria abbia varcato l'uscio delle aule universitarie per entrare in quelle giudiziarie. Nel 1998, infatti, il giudice della Corte Suprema Frank Iacobucci, ha richiamato espressamente in una sentenza la teoria del dialogo per rivendicare un certo ruolo della Corte Suprema nella dinamica istituzionale[13].

---

[9] Questa apertura al diritto internazionale è individuabile in modo chiaro in alcuni testi costituzionali. Così, l'art. 120 della legge fondamentale olandese, il quale recita: «The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts». Gli agganci testuali nella Costituzione svizzera sono addirittura più numerosi. L'art. 5 c. 4 afferma che «La Confederazione e i Cantoni rispettano il diritto internazionale», il 190 sancisce che «Le leggi federali e il diritto internazionale sono determinanti per il Tribunale federale e per le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto», per il 193 c. 4 «Le disposizioni cogenti del diritto internazionale non possono essere violate», e infine, addirittura, 194 c. 2, «Ogni revisione parziale deve rispettare il principio dell'unità della materia e non può violare le disposizioni cogenti del diritto internazionale».

[10] G. Martinico, *Fra* cliché *e forme alternative di* judicial review*: l'interessante caso di apertura costituzionale dei Paesi Bassi*.

[11] Sulle quali si possono leggere i lavori di R. Mullender, *The Meaning of Miller: A Meditation on the Politics of the Legal Constitution*, in D. Butturini, M. Nicolini (a cura di), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, vol. II, cit., pp. 000 e F. Rosa, *Il giudice di fronte alla Brexit*, in questo volume.

[12] P.W. Hogg, A.A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing after All)*, in *Osgoode Hall Law Journal*, n. 35, 1997, p. 75.

[13] «As I view the matter», afferma il giudice Iacobucci, «the Charter has given rise to a more dynamic interaction among the branches of governance. This interaction has been aptly described as a "dialogue" by some (see e.g. Hogg and Bushell, supra). In reviewing legislative enactments and executive decisions to ensure

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 14 14/09/17 10:43

Insomma, siamo di fronte a quello che si definisce il problema della legittimità del *judicial review*, o, con la fortunata definizione coniata da Alexander Bickel, la *counter-majoritarian difficulty*[14]. Il problema, forse uno dei più noti della teoria costituzionale, deve la sua fama, tra le altre cose, al fatto di essere un vizio congenito del controllo di costituzionalità. Nell'esercitare la funzione che gli è propria, cioè colpire le leggi contrarie alla Costituzione, gli organi incaricati del controllo di costituzionalità agirebbero contro la volontà della maggioranza che ha adottato tali leggi, e ciò rappresenterebbe un problema per la stessa democrazia, dal momento che i giudici costituzionali agirebbero privi della legittimazione democratica che invece è propria dell'organo legislativo.

Il problema può essere declinato in svariati modi. Ad esempio, se è vero che il giudice incaricato del controllo di costituzionalità è potenzialmente in grado di mettersi in una posizione anti-maggioritaria, è pur vero che la Costituzione, da esso difesa, non è sostenuta dalla maggioranza contingente che di volta in volta regge l'indirizzo politico, ma dalla maggioranza, ben più ampia, che legittima la stessa costituzione. D'altra parte ciò non vale di per sé a eliminare il potenziale conflitto, posto che il giudice costituzionale entra di frequenza, e direi necessariamente, nelle scelte del legislatore. In breve, non è corretto ritenere inesistente il problema in base al presupposto che tutto quanto è previsto in Costituzione è, per ciò stesso, democraticamente legittimo. E non è neppure corretto ritenerlo irrilevante, sulla base del presupposto, questa volta, che non si possa fare a meno di un istituto che, seppur problematico sotto il profilo della legittimità democratica, serve a proteggere un nucleo di diritti individuali e fondamentali dalla stessa maggioranza, la quale ovviamente non può trasformarsi in tiranno. Entrambe le prospettive sono poco soddisfacenti sotto il profilo teorico-metodologico. La prima infatti non contempla tutti quegli ordinamenti in cui il controllo di costituzionalità non è formalmente previsto dalla Costituzione. La seconda non elimina il problema, limitandosi a marginalizzarlo come male minore di fronte ad una esigenza di più alto lignaggio, se così si può dire.

In realtà non si può negare che il controllo di costituzionalità, o più in generale la giustizia costituzionale, porti con sé alcuni aspetti problematici, i quali vanno osservati da almeno due angoli visuali diversi. Da un punto di vista funzionale il problema con-

---

constitutional validity, the courts speak to the legislative and executive branches. As has been pointed out, most of the legislation held not to pass constitutional muster has been followed by new legislation designed to accomplish similar objectives (see Hogg and Bushell, supra, at p. 82). By doing this, the legislature responds to the courts; hence the dialogue among the branches.

To my mind, a great value of judicial review and this dialogue among the branches is that each of the branches is made somewhat accountable to the other. The work of the legislature is reviewed by the courts and the work of the court in its decisions can be reacted to by the legislature in the passing of new legislation (or even overarching laws under s. 33 of the Charter). This dialogue between and accountability of each of the branches have the effect of enhancing the democratic process, not denying it». *Vriend* v. *Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, pp. 566-567.

[14] A. Bickel, *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven-London, Yale University Press, 1986.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 15 14/09/17 10:43

siste nello stabilire fino a che punto il giudice delle leggi può spingersi nell'interpretare la Costituzione e gli atti soggetti al suo controllo senza invadere le sfere riservate agli altri poteri dello Stato, e in particolare quella riservata al legislatore. Da un punto di vista strutturale il problema consiste invece nell'individuare le regole che consentono al controllo di costituzionalità di armonizzarsi nel miglior modo possibile nell'ordinamento democratico in cui si trova inserito. Il primo problema necessita, per essere risolto, principalmente di una teoria dell'interpretazione; per il secondo serve invece un approccio di ingegneria costituzionale. I due punti di vista non possono però rimanere del tutto separati. Un approccio strutturale non può fare a meno di quello funzionale e viceversa, come meglio diremo nel prosieguo.

Per chiarire, la prospettiva funzionale emerge con maggior evidenza in ordinamenti come quello francese e statunitense. In entrambi i casi, infatti, il problema è frequentemente posto nei termini dei limiti al controllo di costituzionalità. Le soluzioni prospettate, e prospettabili, sono diverse. In Francia, ad esempio, ci si chiede se e quanto siano legittime le *réserves d'interprétations*, che pretendono di vincolare il legislatore ad applicare la legge nel senso voluto dal *Conseil constitutionnel*[15]. Allo stesso modo, negli Stati Uniti, alcuni si chiedono quale significato attribuire alle disposizioni costituzionali affinché il risultato finale della decisione non ecceda i limiti ai quali dovrebbe essere soggetto il giudice costituzionale nella sua attività di interprete della Costituzione, concludendone, in *extrema ratio*, che il giudice dovrebbe essere vincolato all'*original meaning* delle parole usate dai Padri costituenti, o al loro *original intent*[16]. In ambedue

[15] Le *réserves d'interprétations* rientrano in uno schema decisorio usato dal *Conseil constitutionnel* per far salve le disposizioni legislative sottoposte al suo esame. Il meccanismo prevede che il *Conseil* vincoli la conformità a Costituzione alla condizione che le disposizioni incriminate vengano applicate, e quindi interpretate, secondo le indicazioni del *Conseil* stesso. Sul punto A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999; B. Mathieu, *Le Conseil constitutionnel «législateur positif». Ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative*, R.I.D.C. 2-2010, pp. 508-531; C. Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*, Bruylant, LGDJ, 2006.

[16] Con il termine originalismo si suole designare, nella dottrina statunitense, una famiglia di teorie incentrate sull'assunto che la Costituzione abbia un significato immutabile e conoscibile. Scopo delle teorie originaliste è limitare la libertà interpretativa dei giudici imponendo come canone interpretativo ora l'*original intent* dei *Founding Fathers*, ora l'*original meaning* dei termini che essi impiegarono per costruire le proposizioni che formano il testo della Costituzione. Forse uno dei più noti esponenti del primo approccio è Robert Bork, che l'ha esposta in varie opere come tesi dell'*original understanding* (si veda in particolare R.H. Bork, *The tempting of America: the political seduction of the law*, New York-London, Free Press-Collier Macmillan, 1990). Il secondo approccio è invece quello del giudice Antonin Scalia, recentemente scomparso (si veda A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997).

Le posizioni teoriche collocabili all'interno della categoria dell'originalismo sono però molto diverse l'una dall'altra. La categoria annovera, tra l'altro, quella ricostruzione denominata *interpretivism*, secondo cui i giudici «should confine themselves to enforcing norms that are stated or clearly implicit in the written Constitution» (J.H. Ely, *Democracy and distrust: A theory of judicial review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980. Per una posizione critica si veda M. Tushnet, *Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*, in *Harvard Law Review*, n. 96, 1983, p. 781). Ai fini della nostra indagine, quel che conta è però il nucleo centrale che accomuna queste teorie: il fatto cioè che esse mirano a risolvere i problemi

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 16 14/09/17 10:43

i casi l'approccio è funzionale, giacché nell'una e nell'altra situazione l'interrogativo è posto sulla funzione del giudice costituzionale: giudicare, ma come? Non porta a risultati tanto diversi interrogarsi sulla tipologia delle sentenze con la finalità di stabilire quali siano legittime e quali no, o sul ruolo del singolo giudice all'interno dell'organo incaricato del controllo di costituzionalità, con lo scopo di stabilire quale sia il limite della sua attività interpretativa, ad esempio in relazione al peso che possono avere le opinioni dissenzienti e quelle concorrenti.

Un esempio invece di prospettiva strutturale è offerto, quasi paradossalmente, dal caso svizzero. Il rifiuto di prevedere espressamente il controllo di costituzionalità delle leggi federali si spiega infatti con l'esigenza, strutturale appunto, di non consentire ad un organo privo di legittimazione democratica diretta[17] di avere voce in capitolo su decisioni prese da un organo che invece quella legittimità può vantare, il Parlamento; tanto più che le decisioni in questione possono, e a volte debbono, essere avallate per via referendaria. In altre parole, al problema strutturale della *countermajoritaria difficulty*, massima in un ordinamento fortemente improntato sulla democrazia diretta, la risposta strutturale è non prevedere il controllo di costituzionalità.

Se gli esempi ora evocati fanno emergere con maggior evidenza o l'una o l'altra delle prospettive da cui si può guardare al controllo di costituzionalità, vi sono anche casi in cui si nota l'irrinunciabilità di un approccio che non le scinda. Il Canada, rappresenta un caso emblematico, e forse anche paradigmatico. In Canada è stata perfezionata, e concretamente impiegata, una teoria, la teoria del dialogo, nata proprio per far fronte al problema dell'antidemocraticità del *judicial review*[18].

Ebbene, tale teoria colloca il controllo di costituzionalità in un quadro che valorizza il dialogo istituzionale tra organi, nel senso che le decisioni degli organi incaricati di vigilare sul rispetto della Costituzione non sono concepite come definitive, ma piuttosto

di antidemocraticità del *judicial review* congelando in vario modo il testo della Costituzione, con la conseguente limitazione della discrezionalità interpretativa dei giudici. Se la Costituzione è stata approvata dai rappresentanti del popolo, l'originalismo si prefigge di mantenere intatta la sovranità riconsegnando al legittimo detentore, il popolo stesso per mezzo della procedura di revisione, il potere costituente, il potere di modificare i significati della Costituzione stessa.

[17] Va comunque detto che i giudici del Tribunale federale sono eletti dall'Assemblea federale in seduta congiunta, e per questo si può ritenere che abbiano in qualche misura una legittimazione indiretta, come sostiene A. Gamper con riferimento al caso austriaco. A. Gamper, *Corte costituzionale austriaca e legittimazione democratica*, in D. Butturini, M. Nicolini (a cura di), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, vol. II, cit., pp. 000.

[18] La prima formulazione in terra canadese si deve, come abbiamo già anticipato, a Peter Hogg ed Allison Bushell, P.W. Hogg, A.A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*, cit. L'articolo in questione ha suscitato un ampio dibattito nella dottrina canadese. A dieci anni di distanza da quell'articolo, i due autori sono tornati sulla questione per rispondere alle numerose critiche mosse nei loro confronti e puntualizzare alcuni aspetti della stessa teoria alla luce della più recente giurisprudenza, P.W. Hogg, A.A. Thornton, W.K. Wright, *Charter Dialogue Revisited - Or Much Ado About Methaphors*, in *Osgoode Hall Law Journal*, n. 45, 2007, p. 1.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 17 14/09/17 10:43

come parti di un dialogo con gli altri rami del potere statale. La Corte Suprema dialoga utilizzando il linguaggio che conosce, quello delle sentenze. Per contro, gli altri rami del potere utilizzano gli atti normativi. Così, se la Corte Suprema dichiara incostituzionale una legge, federale o provinciale, perché pone ai diritti sanciti dalla Carta canadese dei diritti e delle libertà limiti che vanno oltre quelli ragionevoli e giustificati «in a free and democratic society»[19], il legislatore può rispondere approvando una nuova legge che ridefinisce i limiti secondo le indicazioni della Corte. Questa è una forma semplificata delle tante possibilità di dialogo possibili, ma è a questo che fa riferimento la teoria di cui si discute, una teoria che guarda tanto all'aspetto strutturale come a quello funzionale. Da una parte essa infatti prende in considerazione il rapporto tra gli organi e tutto ciò che strutturalmente lo rende possibile, come la possibilità offerta al legislatore dall'articolo 33 della Carta di derogare alle decisioni della Corte, o quella di porre dei limiti, come abbiamo visto, ai diritti tutelati dalla Carta. Dall'altra, non trascura l'aspetto funzionale laddove considera, ad esempio, il modo in cui il concetto di dialogo viene impiegato dalla Corte. Non è infatti la stessa cosa dialogare con deferenza nei confronti del legislatore, cosa che la Corte fa in molti modi, tra i quali quello di differire gli effetti delle decisioni lasciando tempo ai legislatori di adeguare la normativa viziata, o invece assumere un atteggiamento attivista e trasformare il dialogo in una sorta di monologo.

Insomma, un'analisi delle problematiche legate al controllo di costituzionalità non può separare l'aspetto funzionale da quello strutturale. Il limite di molti approcci impiegati per dare soluzione al problema della legittimità democratica del *judicial review* sembra proprio risiedere nella eccessiva enfasi posta sull'aspetto funzionale, passando in secondo piano le caratteristiche sistemiche e strutturali dell'istituto. In altre parole, non ci si può limitare alla sola teoria dell'interpretazione. Si tratta allora di analizzare anche la struttura degli ordinamenti democratici per capire se l'"impianto" in essi di un istituto come il controllo di costituzionalità provochi delle "turbative", ed eventualmente in quale misura ciò incida sull'assetto stesso degli ordinamenti. Da questa prospettiva sono rilevanti tutti quei casi in cui il controllo di costituzionalità è nato con una precisa forma ed è evoluto in seguito, espandendosi oltre il disegno dei suoi ideatori. Si pensi al caso della Francia, ad esempio, dove il *Conseil constitutionnel* si è confezionato un ruolo non previsto dal Costituente del 1958, al punto che, afferma acutamente Passaglia, il legittimato ha finito per legittimare il legittimante[20]. Ma è anche il caso degli Stati Uniti, con l'acceso dibattito, o addirittura l'ossessione, della dottrina per i problemi di legittimità del *judicial review*[21].

---

[19] Art. 1 della Carta canadese dei diritti e delle libertà.

[20] P. Passaglia, *Lo strano caso del legittimato che legittimò il legittimante: il* Conseil constitutionnel *e la Costituzione della Quinta Repubblica francese.*

[21] Il riferimento all'ossessione della dottrina per i problemi di legittimità del *judicial review* è preso da B. Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part V*, in *Yale Law Journal*, n. 112, 2002, p. 153.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 18 14/09/17 10:43

Non si tratta di un'analisi semplice. È infatti impossibile congelare le variabili in gioco. Ciò non toglie che sia doveroso farlo, in particolare perché le dinamiche che vedono coinvolti poteri democraticamente legittimati e giudici costituzionali sembrano imporre addirittura un ripensamento delle categorie concettuali con cui viene spiegata proprio la giustizia costituzionale. In sostanza, non è tanto, o non solo, una questione di rapporti fra poteri, ma di cosa la giustizia costituzionale sia diventata nel secolo del *judicial review* ed in quello che stiamo vivendo.

2. L'origine del conflitto tra giudici e legislatori: l'attivismo giudiziario

La *countermajoritarian difficulty*, teorizzata da Alexander Bickel in uno degli scritti più citati della dottrina statunitense[22], rappresenta un problema addirittura genetico della Costituzione USA. Certo, Alexander Hamilton, in un articolo che sarebbe andato a comporre il *Federalist*, si diceva sicuro del fatto che «the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution»[23], ma Robert Yates, uno degli autori dell'Anti-Federalist, gli rispondeva con argomentazioni di opposto tenore, sostenendo che «this court will be authorised to decide upon the meaning of the constitution, and that, not only according to the natural and ob[vious] meaning of the words, but also according to the spirit and intention of it. In the exercise of this power they will not be subordinate to, but above the legislature»[24].

La legittimità del *judicial review* è stata messa in discussione fin dai tempi di *Marbury* v. *Madison* (1803)[25]. Ma la critica al *judicial review* non è sempre stata radicale.

[22] «When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. It is an altogether different kettle of fish, and it is the reason the change can be made that judicial review is undemocratic» (A. Bickel, *The least dangerous branch*, cit., pp. 16-17).

[23] In *Federalist* n. 78, *The Judges as Guardians of the Constitution*.

[24] *Anti-federalist Papers* n. 15, del 20 marzo 1788. Gli *Anti-federalist Papers* sono una raccolta di scritti nei quali gli avversari della Costituzione statunitense cercarono di confutare le tesi a favore sostenute principalmente da Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. Come i *Federalist Papers* furono scritti generalmente sotto pseudonimo (il passaggio riportato nel testo è a firma di *Brutus*, pseudonimo di Robert Yates), ma diversamente da essi non sono stati raccolti in un'unica opera. Vi sono infatti varie raccolte, più o meno estese, di saggi qualificabili come *Anti-federalist Papers* in quanto rientranti nel dibattito per l'approvazione della Costituzione statunitense. Facciamo qui riferimento a M. Borden (ed.), *The Antifederalist Papers*, East Lansing, Michigan State University Press, 1965.

[25] Cfr. sul punto, tra i molti, A.F. Westin, *Introduction: C. Beard and American Debate over Judicial Review, 1790-1961*, in C.A. Beard (ed.), *The Supreme Court and the Constitution*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1962, ristampa dell'edizione del 1938. Per ricostruire la vicenda è utile anche *The Constitution of the United States of America Analysis and Interpretation* pubblicazione curata e costantemente aggiornata dallo U.S.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 19 14/09/17 10:43

In effetti, si possono rinvenire numerosi casi, sia precedenti, sia successivi a *Marbury* v. *Madison* in cui viene teorizzata la possibilità del *judicial review* utilizzando il parametro costituzionale, ed in particolare la *Supremacy clause*[26]. In proposito, il giudice Oliver Wendell Holmes è ricordato, fra l'altro, per aver dichiarato «I do not think the United States would come to an end if we lost our power to declare an Act of Congress void. I do think the Union would be imperiled if we could not make that declaration as the laws of the several States»[27].

La natura controversa del *judicial review* emerge dall'osservazione dei numerosi limiti che la dottrina e la stessa giurisprudenza hanno costruito in merito al suo esercizio. Marshall, il *Chief justice* che decise *Marbury* v. *Madison*, sostenne, che la Corte non giudica (*will not take jurisdiction*) se non deve farlo, ma lo fa (*must take jurisdiction*) quando è tenuta a farlo[28]. In sostanza, il *judicial review* sarebbe limitato dalle regole procedurali. Allo stesso modo, la Corte sarebbe vincolata a pronunciarsi su questioni costituzionali solo se strettamente necessario. Si tratta della *Doctrine of "Strict Necessi-*

Publishin Office e disponibile online (http://www.gpo.gov). Va comunque notato che l'idea del controllo di costituzionalità non si formò in quel preciso istante. Non è infatti corretto dire che la Corte Suprema abbia "inventato" il *judicial review*. In effetti, se si individua la radice ideologica del controllo di costituzionalità nell'idea di legge superiore si può risalire fino ad Aristotele ed al rimedio del *graphe paranomon*, un ricorso che garantiva la conformità dei decreti dell'assemblea cittadina (*psefismata*) alle leggi (*nomoi*). Sul punto M. Cappelletti, *The judicial process in comparative perspective*, Oxford-New York, Clarendon Press, 1989, pp. 121-122; M.H. Hansen, M.C. Rogozinski, *Graphe paranomon la sovranità del tribunale popolare ad Atene nel 4. secolo a. C. e l'azione pubblica contro proposte incostituzionali*, Torino, Giappichelli, 2001. Il precedente moderno cui si fa generalmente risalire la nascita del *judicial review* è però il *Dr. Bonham's Case*, deciso dal Tribunale dei *Common Pleas* già nel 1610. Nel decidere il caso di un medico che aveva esercitato la professione senza l'autorizzazione chiesta dal Collegio medico di Londra, Sir Edward Coke dichiarò contraria ai principi della *common law* la legge che imponeva tale autorizzazione. Coke in sostanza fece coincidere la legge fondamentale con i principi della *common law*, traendone la conseguenza di utilizzarli come parametro per valutare la legittimità delle leggi. «And it appears in our books», sostiene Coke, «that in many cases, the common law will control acts of parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such act to be void» [il testo della decisione può facilmente essere reperito online, ad esempio presso *The Online Library of Liberty* (http://oll.libertyfund.org/)]. Sull'origine del *judicial review* si vedano almeno: T.F.T. Plucknett, *Bonham's Case and Judicial Review*, in *Harvard Law Review*, n. 40, 1926, p. 30; P.A. Freund (ed.), *History of the Supreme Court of the United States - vol. I - Antecedents and Beginnings to 1801*, New York-London, Macmillan-Collier Macmillan, 1971; A. Reposo, *I prototipi: dal Bonham's case al judicial review of legislation negli Stati Uniti d'America*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Reposo, M. Volpi (a cura di), *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, Monduzzi, 1997, p. 847; L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, Giappichelli, 2007, in particolare p. 11 ss., oltre che l'opera di M. Cappelletti, *The judicial process in comparative perspective*, cit.

[26] *Ware* v. *Hylton*, 3 Dall. (3 U.S.) 199 (1797), ad esempio; *Martin* v. *Hunter's Lessee*, 1 Wheat. (14 U.S.) 304 (1816), *Cohens* v. *Virginia*, 6 Wheat, (19 U.S.) 264 (1821) e altre.

[27] O.W. Holmes, *Collected Legal Papers*, Boston, Harcourt-Brace and Co., 1921, pp. 295-296.

[28] *Cohens* v. *Virginia*, cit.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 20 14/09/17 10:43

ty", enunciata dalla Corte in numerose pronunce[29]. Altro limite è quello che già Thayer ipotizzò formulando la teoria del *Clear Mistake*. In base a tale dottrina, una legge dovrebbe essere dichiarata incostituzionale dalla Corte «when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, – so clear that it is not open to rational question»[30]. In altre parole, una legge non potrebbe essere invalidata se non quando la sua incostituzionalità emergesse oltre ogni ragionevole dubbio, ciò che non è privo di problemi, come ad esempio il fatto di considerare sussistere il ragionevole dubbio con una maggioranza di 5 giudici su 4. Ed ancora, limitano l'esercizio del *judicial review* la presunzione di costituzionalità[31] ed il principio della *disallowance by statutory interpretation*[32]. Quest'ultimo, equiparabile alle nostre interpretative di rigetto, è controverso perché se da un lato limita la discrezionalità del giudice nell'interpretazione del parametro, dall'altra la estende in relazione all'oggetto del controllo. Infine, un altro importante limite all'esercizio del *judicial review* è rappresentato dalla dottrina sulle *political question*, in base alla quale la Corte Suprema è tenuta a non pronunciarsi su questioni che presentino profili per i quali viene in rilievo la competenza del governo o del Congresso[33].

Ciò premesso, non stupisce che si sia sviluppata negli USA, prima che altrove, una forte critica nei confronti del ruolo svolto dal giudiziario nella veste di controllore della costituzionalità delle leggi. Ciò che si critica è l'attivismo delle corti (*judicial activism*), cioè quell'atteggiamento secondo il quale i giudici «make the law in their own image», in parole povere legiferano; «are eager to make law and do not avoid or minimize con-

[29] *Berea College* v. *Kentucky*, 211 U.S. 45, 53 (1908); *Siler* v. *Louisville & N.R.R. Co.*, 213 U.S. 175, 191 (1909); *Carter* v. *Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238, 325 (1936); *Spector Motor Service* v. *McLaughlin*, 323 U.S. 101, 105 (1944); *Coffman* v. *Breeze Corp.*, 323 U.S. 316, 324-325 (1945); *Alma Motor* v. *Timken Co.*, 329 U.S. 129 (1946); *Rescue Army* v. *Municipal Court*, 331 U.S. 549, 568-575 (1947).

[30] J.B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, n. 7, 1893, pp. 129, 144.

[31] *Ogden* v. *Saunders*, 12 Wheat. (25 U.S.) 213, 270 (1827); *Fletcher* v. *Peck*, 6 Cr. (10 U.S.) 87, 128 (1810); *Legal Tender Cases*, 12 Wall. (79 U.S.) 457, 531 (1871).

[32] *Rust* v. *Sullivan*, 500 U.S. 173, 190-191 (1991); *Public Citizen* v. *United States Dept. of Justice*, 491 U.S. 440, 465-467 (1989); *Edward J. DeBartolo Corp.* v. *Florida Gulf Coast Building & Constr. Trades Council*, 485 U.S. 568, 575 (1988).

[33] Sulle tensioni innescate dalla *political question doctrine* negli USA, in questo volume E. Andreoli, *Dialogo o* judicial interpretation*? La* political question doctrine*, tra giuridico e opportunità politica*. Va anche detto, comunque, che una impostazione come quella della dottrina delle *political question* non può attecchire ovunque. È stato infatti acutamente osservato che in alcuni ordinamenti, fra i quali quello italiano, il ritrarsi di un giudice, fosse anche quello incaricato del controllo di costituzionalità, di fronte ad un caso che presenti natura politica, potrebbe configurare una ipotesi di denegata giustizia. Cfr. G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca. Tipologie decisorie e* Nachbesserungspflicht *nel controllo di costituzionalità*, Torino 2002. Dello stesso avviso G. Delledonne, *Giurisdizione costituzionale e politica nella "Repubblica di Karlsruhe"*, in D. Butturini, M. Nicolini (a cura di), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, vol. II, cit., pp. 000.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 21 14/09/17 10:43

stitutional judgement», ossia non vedono l'ora di farlo; «give the rights of individuals and groups primacy over the public good» e, infine «the fourth element of judicial activism is the idea that, when they displace policies established by legislatures and the executive, have the final word and act in an undemocratic manner»[34]. In poche parole, quello che i critici del *judicial review* temono è che le corti invadano la sfera riservata al potere legislativo creando nuovo diritto anziché limitarsi a decidere casi concreti.

La questione del *judicial activism* negli Stati Uniti può sinteticamente riassumersi nel confronto, o meglio ancora nel conflitto, tra la Corte Suprema e gli altri organi dello Stato, esecutivo e legislativo, con essa in disaccordo sul modo di interpretare il *Bill of Rights*[35].

Il caso più noto di conflitto tra una Corte orientata e attivista con gli altri rami del potere è quello che ha visto fronteggiarsi da un lato la cosiddetta *Lochner Court*[36], il cui attivismo giudiziario era rivolto a favorire i grandi gruppi industriali con un atteg-

[34] K. Roach, *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2001. Tutte le citazioni sono tratte da pagina 10. Sono molte le opere che affrontano il tema del *judicial activism*. Ne ricordiamo solo alcune fra quelle statunitensi e canadesi: P. Carrese, *The cloaking of power: Montesquieu, Blackstone, and the rise of judicial activism*, Chicago, University of Chicago Press, 2003; J.D. Carter, *The Warren Court and the Constitution; a critical view of judicial activism*, Gretna, Pelican Pub. Co., 1973; B. Dickson, *Judicial activism in common law supreme courts*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2007; R.E. Fisher, *The concept of judicial activism: its nature and function in United States constitutional law*, Sherman Oaks, Banner Books International, 1977; D.F. Forte, *The Supreme Court in American politics; judicial activism vs. judicial restraint*, Lexington, Heath, 1972; S. Harwood, *Judicial activism: a restrained defense*, San Francisco, Austin & Winfield, 1996; R. Juul, *Some reflections on judicial activism*, Philadelphia, Xlibris Corp., 2000; T.M. Keck, *The most activist supreme court in history: the road to modern judicial conservatism*, Chicago, University of Chicago Press, 2004; J.B. Kelly, *Governing with the Charter: legislative and judicial activism and framers' intent*, Vancouver, UBC Press, 2005; R. Leishman, *Against judicial activism: the decline of freedom and democracy in Canada*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2006; F.P. Lewis, *The context of judicial activism: the endurance of the Warren Court legacy in a conservative age*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1999; A.S. Miller, *Toward increased judicial activism: the political role of the Supreme Court*, Westport, Greenwood Press, 1982; S. Powers, S. Rothman, *The least dangerous branch?: Consequences of judicial activism*, Westport, Praeger, 2002; M.A. Rebell, A.R. Block, *Educational policy making and the courts: an empirical study of judicial activism*, Chicago, University of Chicago Press, 1982; K. Roosevelt, *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*, New Haven, Yale University Press, 2006; H. Schwartz, *The Rehnquist court: judicial activism on the right*, New York, Hill and Wang, 2002; T. Sowell, *Judicial activism reconsidered*, Stanford, Hoover Institution-Stanford University, 1989. In italiano si veda G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalisto americano - II - La Costituzione democratica*, Torino, Giappichelli, 2000, in particolare il paragrafo intitolato *Il dibattito in America circa i metodi per l'interpretazione pratica e per l'applicazione della Costituzione*, p. 313 ss.

[35] La locuzione *judicial activism* è nata più che da argomentazioni scientificamente fondate da un atteggiamento aprioristicamente critico nei confronti delle Corti impegnate nell'opera di interpretazione delle carte dei diritti. Fa giustamente notare K. Roach, *The Supreme Court on trial*, cit., pp. 9-10, che «before critics assert that a court has engaged in judicial activism, and by doing so suggest that the judges have acted improperly, they should be required to explain what they expect from judges as well as their understanding of rights and democracy».

[36] La definizione Lochner Court viene dal celeberrimo caso *Lochner* v. *New York*, 198 U.S. 45 (1905), nel quale la Corte Suprema statunitense, presieduta dal Chief Justice Melville Weston Fuller, usò la clausola del *due process* per sostenere la dichiarazione di incostituzionalità di una legge che imponeva un monte ore massimo per gli operai dei panifici.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 22 14/09/17 10:43

giamento di *laissez-faire* sul piano economico, dall'altro il presidente Franklin Delano Roosevelt, fautore di un approccio più interventista dello Stato in economia. Fu uno scontro decisamente acceso, al punto che il presidente Roosevelt arrivò a criticare pubblicamente la Corte Suprema in una delle sue celebri *Fireside Chats*. «The Court has been acting not as a judicial body, but as a policy-making body», sostenne il president Roosevelt, rincarando subito dopo la dose: «the Court in addition to the proper use of its judicial functions has improperly set itself up as a third house of the Congress – a super-legislature, as one of the justices has called it – reading into the Constitution words and implications which are not there, and which were never intended to be there»[37]. È noto come andarono poi le cose. Non fu neppure necessario il tentativo di Roosevelt di impacchettare la Corte con una riforma che prevedeva la nomina di nuovi giudici, fino a un massimo di 15, qualora un giudice in attività avesse raggiunto i settant'anni ma si fosse rifiutato di ritirarsi[38]. La Corte infatti cambiò il proprio orientamento in senso opposto alla giurisprudenza *Lochner* con una serie di decisioni nel 1937. Il famoso *switch in time that saved nine* rese quindi inutile l'iniziativa presidenziale, peraltro osteggiata dallo stesso Congresso, che pure era favorevole a Roosevelt.

Il confronto tra il presidente Roosevelt e la Corte Suprema nel 1937 non è però l'unico esempio di conflittualità istituzionale generata dal *judicial activism*. Tutta la parabola che va dalla decisione *Dred Scott* v. *Sandford*[39], in cui la Corte Suprema costituzionalizza, per così dire, la schiavitù, alla decisione *Brown* v. *Board of Education*[40], in cui, quasi cent'anni dopo, dichiara incostituzionale la pratica del *separate but equal* nelle scuole, può inquadrarsi nella complessa problematica del *judicial activism*. Il superamento della dottrina del *separate but equal* si deve proprio alla corte più attivista della storia statunitense, quella presieduta dal *Chief Justice* Earl Warren tra il 1953 ed il 1969, la quale, con la decisione *Brown* v. *Board of Education*, sancì che «in the field of public education the doctrine of "separate but equal" has no place. Separate educational facilities are inherently unequal»[41].

I casi appena citati non sono i soli esempi possibili di conflittualità ingenerata dal *judicial activism*. Di conflitto si può parlare anche in relazione alle decisioni che proibirono l'imposizione della preghiera ufficiale[42] e della lettura della Bibbia[43] nelle scuole

[37] *Fireside Chat on Reorganization of the Judiciary*, March 9, 1937. Le trascrizioni delle *fireside chats* sono disponibili al seguente URL: http://www.mhric.org/fdr/.

[38] I brani poco sopra citati sono tratti da una Fireside Chat pronunciata proprio in occasione di questo tentativo di riforma.

[39] *Dred Scott* v. *Sanford*, 60 U.S. 19 How. 393 (1856).

[40] *Brown* v. *Board of Education of Topeka*, 37 U.S. 483 (1954).

[41] *Ibidem*.

[42] *Engel* v. *Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).

[43] *Abington School Dist.* v. *Schempp*, 374 U.S. 203 (1963).

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 23 14/09/17 10:43

pubbliche. Analogo discorso può essere fatto per la decisione con cui la Corte Suprema ha sancito il diritto della donna ad interrompere una gravidanza nei primi tre mesi traendolo dal diritto alla *privacy*[44], o quella con la quale ha stabilito che il *flag burning* – ogni atto riportabile alla categoria del vilipendio alla bandiera – deve considerarsi una «expressive conduct protected by the First Amendment»[45].

Tutto ciò dimostra che gli esiti del *judicial activism* sono potenzialmente conflittuali. Ciò che la Corte Suprema statunitense decide, nell'esercitare la propria funzione di interprete della Costituzione, non è sempre condiviso dall'opinione pubblica o dagli altri rami del potere. Il conflitto è però connaturato al sistema della giustizia costituzionale. Una decisione, qualsiasi decisione, scontenta sempre qualcuno, tanto più che i giudici sono politicamente orientati, negli Stati Uniti come in altri paesi. Il problema allora sta non tanto nel *judicial activism* stesso, ma piuttosto nelle caratteristiche del sistema che favoriscono il suo esito conflittuale invece di attenuarlo. Partendo dall'assunto che il giudice costituzionale non è il depositario della verità assoluta, e che quindi anche le sue decisioni possono essere rimesse in discussione, la soluzione al problema della conflittualità insita nel *judicial activism* risiede negli strumenti che consentono di mettere in discussione le decisioni della Corte Suprema e non nel ruolo che essa svolge all'interno dell'ordinamento. Se per ridiscutere le decisioni della Corte gli unici strumenti offerti dall'ordinamento sono le procedure di revisione costituzionale, il sistema delle nomine dei giudici usato per influenzare l'orientamento di una Corte poco gradita, il restringimento dei poteri stessi della Corte, e la disobbedienza, allora l'esito non può essere che un pressoché insanabile conflitto[46].

Gli esiti più o meno conflittuali del *judicial review* dipendono in larga misura dall'atteggiamento degli attori che vi sono coinvolti: in primo luogo i giudici che lo praticano, poi le istituzione che ne sono destinatarie, ma anche le associazioni che ne fanno uno strumento per la difesa dei diritti del cittadino, ed infine i cittadini stessi. Mark Tushnet, ad esempio, sostiene che il *judicial activism* può condurre a ciò che egli definisce *policy distortion* e *democratic debilitation*. La prima ricorre quando il legislativo adotta il punto di vista dei giudici sull'interpretazione costituzionale anziché adottarne uno proprio, mentre la seconda è quella situazione che si ha quando il legislatore approva le leggi senza curarsi dei problemi di costituzionalità perché sente di poter delegare il controllo ai giudici che intervengono *a posteriori*[47].

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi all'infinito. Le occasioni di tensione tra giudici e legislatori sono infatti varie e numerose. Ciò che interessa di più, però, sono gli

[44] *Roe* v. *Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

[45] *Texas* v. *Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

[46] K. Roach, *The Supreme Court on trial*, cit., pp. 29-33.

[47] M. Tushnet, *Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty*, in *Michigan Law Review*, n. 94, 1995, p. 301; Id., *Taking the Constitution away from the courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 57 ss.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 24 14/09/17 10:43

approcci teorico-metodologici tesi a dar soluzione ai problemi legati al *judicial review*. A tal proposito si può semplificare il quadro con una distinzione tra teorie dell'interpretazione ed approcci strutturali. Le prime tendono a risolvere le problematiche di cui abbiamo detto fornendo particolari canoni interpretativi per i giudici incaricati del *judicial review*; i secondi cercano invece di ricostruire la dinamica dei rapporti tra organi costituzionali attribuendo ai giudici un ruolo più compatibile con l'assetto democratico dell'ordinamento[48].

L'esempio più immediato di teoria fondata sull'interpretazione è l'originalismo, di cui abbiamo già detto al par. 1. Approccio diverso è quello delle teorie che tentano di dare una risposta al problema della *countermajoritarian difficulty* in termini strutturali. L'accento qui viene posto sulla struttura stessa dell'ordinamento, mediante ricostruzioni che (ri)definiscono i ruoli dei vari attori coinvolti nel *judicial review* in modo più compatibile con il principio democratico. È il caso della *representation-reinforcing theory* formulata da John Hart Ely[49]. Secondo questa teoria il *judicial review* è giustificato, e quindi legittimo, quando agisce per identificare e correggere il malfunzionamento del processo politico-decisionale. Ruolo dei giudici nell'assolvere alla funzione del controllo di costituzionalità sarebbe quello di rimuovere gli ostacoli alla partecipazione politica di gruppi non rappresentati, e per questo svantaggiati. Per concretizzare questo obiettivo è necessaria un'istituzione terza, distante dal circuito rappresentativo, com'è appunto il giudiziario. Secondo la nostra prospettiva anche la teoria di Ronald Dworkin può essere collocata nella categoria degli approcci strutturali[50]. Il quadro tracciato

[48] Il problema della legittimazione democratica del *judicial review* è diventata una vera e propria ossessione per la dottrina statunitense dopo che Alexander Bickel ha focalizzato l'attenzione sulla *countermajoritarian difficulty*. Non si contano i lavori che si occupano del problema di dare una giustificazione su basi democratiche al *judicial review*. Praticamente ogni opera che tratta di giustizia costituzionale affronta questo tema (ed anche la manualistica, come ad esempio in L.H. Tribe, *American constitutional law*, New York, Foundation Press, III ed., 2000, pp. 302-304). Diversamente, la dottrina dei paesi che adottano il controllo accentrato generalmente non si occupa del problema, salvo laddove per ragioni particolari esso è avvertito più che altrove, come nel caso della Francia. Non che si possa dire che l'unica riflessione sulla legittimazione democratica del controllo di costituzionalità per gli ordinamenti a sindacato accentrato sia quella di Kelsen (H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981), ma certo è che non si dedica al problema la stessa attenzione che vi dedica la dottrina nord-americana. Per le ragioni esposte ci sembra superfluo stilare qui una lista di opere sul tema, che sarebbe inevitabilmente lacunosa. Rinviamo solamente ad una serie di corposi articoli in cui Barry Friedman ha ripercorso la storia della *countermajoritarian difficulty*; richiameremo poi di volta in volta la dottrina sulla legittimazione democratica del *judicial review* che verrà in rilievo ai fini della nostra ricerca: B. Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part I: The Road to Judicial Supremacy*, in *New York University Law Review*, n. 73, 1998, p. 333; Id., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part II: Reconstruction's Political Court*, in *Georgetown Law Journal*, n. 91, 2002, p. 1; Id., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part III: The Lesson of Lochner*, in *New York University Law Review*, n. 76, 2001, p. 1383; Id., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part IV: Law's Politics*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 148, 2000, p. 971; Id., *The Birth of an Academic Obsession*, cit.

[49] J.H. Ely, *Democracy and distrust*, cit.

[50] R. Dworkin, *Questioni di principio*, Milano, Il saggiatore, 1990, traduzione di E. D'Orazio.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 25 14/09/17 10:43

da Dworkin disegna una Corte Suprema che deve necessariamente adottare anche decisioni politiche importanti perché ad essa spetta il ruolo chiave di elaborare le basi della Costituzione. Il problema del carattere antidemocratico del *judicial review* qui non si pone nemmeno. Il ruolo della Corte è antimaggioritario perché questa è la struttura del sistema democratico. Se infatti si distingue tra questioni di principio e questioni di politica contingente, ritenendo i giudici più adatti a trattare le prime, si deve necessariamente anche accettare che i giudici, ed in particolare la Corte Suprema, adottino decisioni politicamente importanti.

Non è semplice mantenere la distinzione tra le due categorie ora richiamate. In effetti, se è relativamente agevole confinare un approccio metodologico come quello originalista nell'ambito di una categoria di teorie cosiddette dell'interpretazione, lo è assai meno mantenere ferma la collocazione di teorie come quelle di Ely e Dworkin nella seconda categoria. Questa difficoltà è dovuta al fatto che gli approcci teorico-metodologici che hanno tentato di dare una risposta ai problemi di antidemocraticità del *judicial review* contengono sempre, in varia misura, elementi riportabili ora all'una ora all'altra categoria. Così, ad esempio, è difficile non riconoscere che quella di Dworkin sia anche una teoria dell'interpretazione. È infatti vero che egli ricostruisce gli assetti dei rapporti fra poteri attribuendo un diverso ruolo alla Corte Suprema, ma è altresì vero che tale ruolo presuppone una certa visione di cosa e come i giudici devono interpretare. Ad essi spetta infatti interpretare, secondo Dworkin, i principi costituzionali in modo che le loro decisioni riposino su ragioni moralmente fondate, seppur non condivise dalla maggioranza, ciò che si sostanzia nell'applicare il principio di eguaglianza[51]. Qualcosa di analogo deve dirsi per Ely, il quale non rifiuta di definire la propria teoria «the ultimate intepretivism»[52]. A noi però interessa solo il nucleo centrale delle teorie, e nei due casi appena citati esso è sicuramente tale da consentirci di qualificarle come strutturali. Non a caso Dworkin, pur criticando su più punti la posizione di Ely, conviene su un punto rilevante: che «il controllo giudiziale dovrebbe badare alle procedure legislative anziché al risultato visto in isolamento da quelle procedure»[53], ciò che si definisce process-based review. Dworkin si spinge fino ad affermare che questa tesi sia «potente e corretta»[54]. Non ci pare secondario questa confluenza di vedute sugli aspetti procedurali[55], posto che nella procedura si sostanziano i rapporti tra attori, e di conseguenza la struttura dell'ordinamento.

---

[51] *Ibidem*, p. 84.

[52] J.H. Ely, *Democracy and distrust*, cit., pp. 87-88.

[53] R. Dworkin, *Questioni di principio*, cit., p. 69.

[54] *Ibidem*.

[55] Le posizioni si dividono poi sulle conseguenze che da tale asserzione devono trarsi. Lo stesso Dworkin puntualizza infatti che «il controllo giudiziale dovrebbe badare alla procedura non per evitare questioni politiche sostanziali, come la questione di quali diritti abbiano le persone, ma piuttosto in virtù della soluzione corretta a tali questioni» (*Ibidem*).

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 26 14/09/17 10:43

Teorie dell'interpretazione e teorie strutturali si differenziano su un punto molto importante. A ben vedere le teorie dell'interpretazione sono sempre, o quasi, prescrittive, mentre quelle strutturali lo sono solo quando non si limitano a descrivere la fisionomia dei rapporti fra gli organi coinvolti nel *judicial review*, ma si spingono a delineare come idealmente dovrebbero essere questi rapporti per garantire la soluzione ai problemi del *judicial review*. Che gli approcci basati sull'interpretazione siano praticamente sempre prescrittivi è di tutta evidenza. Il loro scopo è infatti ricostruire il quadro teorico ideale entro cui dovrebbe muoversi il giudice per argomentare le proprie decisioni. Ma poi il giudice rimane libero di aderire o meno a tale approccio metodologico. E siccome questo avviene ogni giorno, non si può dire che le teorie interpretative descrivano quello che nella realtà succede. Le teorie strutturali sono invece tanto più descrittive quanto più si allontanano dalle teoriche dell'interpretazione. Questo assunto vale in particolare per quelle teorie che tentano di dare una soluzione ai problemi di democraticità del *judicial review* in termini di dialogo tra giudice costituzionale e legislatore. Questa impostazione teorica privilegia l'aspetto dialogico della dinamica dei poteri su quello conflittuale.

3. Dall'attivismo giudiziario al dialogo

L'idea di diluire la conflittualità generata dal *judicial activism* in una ricostruzione teorica che colloca i giudici costituzionali nella dinamica dei poteri risale agli anni Sessanta del secolo scorso. Fu Alexander M. Bickel, nel lavoro in cui descrisse la cosiddetta *countermajoritarian difficulty* a mettere in evidenza il punto centrale di tale formulazione teorica. Il problema della *countermajoritarian difficulty* ha, secondo Bickel, una necessaria e conseguente soluzione. Il *judicial review* è infatti necessario proprio in ragione del suo valore anti-maggioritario. Il ruolo e la natura di legislativo e giudiziario sono diversi; il legislativo, per sua natura troppo esposto agli interessi privati, non è in grado di rispondere all'esigenza, avvertita dalla collettività, di implementare principi, dando ad essi priorità rispetto agli interessi privati. Tale compito lo assolve però il giudiziario, il quale per natura è meno influenzabile dagli interessi privati. Questa distinzione di ruoli contribuisce a legittimare il sistema istituzionale nonostante il ricordato problema della *countermajoritarian difficulty*. Così, il *judicial review* può giustificarsi anche se confligge con il principio democratico, ed anzi proprio perché confligge con esso. Bickel trova una soluzione al problema dell'attivismo giudiziario in ciò che egli definisce *passive virtues*, un *self restraint* che i giudici dovrebbero esercitare, astenendosi dal decidere casi riguardanti questioni sostanziali qualora vi sia la percezione che i principi ad essi collegati stanno evolvendo per mezzo del procedimento legislativo[56].

[56] A. Bickel, *The least dangerous branch*, cit., p. 111 ss. Questo, sia detto per inciso, collocherebbe anche la teoria di Bickel a cavallo delle due categorie descritte nei paragrafi precedenti. Essa sarebbe infatti struttu-

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 27 14/09/17 10:43

All'autore statunitense va riconosciuto il merito di aver spostato l'attenzione sul problema che già Thayer aveva individuato, il fatto cioè che il *judicial review* è potenzialmente in conflitto con la democrazia[57], ed aver aperto la strada a ricostruzioni teoriche che collocano il giudice incaricato del controllo di costituzionalità nella dinamica dei poteri.

Il quadro dottrinale è eterogeneo, ma visto che la paternità del filone può a buon titolo essere attribuita ad Alexander Bikel, ci pare che essa debba tener conto *in primis* di quegli autori che Kent Roach ha definito *new bickellians*[58]. Tra di loro, con varie sfumature, Guido Calabresi, Paul R. Dimond, Michael J. Perry, Mark Tushnet e Cass R. Sunstein[59]. Questi autori riprendono la teoria di Bickel e «attempt not only to justify principled judicial review but to structure and promote dialogue between the United States Supreme Court and American legislatures and society»[60]. I *new bickellians* sono difensori, secondo Roach, di un «principled and anti-majoritarian judicial review»[61], nel senso che il *judicial review* viene giustificato sulla base dell'idea che i principi sono costitutivamente centrali per il diritto, per capire cioè cosa il diritto sia. Ma i principi richiedono strutturalmente interpretazione, e i giudici sono i soggetti che si trovano nella condizione migliore per poter individuare il significato più corretto dei principi. Dunque, i giudici sono gli unici che possono davvero comprendere il significato dei principi e della Costituzione, ricavando i primi dalla seconda, e ciò implica di andare contro la volontà della maggioranza che ha approvato una legge incostituzionale e lesiva di un qualche principio costituzionale.

I *new bickellians* si distinguono anche per il fatto di cercare in vari modi di ricostruire una teoria che faccia delle decisioni della Corte Suprema qualcosa di non definitivo. Questo è in realtà il punto nodale di ogni teoria incentrata sul dialogo tra i giudici e gli altri rami del potere statale: vero dialogo non può infatti esistere laddove un soggetto abbia il potere di imporre come definitiva ed inappellabile la propria visione delle

rale per il suo ricostruire un diverso ruolo della Corte Suprema, ma al tempo stesso abbraccerebbe l'approccio proprio delle teorie interpretative laddove formula l'ipotesi del *self restraint* qualificato come *passive virtues*.

[57] J.B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, cit.

[58] K. Roach, *American constitutional Theory For Canadians (And the Rest of the World)*, in *University of Toronto Law Journal*, 2004, p. 503.

[59] G. Calabresi, *The Supreme Court 1990 Term. Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)*, in *Harvard Law Review*, n. 105, 1991, p. 80; P.R. Dimond, *The Supreme Court and judicial choice: the role of provisional review in a democracy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1989; M.J. Perry, *The Constitution in the courts: law or politics?*, New York, Oxford University Press, 1994; M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999; C.R. Sunstein, *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

[60] K. Roach, *American constitutional Theory*, cit., p. 516.

[61] *Ibidem*, p. 517.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 28 14/09/17 10:43

cose; nel caso del *judicial review* l'interpretazione del testo costituzionale. È questo un aspetto che in parte spiega la scarsa fortuna delle teorie del dialogo negli Stati Uniti. Il dialogo mal si accorda con il principio, oramai ben radicato nell'ordinamento statunitense, della *judicial supremacy*. Le due cose sono addirittura antitetiche. Voler sostenere la supremazia del giudiziario comporta l'impossibilità di sostenere l'idea del dialogo, e viceversa, anche laddove si abbracci l'idea di un «principled and anti-majoritarian judicial review»[62].

La teoria del dialogo negli Stati Uniti è stata anche ricostruita in forme forti (*strong theory of dialogue*). Secondo questa impostazione il legislatore dovrebbe avere la possibilità di superare le decisioni della Corte Suprema. La posizione è assai radicale negli Stati Uniti, dove l'*override power* non è costituzionalmente previsto, com'è invece in Canada. A questo filone possono ascriversi due autori, Terri J. Peretti e Mark Tushnet, i quali però seguono percorsi diversi[63]. La politologa statunitense sostiene provocatoriamente l'idea di una corte politicizzata che impieghi la strategia dei ripiegamenti tattici (*tactical retreats*) qualora si avveda del fatto che una propria decisione offende la maggioranza ad un punto tale da meritare un *legislative reversal*. Tushnet invece ritiene che la Corte dovrebbe mostrare deferenza nei confronti del legislatore per il peso democratico che esso ha e perché esso agisce come interprete della Costituzione. In questo quadro il rovesciamento di una decisione della Corte andrebbe accettato, sostiene Tushnet, come *populist constitutional law*[64].

---

[62] Il riferimento è a Ronald Dworkin e John H. Ely, i quali sostengono, con varie argomentazioni e da punti di partenza diversi, al contempo l'idea di un *judicial review* con funzione antimaggioritaria, come fanno i *new bickellian*, e quella della supremazia del giudiziario (R. Dworkin, *Law's empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986; J.H. Ely, *Democracy and distrust*, cit.). È comunque significativo che uno degli autori qualificati come *new bickellians*, Mark Tushnet, argomenti in modo vigoroso contro la supremazia del giudiziario. Cfr. M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, cit., in particolare p. 6 ss. Da una prospettiva più generale, si sarebbe indotti a ritenere che esista una proporzionalità inversa tra il radicamento di una certa primazia del giudiziario e le possibilità di dialogo tra giudici e poteri democraticamente legittimati. Non mancano esempi che sembrano confermare questa ipotesi, come il caso della Russia, esaminato da Caterina Filippini, dove è stato formalizzato un obbligo per gli organi statali di introdurre le modifiche, o le aggiunte, agli atti colpiti da un giudizio di incostituzionalità. Cfr. C. Filippini, *Ampliamento delle competenze della Corte costituzionale della Federazione di Russia e potere democraticamente legittimato*, in D. Butturini, M. Nicolini (a cura di), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, vol. II, cit., pp. 000, che comunque fa notare come parallelamente a questo rafforzamento delle decisioni della Corte costituzionale russa, si riscontri un indebolimento complessivo del suo ruolo, perseguito dalle autorità mediante l'abbassamento del *quorum* di giudici necessario affinché la Corte sia legittimata ad operare ed il rafforzamento del ruolo del Presidente della Federazione nel processo di nomina e di revoca dei giudici.

[63] T.J. Peretti, *In defense of a political court*, Princeton, Princeton University Press, 1999; M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, cit.

[64] M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, cit., pp. 77-194. Le parole utilizzate da Tushnet per chiudere il suo lavoro sono a tal proposito significative. «The populist constitutionalism believes that the public generally should participate in shaping constitutional law more directly and openly. The Declaration of Independence and the Preamble to the Constitution give all of us that opportunity. As Lincoln said, the Constitution belongs to the people. Perhaps it is time for us to reclaim it from the courts» (*ibid.*, p. 194).

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 29 14/09/17 10:43

La distinzione che più utilmente può farsi in merito alle teorie del dialogo è quella proposta da Christine Bateup, che traccia una demarcazione tra teorie interpretative, o sul metodo giudiziale, e teorie descrittive, o strutturali[65]. Le prime sono basate sull'uso spontaneo da parte dei giudici di tecniche decisorie tese a stimolare il dialogo[66]. Le seconde si fondano invece sul riconoscimento della presenza di meccanismi istituzionali che consentono agli attori politici di rispondere alle decisioni dei giudici in caso di disaccordo[67]. Nel primo gruppo rientrano sia quelle teorie che focalizzano l'attenzione sui modi in cui i giudici possono stimolare il dialogo, con suggerimenti al legislatore oppure cercando di assicurarsi che gli attori politici tengano in debita considerazione le problematiche costituzionali, sia quelle imperniate sul *self restraint* finalizzato a lasciar spazio al dibattito democratico e a soluzioni prospettate dal legislatore[68]. Il secondo gruppo, quello delle teorie strutturali, è più articolato del primo. Esso va dalle posizioni dei classici, come Madison e Jefferson, secondo cui ciascun ramo del potere, coordinato ed indipendente, è responsabile nell'interpretare la Costituzione in merito alle proprie funzioni, fino ad approcci più moderni, che ampliano la cerchia degli attori coinvolti nel *judicial review* incudendovi soggetti non istituzionali, come i gruppi di pressione[69]. Fra questi due poli si colloca, secondo la ricostruzione proposta dall'autrice citata, certa dottrina canadese che ha recepito il modello dialogico per far fronte alle critiche avan-

[65] È la classificazione proposta da C. Bateup, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, in *Brooklyn Law Review*, n. 71, 2006, p. 1109.

[66] *Ibidem*, p. 17 ss.

[67] *Ibidem*, p. 32 ss.

[68] *Ibidem*, p. 17 ss. L'autrice chiama le teorie basate sui moniti *judicial advice-giving theories* (v., ad esempio, N.K. Katyal, *Judges As Advicegivers*, in *Stanford Law Review*, n. 50, 1998, p. 1709), e *process-centered rules* quelle tese a forzare il legislatore a tenere in debita considerazione i valori costituzionali (D.T. Coenen, *A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values With Second-Look Rules of Interbranch Dialogue*, in *William and Mary Law Review*, n. 42, 2001, p. 1575 e G. Calabresi, *Antidiscrimination and Constitutional Accountability*, cit.). *Judicial minimalism* sarebbe invece quell'approccio per il quale i giudici fanno un passo indietro per lasciare un margine di manovra al legislatore. È facile riconoscere in quest'ultima categoria i tratti delle *passive virtues* di Alexander Bickel, il quale è posto dalla stessa autrice a capostipite dell'approccio teorico in questione. Seguirebbe, tra gli altri, Cass Sunstein (C.R. Sunstein, *One case at a time*, cit.).

[69] C. Bateup, *The Dialogic Promise*, cit., p. 32 ss. Il primo approccio è quello delle *Coordinate Construction Theories*, mentre il secondo può suddividersi in due filoni, quello delle *Equilibrium Theories* e quello delle *Partnership Theories*. Tralasciando l'approccio classico, ben noto, le *Equilibrium Theories* mirerebbero ad attribuire al giudiziario il ruolo di promotore di un dialogo allargato all'intera società, ciò che sarebbe in grado di portare ad un equilibrio finale in merito ai significati della Costituzione (si vedano B. Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, in *Michigan Law Review*, 1993, p. 577 e R.C. Post, *The Supreme Court 2002 Term. Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts and Law*, in *Harvard Law Review*, n. 117, 2003, p. 4). Le *Partnership Theories* si baserebbero invece su una partecipazione paritaria di soggetti istituzionali e non al dialogo, una partecipazione dunque che non privilegi il ruolo del giudiziario. Il punto cruciale dell'approccio risiederebbe nella capacità di apprendimento che ciascun attore avrebbe nei confronti degli altri (J.L. Hiebert, *Charter Conflicts. What Is Parliament's Role?*, Montréal & Kingston-London-Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2002, pp. 50-72).

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 30 14/09/17 10:43

zate nei confronti del *judicial review* in seguito all'introduzione, nel 1982, della Carta canadese dei diritti e delle libertà.

Proprio il caso canadese risulta essere paradigmatico, in particolare perché la Corte Suprema ha ripreso nella propria giurisprudenza una teoria fondata sul dialogo istituzionale, dandole così un certo valore prescrittivo. Le ragioni dell'interesse della Corte Suprema canadese per la teoria del dialogo risiede, evidentemente, nel fatto che, come succede negli USA, anche in Canada il *judicial review* è percepito, come portatore di una certa conflittualità con il legislatore. Ciò è senz'altro vero, ma bisogna sottolineare che le realtà statunitense e canadese sono alquanto differenti, anzi, per certi versi, addirittura antitetiche[70]. La principale differenza è addirittura "genetica", se così possiamo dire. La genesi della Carta dei diritti canadese è stata fortemente influenzata dalle posizioni di chi, guardando all'esperienza americana, riteneva quantomeno inopportuno attribuire ai giudici un eccessivo potere[71]. Si spiega così l'inserimento di alcuni meccanismi che tolgono alle corti la possibilità di avere l'ultima parola in questioni di rilievo costituzionale. Si tratta principalmente degli articoli 1 e 33 della Carta, i quali attribuiscono al legislatore la possibilità, rispettivamente, di adottare leggi che contengano «reasonable limits [...] as can be demonstrably justified in a free and democratic society», e di adottare atti che contravvengono per un periodo di tempo limitato (5 anni) a taluni diritti sanciti dalla Carta. Per questo motivo, comparando il risultato ottenuto dai canadesi con l'esperienza statunitense, si è a ragione potuto affermare che la Carta è stata un'innovazione canadese del tutto unica[72]. Non va dimenticato, infatti, che le radici dell'ordinamento canadese sono altre rispetto a quelle statunitensi. In Canada vige il principio britannico della *supremacy of Parliament*, ed in un contesto siffatto era assai difficile attribuire alle corti l'ultima parola in merito alle questioni di costituzionalità. È così che il modello canadese si basa oggi su un compromesso che coniuga il sistema bri-

[70] Diversamente dagli Stati Uniti, dove il *judicial review* ha origine giurisprudenziale, in Canada il ruolo di garanti della Costituzione è stato attribuito ai giudici in maniera espressa. Il fondamento di tale funzione risiede negli articoli 24 e 52 del *Constitution Act* del 1982. L'articolo 52 c. 1 stabilisce molto semplicemente che «The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect»; l'articolo 24 dice invece quanto segue: «(1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.//(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute».

[71] Lo mette bene in evidenza K. Roach, *The Supreme Court on trial*, cit., in particolare, p. 53 ss.

[72] *Ibidem*, p. 54, secondo il quale «the Charter was a unique and innovative Canadian invention: it allowed strong courts interested in protecting rights to coexist with strong legislatures, which could take democratic responsibility for limiting and even temporally overriding rights as interpreted by the courts. The Charter was the product of people who understood the dangers of unfettered legislative and judicial supremacy».

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 31 14/09/17 10:43

tannico della *supremacy of Parliament* con quello statunitense del *judicial review*[73]. Da un lato si attribuisce ai giudici il compito di vigilare sul rispetto della Carta dei diritti da parte del legislatore, dall'altro si dà, però, la possibilità a quest'ultimo, a determinate condizioni, di derogare alla stessa Carta o di porre taluni limiti ai diritti in essa sanciti.

La formulazione della teoria del dialogo si deve a Peter W. Hogg e Allison A. Bushell (ora Tohrton)[74], che nel 1997 firmarono congiuntamente un articolo intitolato *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)*. In tale lavoro gli autori esaminavano la giurisprudenza costituzionale canadese (quella della Corte Suprema ed una selezione di quella delle corti provinciali) sottolineando come in gran parte dei casi alle sentenze faceva seguito una qualche forma di aggiustamento dell'atto da parte del legislativo che lo aveva adottato. Questi *legislative sequels*, come li hanno definiti Hogg e Bushell, vanno intesi quale parte di ciò che si può ricostruire, utilizzando una metafora, come un dialogo tra corti e legislativi. Ben si comprende che è assolutamente corretto parlare di metafora del dialogo e non di dialogo vero e proprio in quanto quello che, a detta degli autori, si instaura tra le corti ed i legislativi non è una contrattazione sui contenuti da dare all'atto. Entrambi i poteri rimangono separati e indipendenti. Da una parte le corti svolgono il proprio ruolo, che è quello di risolvere casi concreti, dall'altra i legislatori fanno ciò che devono fare, ossia approvare le leggi. Ma dalle azioni dei due rami del potere statale nasce qualcosa di simile ad un dialogo poiché i due attori non possono non tener conto del comportamento l'uno dell'altro[75].

La teoria così formulata rispondeva alla critica di antidemocraticità del *judicial review* per il fatto di non imputare alle corti l'ultima parola nelle questioni riguardanti la costituzionalità delle leggi. Il cammino di un atto, nato incostituzionale, verso la compatibilità con la Carta dei diritti era infatti ricostruito come un gioco di adattamenti successivi in cui erano coinvolti sia i giudici sia i legislatori (provinciali e federale). Questo meccanismo funziona, in particolare, quando le decisioni delle corti si fondano sull'interpretazione dell'articolo 1 della Carta dei diritti, secondo il quale «the

[73] Caldeggiando l'idea della *notwithstanding clause* nel 1980, ossia prima della adozione della Carta dei diritti, Peter Weiler ebbe significativamente ad affermare che la possibilità di adottare leggi in deroga, sia pur temporanea, alla stessa Carta rappresentava «a creative compromise between the British version of full-fledged parliamentary sovereignty and the American version of full-fledged judicial authority over constitutional matters» (P.C. Weiler, *Of Judges and Rights, or Should Canada Have a Constitutionnal Bill of Rights?*, in *Dalhousie Review*, 1980, p. 205; la citazione è tratta da p. 232).

[74] P.W. Hogg, A.A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*, cit.

[75] Nel tracciare le linee della loro teoria, Hogg e Bushell hanno dato una chiara definizione di dialogo al fine di delimitare il fenomeno preso in considerazione, supportando inoltre le loro argomentazioni con le ragioni per le quali nell'ordinamento canadese il rapporto tra corti e legislativi si sarebbe strutturato nel modo da essi descritto. Per quanto riguarda il primo aspetto, gli autori intendono il dialogo in senso quanto mai ampio, affermando che «the "dialogue" to wich this article refers consists of those cases in which a judicial decision striking down a law on Charter grounds is followed by some action by the competent legislative body» P.W. Hogg, A.A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*, cit., p. 82.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 32 14/09/17 10:43

Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society». Tale previsione rende possibile il dialogo secondo uno schema per cui: (a) il legislatore legifera prevedendo dei limiti ai diritti sanciti dalla Carta; (b) le corti (molto spesso la Corte Suprema) muovono dei rilievi di incostituzionalità facendo notare che i limiti previsti non sono ragionevoli ai sensi dell'articolo 1 della Carta; (c) il legislatore legifera una seconda volta tenendo conto dei rilievi mossi dalle corti. Lo schema ora delineato potrebbe chiudersi in modo differente qualora il legislatore, posto da una corte di fronte ad un giudizio di incostituzionalità di un suo atto, decida comunque di adottarlo facendo ricorso al *legislative override*, ossia la possibilità offerta dall'articolo 33 della Carta dei diritti di derogare temporaneamente a taluni articoli in essa contenuti[76]. Secondo la teoria di Hogg e Bushell si ricadrebbe anche in questa ipotesi nella fattispecie del dialogo in quanto l'azione del legislatore, sebbene di segno negativo, rappresenterebbe pur sempre una risposta pensata e voluta nei confronti dei rilievi mossi dalle corti.

Certo, la teoria così formulata non è esente da critiche. In primo luogo essa può essere impiegata dai giudici per scopi diversi ed in varie direzioni. Ad esempio, essa è stata di fatto utilizzata alternativamente a sostegno dell'opinione di maggioranza della Corte o di un'opinione dissenziente. Di per sé questo non sarebbe un grosso problema. Lo è di più il fatto che la stessa teoria venga impiegata alternativamente a sostegno di un atteggiamento attivista e, all'esatto opposto, di un atteggiamento di deferenza nei confronti del legislatore[77]. In entrambi i casi ci si trova infatti al di fuori di un genuino dialogo giacché una Corte attivista che vuole imporre le proprie decisioni al legislatore

[76] «(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.//(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.//(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.//(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).//(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)». L'articolo 33 della Carta dei diritti è comunemente noto come *notwithstanding clause* o, nella formulazione francese, *clause nonobstant*. In francese l'articolo 33 della Carta canadese dei diritti e delle libertà è però noto anche con la locuzione *clause dérogatorie*, la quale è meno corretta rispetto ai contenuti dell'articolo che intende descrivere. Infatti, poiché l'articolo 33 della Carta stabilisce un procedimento di deroga rispetto ad alcuni diritti limitatamente ad un periodo di cinque anni (eventualmente rinnovabile), sarebbe più corretto parlare di "deroga temporanea", o, come forse suona meglio, di sospensione.

[77] Rispondendo al saggio di Hogg e Bushell C.P. Manfredi, *The Life of a Metaphor: Dialogue in the Supreme Court, 1998-2003*, in *Supreme Court Law Review, Second Series*, n. 23, 2004, p. 105, riassume in una tabella tutte le informazioni sull'uso della metafora del dialogo da parte della Corte Suprema. Per ciascuna sentenza vengono indicati in particolare: i paragrafi in cui la metafora è menzionata, il giudice che l'ha citata, l'uso che se ne è fatto (in senso attivista o di deferenza nei confronti del legislatore) ed il contesto decisorio in cui si trova (*dissenting opinion*, *concurring opinion* o *majority opinion*).

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 33 14/09/17 10:43

non è certo una Corte dialogante, come neppure lo è una Corte che si ritrae e lascia spazio in *deference* nei confronti del legislatore. Le cose si complicano ulteriormente se si considera che la teoria del dialogo può confliggere con il principio della separazione dei poteri, al punto che secondo alcuni vi sarebbe incompatibilità, in determinate situazioni, tra l'una e l'altro[78]. Secondo tale punto di vista l'uso della teoria del dialogo fatto dalla Corte Suprema è elitaria, nel senso che si è posto l'accento sul ruolo delle istituzioni lasciando a margine (o decisamente fuori) il cittadino. Verrebbe in altri termini scoraggiata la partecipazione del cittadino al dibattito pubblico. Inoltre, il principio della separazione dei poteri implica contrapposizione e non collaborazione fra di essi. Dovrebbe infatti essere dalla contrapposizione che nasce il controllo reciproco fra i poteri stessi.

Tutto ciò premesso, resta il fatto che la teoria di Hogg e Bushell, insieme al dibattito che ha suscitato, ha permesso di delineare le variabili che incidono sulla dinamica costituzionale che vede coinvolti giudice costituzionale e legislatore.

4. Una proposta per una parziale rilettura della concettualistica sulla giustizia costituzionale

Le teorie che spiegano in termini di dialogo le dinamiche istituzionali che vedono coinvolti i poteri democraticamente legittimati e i giudici costituzionali sono oggi espressione di un dibattito che ha ad oggetto la delimitazione dei contorni stessi della giustizia costituzionale, e non solo le sue concrete manifestazioni. È ormai noto che la giustizia costituzionale non si risolve nel solo controllo di costituzionalità delle leggi. Essa rappresenta infatti l'attività giurisdizionale volta alla soluzione di problemi per i quali è necessaria l'interpretazione diretta della Costituzione: verifica della costituzionalità delle leggi, *in primis*, ma anche tutela dei diritti fondamentali dei cittadini contro gli atti dei poteri democraticamente legittimati (non solo le leggi), soluzione dei conflitti fra poteri statali, soluzione dei conflitti di competenza tra enti dotati pro quota del potere legislativo negli ordinamenti decentrati. Ma la giustizia costituzionale si estende anche oltre i confini di una tradizionale giurisdizione, come ben dimostrano le cosiddette "altre funzioni" delle corti costituzionali, fra cui l'attività di "consulenza" agli organi democraticamente legittimati sull'interpretazione della stessa Costituzione (*reference jurisdiction*)[79]. D'altra parte, anche a voler limitare l'analisi al solo controllo di costituzionalità, è facile notare come 200 anni e poco più di storia, dalla celeberrima

[78] J. Leclair, *Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien*, in *Canadian Bar Review/La revue du Barreau canadien*, Numéro spécial, 2003, p. 377; F.C. Decoste, *The Separation of State Powers in Liberal Polity: Vriend* v. *Alberta*, in *McGill Law Journal/Revue de Droit de McGill*, n. 44, 1999, p. 231.

[79] Sul punto, M. Gobbo, *La funzione consultiva delle Corti negli ordinamenti anglosassoni*, Bologna, Clueb, 2010.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 34 14/09/17 10:43

Marbury v. Madison, l'abbiano fatto evolvere ben oltre gli stretti confini della dicotomia costituzionalità/incostituzionalità. È sufficiente pensare alla vastità delle tipologie di sentenze che è possibile identificare in relazione agli effetti da esse prodotti.

Chi si interroga sulle problematiche legate al dialogo non può, dunque, non chiedersi che cosa sia oggi la giustizia costituzionale. Certo è, infatti, che siamo ben lungi dal giudice legislatore negativo di kelseniana memoria. Ma non è neppur vero che spostarsi all'altro lato della parabola, il giudice legislatore (anche) positivo, risolva la questione. Ciò detto, risulta inevitabile interrogarsi sulle variabili sistemiche che incidono ed influenzano il gioco dei rapporti tra gli organi democraticamente legittimati e quelli che invece sono abilitati ad esercitare tutte quelle funzioni che rientrano nella giustizia costituzionale. Non si tratta tanto di creare *ex novo* delle categorie alternative a quelle note, quanto piuttosto di guardare alla giustizia costituzionale da una prospettiva che tenga conto della sua dinamica istituzionale, sia essa inquadrabile nel contesto dialogico o conflittuale.

4.1. L'interazione tra modelli e dinamica

Chi si voglia interrogare sulle nuove forme assunte dalla giustizia costituzionale dalla prospettiva della dinamica fra poteri (e contropoteri), non può non partire dalla modellistica esistente, e in particolare dalle dicotomie concettuali sviluppate per incasellare i vari modelli fino ad ora noti: accentrato/diffuso, preventivo/successivo, astratto/concreto. È inevitabile, infatti, che il modello influenzi la dinamica, o, detto a termini invertiti, che la dinamica fra poteri sia influenzata dalle forme assunte dalla giustizia costituzionale in un dato ordinamento. È un fatto indiscutibile, ad esempio, che il dialogo riesca meglio quando i soggetti coinvolti sono in numero limitato. Da questa prospettiva ci si dovrebbe allora interrogare sulla differenza che separa i sistemi a sindacato di costituzionalità diffuso da quelli a sindacato accentrato. Questi ultimi si distinguono per il fatto di concentrare in un solo organo le varie funzioni della giustizia costituzionale. Il dialogo ne risulta per questo più agevole? In realtà la situazione è più sfumata di quello che appare ad un primo e superficiale sguardo.

Un primo elemento da considerare è la tendenza all'accentramento del controllo di costituzionalità che si registra negli ordinamenti a sindacato diffuso. La combinazione della possibilità di ricorso ad una istanza superiore con la regola del precedente vincolante fa sì che in ultima analisi la pronuncia che veramente conta sia quella dell'organo posto al vertice del sistema giudiziario. Se deve realizzarsi dialogo, dunque, esso si instaura preferibilmente tra quest'organo ed il legislatore. È quel che avviene ad esempio in Canada, ordinamento a sindacato di costituzionalità diffuso dove si riscontra, più che negli Stati Uniti, una certa attitudine al dialogo tra Corti e legislatori. Va usato il plurale perché il dialogo coinvolge sia Corti e legislativi provinciali, sia Corte Suprema e legislativo federale, oltre che gli esecutivi, federale e provinciali, anch'essi implicati.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 35 14/09/17 10:43

Ciò significa che le Corti provinciali, in particolare quelle di appello, interloquiscono con i soli legislativi della Provincia di appartenenza, mentre la Corte Suprema interloquisce con tutti i livelli. Ma quando la Corte interviene in un dialogo che eventualmente si fosse già instaurato a livello provinciale non lo fa affiancando la propria voce a quella della Corti inferiori, ma sostituendosi ad esse con l'autorità di chi ha l'ultima parola sulla questione. Questo avviene ogniqualvolta la Corte Suprema viene chiamata a pronunciarsi in appello nei confronti di una decisione di una Corte inferiore, com'è stato, per fare solo un esempio tra i tanti possibili, nel caso *M.* v. *H.*[80]. La *Court of Appeal for Ontario* aveva giudicato incostituzionale una disposizione del *Law Family Act* provinciale in quanto operava una discriminazione tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali del definire il "congiunto" (*spouse*)[81] solo in relazione a queste ultime, dando al legislatore provinciale un anno di tempo per adeguare tutto il diritto di famiglia, che inevitabilmente veniva colpito di riflesso. Chiamata a pronunciarsi in appello, la Corte Suprema ha confermato tale decisione ma ha differito gli effetti della sentenza di soli sei mesi, pur rivolgendosi, com'è ovvio, a tutti i legislatori, sia quelli provinciali che quello federale. La Corte Suprema ha così sostituito la sua voce a quella della Corte d'appello dell'Ontario, utilizzando peraltro lo strumento del differimento degli effetti della decisione, il quale è esso stesso uno strumento di dialogo.

Che il sistema funzioni in maniera diffusa non significa inoltre necessariamente che abilitato a dialogare con gli altri rami del potere è il solo organo di vertice del giudiziario. Negli ordinamenti di *common law*, infatti, il giudice ordinario si trova quasi naturalmente in continuo contatto con il legislatore – e in potenziale conflitto –, per il semplice fatto di essere al tempo stesso interprete della legge scritta (*statute law*) e creatore di nuovo diritto, data la natura di fonte propria della giurisprudenza in questi ordinamenti[82].

Una puntualizzazione importante deve essere fatta anche con riguardo agli ordinamenti che adottano il sindacato di costituzionalità accentrato. Non esiste infatti un unico modello. Il controllo accentrato può essere di tipo preventivo, come in Francia, o successivo, come in Italia e in Spagna. Ed ancora, il controllo può riguardare taluni atti e non altri; può ammettere il ricorso da parte di taluni soggetti e non di altri, e via dicendo. In sostanza, non è detto che il controllo accentrato rappresenti la forma più congeniale al dialogo tra giudice costituzionale e legislatore per il solo fatto che gli organi coinvolti sono in numero minore rispetto al controllo diffuso. In Italia, ad esempio, non si può dire che esista un vero dialogo tra Corte costituzionale e legislatore, sebbene si sia addirittura cercato di istituzionalizzare alcuni strumenti di collegamento tra i due

[80] *M. v. H., [1999] 2 S.C.R. 3, 181.*

[81] Nella versione francese della sentenza si impiega il termine *conjoint*.

[82] I problemi legati a questo rapporto sono stati ben evidenziati dal professor Calabresi negli anni Ottanta. Si veda a tal proposito G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1982. Ne accenniamo più avanti, al paragrafo dedicato alle tecniche interpretative (3.9).

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 36 14/09/17 10:43

organi[83]. L'accentramento del controllo non ha funzionato da stimolo per il dialogo. Sembra dunque che con riferimento al dialogo l'alternativa controllo accentrato-controllo diffuso non funzioni da variabile indipendente, ma sia a sua volta condizionata da altri elementi, di ordine strutturale e non. Il suo esame ai fini della ricostruzione di una teoria del dialogo non dovrebbe dunque mai essere disgiunto dalle altre variabili, le quali potrebbero essere in grado di rafforzare o indebolire le potenzialità insite nell'accentramento o decentramento del controllo.

Merita una riflessione anche la classica dicotomia giudizio astratto-giudizio concreto. In prima battuta si potrebbe pensare che il giudizio in forma astratta realizzi un ambiente più congeniale al dialogo tra giudice costituzionale e legislatore. Sarebbe così scongiurato il rischio di derive legate al maggior clamore che taluni casi riescono a suscitare. La realtà è però diversa dal quadro appena abbozzato. In effetti, il dialogo si è realizzato per davvero, e sembra anche efficacemente, in ordinamenti in cui il controllo di costituzionalità viene esercitato in forma concreta, mentre dà vita a problemi laddove il controllo è di tipo astratto. Basta confrontare il caso canadese con quello della Francia. In Canada il controllo di costituzionalità è sicuramente astratto, pur tuttavia esiste un dialogo tra giudice costituzionale e legislatore documentabile nei fatti. Ad esempio, nella vicenda dell'estensione alle coppie omosessuali di taluni diritti originariamente attribuiti alle sole coppie eterosessuali, Corte Suprema e legislatore hanno avuto quello che potremmo definire un vivace scambio di battute, con il legislatore, che ha recepito le osservazioni della Corte (espresse in *M.* v. *H.*)[84], ma non così bene da non meritarsi una seconda pronuncia di incostituzionalità (*Canada* v. *Hislop*)[85]. Per contro, su argomenti analoghi, in Francia si è realizzato un rapporto più conflittuale, con il *Conseil constitutionnel* che ha praticamente riscritto la legge sui PACS[86]. Le due situazioni vanno comunque valutate più approfonditamente. Non sempre, infatti, l'esistenza di un conflitto nega per ciò stesso l'ipotesi del dialogo. In fondo, nel dialogare a volte si finisce anche per alzare la voce.

4.2. Estensione dell'oggetto sottoposto a controllo

Che la giustizia costituzionale non si risolva nel controllo di costituzionalità delle leggi lo abbiamo detto a più riprese. Ed è inevitabile che più esteso è l'oggetto sottoposto

[83] Ci riferiamo all'art. 136 comma 2 Cost., che impone la comunicazione alle Camere delle pronunce di accoglimento della Corte costituzionale, ed agli artt. 108 reg. C.d.D. e 139 reg. Sen., che disciplinano le forme in cui deve avvenire l'esame da parte delle Camere di tali pronunce.

[84] *M.* v. *H.*, cit.

[85] *Canada (Attorney General)* v. *Hislop*, 2007 SCC 10.

[86] Cfr. N. Molfessis, *La réécriture de la loi relative au Pacs par le Conseil constitutionnel*, in *Semaine juridique (J.C.P.)*, 2000, I, p. 210.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 37 14/09/17 10:43

al controllo da parte dei giudici costituzionali, maggiori sono le occasioni di contatto con gli organi democraticamente legittimati, e ovviamente le occasioni di conflitto. E non si tratta solo del corto circuito che nasce quando il giudice costituzionale estende l'oggetto del controllo fino a ricomprendervi gli atti abilitati a modificare la Costituzione[87]. Paradossalmente, qualche problema di conflittualità emerge anche laddove l'estensione del controllo avviane verso il basso nella piramide delle fonti, e non già verso l'alto. È il caso, per citare un esempio al centro dell'analisi in uno dei saggi del presente volume, dell'*ouster clause* britannica, una sorta di immunità posta dal legislatore su alcuni atti dell'amministrazione. A tal proposito è interessante il raffronto tra il sistema statunitense, che com'è noto "difetta" della *legislative supremacy*, e quello britannico, che invece difetta del *judicial review*. In conseguenza dell'assenza di detto controllo in UK, gli unici atti che possono essere oggetto di *judicial review* sono quelli amministrativi. Immunizzarli equivale perciò a un potenziale *vulnus* per la stessa *rule of law*, posto che il *judicial review* è proprio lo strumento che serve ad assicurarne il rispetto[88].

Occorre tener anche conto di competenze quali la *reference jurisdiction* di alcuni ordinamenti anglosassoni (Canada, Nuova Zelanda e Australia)[89], il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo in Italia, ed il *recurso de amparo* in Spagna. Nel riferirsi all'estensione del controllo non si intende solo la capacità dei giudici di sconfinare nella sfera riservata agli altri organi dello Stato, cosa che comunque deve essere valutata, ma piuttosto l'estensione dell'oggetto predeterminata da atti di rango solitamente costituzionale.

Dal punto di vista considerato non si può negare che vi siano competenze che necessariamente pongono l'organo (o gli organi, laddove il sindacato è diffuso) incaricato della giustizia costituzionale in rapporto con il legislatore. Nella *reference jurisdiction*, ad esempio, l'aspetto relazionale è insito nella stessa funzione. In Canada, per fare un

[87] Certo, questo non è un aspetto secondario, ed è a tutti noto cosa significhi, in termini di conflittualità, allargare l'oggetto di controllo ricomprendendovi gli atti abilitati a modificare la stessa Costituzione, come ha fatto la Corte costituzionale italiana con la celeberrima sentenza 1146/1988. Ma il problema non è sconosciuto in altri ordinamenti, come evidenzia, ad esempio, A. Gamper in questo volume con riferimento al caso austriaco. Nel caso austriaco, differentemente da quello italiano, si mischiano aspetti procedurali e sostanziali. Infatti, poiché l'art. 44 c. 3 B-VG prevede il referendum solo in caso di riforma totale, si può verificare il caso in cui una somma di revisioni parziali mascherino di fatto una revisione sostanzialmente totale. Visto che questo permetterebbe l'aggiramento di un aggravamento procedurale, il referendum appunto, la Corte potrebbe entrare in conflitto con il legislatore di revisione sulla scelta del procedimento da adottare. Si tratterebbe in questo caso di un problema solo in apparenza procedurale, giacché la sua soluzione andrebbe commisurata ai contenuti della sommatoria delle varie riforme parziali interessate. Cfr. A. Gamper, *Corte costituzionale austriaca e legittimazione democratica*, in D. Butturini, M. Nicolini (a cura di), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, vol. II, cit., pp. 000.

[88] In proposito G. Ligugnana, *Parlamento, corti e amministrazione: il caso delle* ouster clauses *nell'ordinamento inglese*.

[89] M. Gobbo, *La funzione consultiva delle Corti negli ordinamenti anglosassoni*, cit.; F. Chevrette, G. C.N. Webber, *L'utilisation de la procédure de l'avis consultatif devant la Cour suprême du canada: essai de typologie*, in *Canadian Bar Review/La revue du Barreau canadien*, n. 82, 2003, p. 757.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 38 14/09/17 10:43

esempio concreto, il *Governor in Council* o il Parlamento possano investire la Corte Suprema in via diretta per chiedere una *advisory opinion* su questioni di particolare importanza. Spesso si tratta di questioni estremamente delicate sul piano giuridico, e che non di rado sconfinano su quello politico[90]. È solo il caso di ricordare il parere reso nel 1998 sul diritto di secessione del Québec[91], o quello sul matrimonio per le coppie omosessuali[92]. Quando gli organi dello stato, Parlamento o governo, chiedono un parere alla Corte Suprema, ne nasce un rapporto che non si esaurisce con l'emissione del parere in questione. Alla *reference* segue infatti molto spesso un *sequel* legislativo. A volte infatti il parere richiesto serve al legislativo o all'esecutivo per la predisposizione di un atto, altre viene chiesto per ottenere chiarimenti su un progetto di atto. La *reference* sul diritto alla secessione del Québec, ad esempio, chiesta dal Governo canadese a seguito della nota ipotesi di secessione unilateralmente decisa dalla Provincia francofona, servì poi alla predisposizione di «an Act to give effect to the requirement for clarity as set out in the opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference». Invece, la *reference* sui matrimoni tra omosessuali fu chiesta dal Governo per dar seguito al progetto di legge sul matrimonio civile. Un caso più recente è ancor più significativo delle dinamiche che vedono coinvolti giudici e legislatore anche in occasione dell'esercizio di una funzione non strettamente giurisdizionale, com'è appunto la *reference jurisdiction*. Nel 2014 si è posto il problema delle condizioni d'ammissione alla stessa Corte Suprema quando la nomina di Marc Nardon a giudice della Corte Suprema come quota francofona ha sollevato perplessità a causa del fatto che nessuno dei tre requisiti richiesti era in costanza (essere giudice di Corte d'appello o superiore del Québec, o essere avvocato iscritto al *Barreau du Québec* da almeno 10 anni) al momento della nomina. Avendo il legislatore modificato il *Federal Court Act* per consentire la nomina, la Corte si è dovuta pronunciare sia sulla candidabilità di Nardon sulla base del *Federal Court Act* originario, sia sulla possibilità del Parlamento di modificare tale atto nel senso indicato. Ad entrambi i quesiti la Corte ha risposto negativamente[93].

Vi sono dunque due aspetti da tenere in considerazione. Da una parte il rapporto che si instaura per il semplice operare del meccanismo proprio dell'istituto in questio-

[90] Senato e Camera dei Comuni possano richiedere l'esame da parte di almeno due giudici della Corte delle petizioni e dei progetti di legge di diritto privato (Art. 54, *Supreme Court Act*, (R.S., 1985, c. S-26)). Ma la *reference jurisdiction* in Canada non è circoscritta al solo livello federale. Essa è infatti prevista anche a livello provinciale, dove gli esecutivi possono chiedere alle Corti d'appello una *opinion* che in seguito può essere ripresa dalla Corte Suprema.

[91] *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

[92] *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79.

[93] *Reference* re *Supreme Court Act*, ss. 5 and 6 , 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433. La situazione è comunque più complessa di quel che sembra. In effetti, la decisione della Corte ha di fatto impedito che Nardon assumesse l'incarico di giudice alla Corte Suprema. Ciononostante, le modifiche introdotte dal Parlamento al *Supreme Court Act*, in modo illegittimo secondo la Corte Suprema, continuano a rimanere in vigore. Si realizza così uno strano caso di un atto, la *reference*, formalmente privo di effetti, ma che sostanzialmente ne ha prodotti.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 39 14/09/17 10:43

ne: un organo avanza una richiesta di chiarimento, la Corte risponde, l'organo dà seguito al suo progetto tenendo conto, se crede, dei rilievi mossi dai giudici. Dall'altra il rapporto che già potrebbe esistere e nel quale si inserisce la richiesta di una *advisory opinion* ad ampliare le possibilità di dialogo. Questa seconda situazione si è realizzata con la *reference* sul matrimonio tra omosessuali, la quale deve essere collocata in un contesto in cui più organi (Corte Suprema, corti d'appello provinciali, legislatore federale e legislatori provinciali) stavano già da tempo dialogando, il contesto cioè relativo all'estensione alle coppie omosessuali, in applicazione del principio di eguaglianza sancito dalla Carta dei diritti (art. 15), di taluni benefici previsti per le sole coppie eterosessuali. Ne consegue che il ruolo della *reference jurisdiction*, almeno in questo caso, va valutato guardandolo da una prospettiva più ampia di quella che ci si presenta al primo sguardo, quella appunto della dinamica dei rapporti fra poteri[94], solo così sarà possibile misurarne l'impatto sulla struttura del dialogo istituzionale tra giudici e legislatore.

Va comunque detto che le funzioni rientranti nella sfera della giustizia costituzionale possono essere variamente percepite in ordinamenti diversi, ed ingenerare sensazioni di disagio in taluni di essi e non in altri. Il caso della *advisory opinions* ne è un esempio lampante. Largamente impiegata nell'ordinamento federale canadese, essa viene invece esclusa, in applicazione della dottrina delle *political question*, dal novero delle funzioni che la Corte Suprema statunitense può esercitare[95].

4.3. Composizione e formazione delle corti

Sembra quasi banale affermare che i meccanismi di nomina dei giudici incaricati del controllo di costituzionalità possano incidere sul dialogo che essi sono chiamati ad intrattenere con il legislatore. I sistemi di nomina sono vari. Negli Stati Uniti sono nominati a vita dal Presidente, in Francia, Italia e Spagna si usano sistemi di nomina/elezione misti (vari organi intervengono nel procedimento di nomina: Parlamento, Presidente, Magistratura, Monarca), ma esistono anche giudici di diritto, come ad esempio gli ex Presidenti della Repubblica francesi.

Tenendo conto della potenziale conflittualità del *judicial* review, nel predisporre un meccanismo di formazione di un organo incaricato della giustizia costituzionale è possibile usare due strategie diverse. Si può cercare di "sterilizzare" in qualche modo l'organo rendendolo alieno da orientamenti politici di vario genere, obiettivo che rappresenta di fatto un'utopia, o si cerca di limitare la sua politicizzazione, cosa che si può

[94] G.C.N. Webber, G. Gee, *Same-Sex Marriage in Canada: Contributions from the Courts, the Executive and Parliament*, in *The King's College Law Journal*, n. 16, 2005, p. 132; G. Rolla (a cura di), *Eguali, ma diversi identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Milano, Giuffrè, 2006; E. Ceccherini (ed.), *Sexual orientation in Canadian law*, Milano, Giuffrè, 2004.

[95] Negli Stati Uniti è però utilizzata negli Stati membri. Cfr. la nota redazionale *Advisory Opinions on the Constitutionality of States*, in *Harvard Law Review*, 1956, pp. 1302-1313.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 40 14/09/17 10:43

fare dandogli una qualche forma di legittimazione democratica, ovviamente indiretta[96], diversificando le vie d'accesso, e via dicendo. Ciò premesso, non si può eliminare del tutto la politicizzazione dell'organo incaricato della giustizia costituzionale, come non è possibile eliminare l'interconnessione che lega la sfera politica a quella del giudiziario. Anzi, in alcuni casi, essa è data per scontata e il meccanismo di nomina riflette questa consapevolezza, come nel caso degli Stati Uniti.

Dunque, l'orientamento di un giudice incide sull'orientamento della Corte, e l'orientamento della Corte ha necessariamente delle ricadute sull'attitudine che essa ha verso il dialogo con gli altri rami del potere. Non bisogna però confondere i fattori contingenti con quelli strutturali. Il fatto che una Corte possa essere più o meno orientata politicamente, e che per tale motivo sia più o meno incline al dialogo con il Parlamento in cui sia rappresentata una maggioranza a lei gradita è un fattore contingente. I meccanismi di nomina che consentono la formazione di Corti caratterizzate da un preciso orientamento politico sono invece elementi strutturali, e come tali devono essere esaminati al fine di ricostruire una teoria del dialogo che possa applicarsi alle diverse forme che possono essere assunte dalla giustizia costituzionale. Ciò non significa che debbono essere esclusi dall'analisi elementi cosiddetti comportamentali, qualora essi derivino da una prassi ben consolidata in un dato ordinamento. Basti pensare al "devoir d'ingratitude", formula, coniata da Robert Badinter all'epoca della prima coabitazione nel 1986, che legherebbe i membri del consiglio all'organo che li ha nominati. Secondo tale prassi i membri del *Conseil constitutionnel* seguono un atteggiamento di indipendenza nei confronti delle maggioranze politiche proprio per legittimare la propria nomina[97].

4.4. Tecniche decisorie ed efficacia delle decisioni

La dinamica dialogica sembra dipendere in larga misura dalle modalità impiegate dai giudici per decidere i casi che implicano una interpretazione del testo costituzionale, e dalla conseguente diversa efficacia degli strumenti giurisprudenziali utilizzati.

È noto che la dicotomia accoglimento/rigetto, e quella, certamente approssimativa, ad essa collegata, di incostituzionalità/costituzionalità, è stata molto rapidamente superata dalla Corte costituzionale italiana. Essa è infatti intervenuta sull'oggetto del

[96] Non è del tutto insensato, infatti, ritenere che l'elezione dei giudici costituzionali da parte di un organo democraticamente legittimato, come nel caso austriaco (cfr. in questo stesso volume A. Gamper, *Corte costituzionale austriaca e legittimazione democratica*).

[97] E non si tratta certo di una prassi di scarsa rilevanza, se si considera, ad esempio, quanto è accaduto in una tornata di nomine nel 2007. In quell'anno, Jean-Louis Debré, Presidente dell'Assemblea Nazionale politicamente vicino al Presidente Chirac, ha nominato un nuovo membro. Il giorno seguente lo stesso Debré è stato nominato membro e Presidente del *Conseil* stesso. Una simile espediente avrebbe sicuramente fatto gridare allo scandalo se non si ritenesse che il Presidente del *Conseil constitutionnel* è il primo destinatario di quel *devoir d'ingratidute* che lo allontana necessariamente dalle posizioni del Presidente della Repubblica che lo ha eletto.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 41 14/09/17 10:43

controllo, in virtù della nota distinzione tra disposizione e norma, dando vita alla categoria delle cosiddette sentenze manipolative[98]. Tale prassi non ha mancato di suscitare un acceso dibattito, soprattutto con riferimento alla categoria delle sentenze interpretative di rigetto[99]. Da una parte perché il giudice comune vi si è ribellato ritenendole per loro natura non vincolanti, dall'altra perché si è visto in esse uno sconfinamento del ruolo della Consulta nella sfera riservata al legislatore. A volte l'intervento sui contenuti, o sul substrato normativo, si rende addirittura indispensabile per portare, o meglio riportare, una disposizione viziata nell'alveo della legittimità costituzionale[100].

Esistono anche, dicevamo, tecniche interpretative, che consentono di agire non sull'oggetto del controllo, ma sul parametro, la Costituzione, ampliandolo o restringendolo. Il fenomeno è noto e si colloca tra due poli: da un lato quegli approcci che, scorgendo nella Costituzione qualcosa di originariamente non previsto, valori, principi o quant'altro, mirano ad estenderne in questo modo il nucleo normativo; dall'altra quegli approcci che tendono a ridurre in vario modo la portata normativa della Costituzione circoscrivendola al testo ideato dai Padri fondatori. Sono ovviamente due posizioni estreme, tra le quali si possono collocare infinite posizioni teorico-interpretative, tutte più o meno plausibili e legittime. Solo le posizioni più intransigenti peccano infatti di eccessiva lontananza dalla realtà[101].

Insomma, il giudice costituzionale interpreta, e la sua opera di interpretazione traspare nelle decisioni rese, al punto che in vari ordinamenti si sono create tante e tali categorie di decisioni alternative al binomio legittimità-illegittimità (o accoglimento-rigetto, per usare la concettualistica italiana) da rendere il panorama molto più com-

---

[98] V. Crisafulli, *Le sentenze "interpretative" della Corte costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1967, fasc. 1.

[99] Un quadro recente del dibattito è offerto da: A. Anzon, *Il giudice* a quo *e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 1082; E. Lamarque, *Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo (un'indagine sul "seguito" delle pronunce costituzionali)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, p. 685; L. Carlassare, *Perplessità che ritornano sulle sentenze interpretative di rigetto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, p. 186. È comunque noto che la Corte di Cassazione (sent. 23016/2004) ha recentemente stabilito che le decisioni interpretative di rigetto, a differenza delle pronunce che dichiarano l'illegittimità costituzionale di una o più norme, non sono vincolanti per il Giudice del procedimento nel quale è stata sollevata la questione di legittimità. «Per una precisa esigenza di coerenza interna del sistema», ha precisato la Suprema Corte, «dalla pronuncia interpretativa scaturisce un "vincolo negativo" ai poteri interpretativi del giudice che ha sollevato la questione giudicata non fondata, nel senso che quest'ultimo non può attribuire alla disposizione di legge la portata esegetica ritenuta incostituzionale dalla Consulta, pur essendogli consentito di scegliere differenti soluzioni ermeneutiche, che, ancorché non coincidenti con quelle della sentenza interpretativa di rigetto, non collidano con norme e principi costituzionali».

[100] T. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions «interprétatives» en France et en Italie*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p. 19.

[101] L'originalismo di Robert Bork, o il testualismo di Antonin Scalia, che poco se ne differenzia quanto a risultato, visto che scopo di entrambi gli approcci interpretativi è quello di congelare il testo della Costituzione al momento in cui è stata adottata, ne sono esempi lampanti.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 42 14/09/17 10:43

plesso di quello che avevano di fronte gli ideatori del controllo di costituzionalità. Certo, su questo particolare aspetto occorre fare delle distinzioni tra ordinamenti di matrice anglosassone e ordinamenti di *civil law*, non fosse altro che perché in alcuni il *judicial review* non è stato proprio ideato dal Costituente, ma è sorto, per così dire spontaneamente nel corso dei primi anni di vita del supremo organo giudicante. Non è l'unico tratto di distinzione, ma è quello più rilevante ai fini dell'analisi che stiamo conducendo. In effetti, in tutti i paesi in cui è stato adottato il modello accentrato di giustizia costituzionale, il costituente, guardando all'esperienza statunitense, ha cercato di imbrigliare il giudice costituzionale[102], entro la dicotomia legittimità-illegittimità, senza peraltro riuscirci.

Ci si può chiedere se ciò forre inevitabile, se non altro perché nel modello accentrato il costituente ha previsto *ab origine* alcuni limiti al giudice costituzionale, in particolare quello di decidere entro la dicotomia legittimità/illegittimità, e precludendo, per ciò stesso, soluzioni intermedie. Ma la realtà non è questa. Innanzitutto è compito del giudice, anche di quello costituzionale, interpretare, sia il parametro del controllo sia l'oggetto. Che il controllo sia astratto, come in Francia, non ha niente a che vedere con il fatto che il giudice costituzionale debba interpretare la disposizione di cui deve valutare la rispondenza al testo costituzionale. In secondo luogo, non si può affermare con certezza che il costituente abbia previsto solo ed esclusivamente la dicotomia legittimita-illegittimità, ed anche ad ammettere che lo abbia fatto, non ci si può non avvedere di come l'evoluzione del diritto costituzionale abbia praticamente imposto l'impiego di tecniche decisorie più sofisticate di quelle pensate in origine. All'espansione delle garanzie offerte dalle costituzioni corrisponde necessariamente una maggior sofisticatezza delle tecniche decisorie, come insegna il caso italiano del criterio della ragionevolezza.

Negli ordinamenti che adottano il modello diffuso del controllo di costituzionalità la questione potrebbe essere più semplice. Trattandosi di un controllo concreto, il giudice, ogni giudice, dovrebbe essere tenuto ad interpretare la disposizione che deve applicare. Per tale ragione al giudice non si presenterebbe mai la scelta secca tra legittimità ed illegittimità costituzionale. Da tale prospettiva non avrebbero senso le critiche che tendono ad escludere l'interpretazione dalla sfera d'azione del giudice della costituzionalità. In realtà, questa è una visione assai semplicistica. Come abbiamo detto nei paragrafi che precedono, è proprio perché l'interpretazione è un dato immanente alla stessa funzione giudicante che il *judicial review* presenta alcuni tratti problematici che attengono alla sua stessa legittimazione.

In qualche misura legata alla questione delle tecniche interpretative sta quella dell'efficacia delle decisioni. Infatti, essa è da una parte definita all'atto della scelta costituente

[102] Secondo alcuni ingenuamente. Cfr. F. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, il Mulino, 1982, pp. 19-101, 48.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 43 14/09/17 10:43

(efficacia *erga omnes*, limiti della retroattività, e via dicendo), in parte è inscritta nel DNA del modello in cui il giudice si trova ad operare (il precedente vincolante è tipico della *common law* ed è sconosciuto nella *civil law*) e in parte è influenzata dalle tecniche decisorie utilizzate, e spesso "inventate" dai giudici.

Le coordinate su cui è possibile misurare l'efficacia delle decisioni di incostituzionalità sono spaziali e temporali. Nel primo caso si usa distinguere tra efficacia *erga omnes* ed efficacia *inter partes*.

L'efficacia *erga omnes* non è infatti tipica del sindacato diffuso, nel quale il giudizio è sempre concreto, ragion per cui l'efficacia non può che essere, in linea teorica, *inter partes*. In questi ordinamenti l'estensione degli effetti delle decisioni dichiaranti l'incostituzionalità di un atto legislativo oltre le parti del processo da cui essa origina dipende dalla possibilità di ricorrere contro decisioni già prese sulla base di una norma dichiarata incostituzionale e dallo stesso vincolo al precedente, ciò che tra l'altro allontana, di fatto, il modello dall'efficacia *inter partes* rigidamente intesa. Si potrebbe dire, in altre parole, che l'efficacia *inter partes* è tipica degli ordinamenti in cui la disciplina del sindacato di costituzionalità si confonde con la più generale disciplina processuale, mentre l'efficacia *erga omnes*, non essendo un elemento naturale alla giurisprudenza, è più facile incontrarla in quegli ordinamenti in cui la giustizia costituzionale ha una disciplina autonoma rispetto a quella del potere giudiziario.

Quanto all'aspetto temporale dell'efficacia, si distingue tra retroattività e non retroattività delle decisioni. Qui il discorso si fa generale e non ha molto senso contrapporre il sindacato diffuso a quello accentrato. Facendo eccezione del caso francese, si può infatti affermare che l'effetto retroattivo, esteso perlomeno al caso da cui origina la sentenza, è connaturato a qualsiasi decisione di incostituzionalità, mentre rappresenta l'eccezione una più o meno estesa limitazione degli effetti nel passato, la quale può dipendere da una precisa disposizione[103] o dalla volontà di una delle parti in gioco: da un lato il giudice costituzionale, che ha a disposizione vari strumenti, come il differimento degli effetti *pro futuro*[104] o il blocco degli effetti retroattivi, ad esempio con le cosiddette *prospective decisions*, dall'altro il legislatore, che può essere abilitato a derogare temporaneamente alle pronunce del giudice costituzionale, come avviene ad esempio con l'art. 33 della Carta canadese dei diritti e delle libertà.

La possibilità di modulare gli effetti delle declaratorie di incostituzionalità è forse l'aspetto che più incide sulla fisionomia dei rapporti che si instaurano tra giudice costituzionale e legislatore. Nelle sentenze ad effetto differito, ad esempio, il giudice costituzionale accerta l'incostituzionalità di un atto, ma sospende gli effetti della decisione, dando così

[103] La Costituzione austriaca, ad esempio, prevede l'efficacia *ex nunc* delle decisioni del *Verfassungsgerichtshof*, con la possibilità, però, per il giudice costituzionale di disporre che la pronuncia abbia effetto, oltre che per il caso giudicato, anche per altri casi. Cfr. art. 140 della Costituzione austriaca.

[104] Le sentenze ad effetto differito sono comuni in vari ordinamenti. Le troviamo in Italia, dove sono definite sentenze d'incostituzionalità differita, in Spagna (STC 45/1989, 13/1992, 69/1996, 96/1996) e in Canada (*delayed declaration of invalidity*, com'è il caso, per citare un solo esempio, di *M.* v. *H.*, cit.).

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 44 14/09/17 10:43

al legislatore un tempo ragionevole per sanare la situazione. Ciò dà vita ad un dialogo tra giudice e legislatore, un *remedial dialogue*, com'è stato chiamato in Canada[105], fondato sulla volontà di offrire spazio al legislatore per rimediare alla causa di incostituzionalità con una certa autonomia[106]. Ma il differimento degli effetti può non essere soltanto un atto di cortesia nei confronti del legislatore. A volte, infatti, esso risponde all'esigenza di evitare un vuoto legislativo in un ambito particolarmente delicato[107].

Diverso è il caso delle *prospective decisions*, molto impiegate negli Stati Uniti intorno agli anni '60. L'intento delle *prospective decisions* è quello di limitare gli effetti retroattivi della decisione, non quello di differirli. L'uso di tale tecnica decisoria si spiega con l'esigenza, tipica degli ordinamenti anglosassoni, di coordinare le due anime delle decisioni giudiziarie: che da un lato sono fonti del diritto, e dall'altro sono pronunce di un organo giudiziario. Per meglio comprendere si deve pensare all'*overruling*, che in un ordinamento fondato sulla regola del precedente vincolante può essere avvicinata, con le dovute cautele, all'istituto dell'abrogazione. Una corte può modificare un determinato orientamento giurisprudenziale, e nel farlo cambia la regola applicabile al caso che sta giudicando. Ma se la decisione è fonte del diritto, come possono essere rispettate le aspettative di chi ha agito sotto l'imperio della vecchia regola se gli effetti della decisione sono necessariamente retroattivi? Ciò non significa che il *prospective overruling* debba diventare la regola. In effetti le *prospective overrulings* non sono oggi viste di buon occhio dalla dottrina e sono utilizzate con una certa attenzione dalle corti. La Corte Suprema canadese si è trovata a più riprese ad affrontare la questione. Recentemente, in un caso in cui il problema era se applicare o meno retroattivamente alle coppie omosessuali taluni benefici loro derivanti dalla dichiarazione d'incostituzionalità di un atto che le discriminava[108]. La Corte Suprema afferma che nel sistema canadese il limite all'effetto retroattivo delle decisioni è legittimo, e lo fa sulla base di argomentazioni

[105] K. Roach, *The Supreme Court on trial*, cit., 200 ss.; Id., *Remedial Consensus And Dialogue Under The Charter: General Declarations and Delayed Declarations Of Invalidity*, in *University of British Columbia Law Review*, n. 35, 2001-2002, p. 211.

[106] *M.* v. *H.*, cit., è un esempio fra i molti possibili.

[107] In *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, la Corte si trovò a decidere sulla costituzionalità di tutti gli atti della Provincia del Manitoba non pubblicati nelle due lingue inglese e francese, come richiesto dagli artt. 133 del *Constitution Act* (1867) e 23 del *Manitoba Act* (1870). La Corte affermò che «the difficulty with the fact that the unilingual Acts of the Legislature of Manitoba must be declared invalid and of no force or effect is that, without going further, a legal vacuum will be created with consequent legal chaos in the Province of Manitoba» (par. 55), il che minerebbe il principio della *rule of law*, per cui la logica conclusione: «the only appropriate solution for preserving the rights, obligations and other effects which have arisen under invalid Acts of the Legislature of Manitoba and which are not saved by the de facto or other doctrines is to declare that, in order to uphold the rule of law, these rights, obligations and other effects have, and will continue to have, the same force and effect they would have had if they had arisen under valid enactments, for that period of time during which it would be impossible for Manitoba to comply with its constitutional duty under s. 23 of the Manitoba Act, 1870» (par. 83).

[108] *Canada* v. *Hislop*, cit.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 45 14/09/17 10:43

che chiamano in causa la teoria declaratoria di Blackstone, la metafora del *living tree* e la *doctrine of qualified immunity* del legislatore che adotta una disposizione incostituzionale. Secondo la teoria declaratoria, il giudice non creerebbe nuovo diritto, ma sarebbe abilitato solo a disvelare diritto già esistente[109]. Così, applicando cioè diritto già esistente, il giudice non potrebbe che accordare una riparazione retroattiva, rimanendo riservato al legislatore di disporre per il futuro. Ma le teoria declaratoria è suscettibile, secondo la Corte, di precisazioni. L'effetto retroattivo si dispiegherebbe infatti nel solo caso in cui il giudice si trovi ad applicare una regola che già esisteva, come ad esempio quando riscontra che una precedente decisione era viziata per essere stata erronea nel momento in cui veniva pronunciata. Quando però il giudice si trova a dover applicare una regola ad un mutato contesto sociale, la teoria declaratoria non si applicherebbe più[110]. Con tutto ciò, le *prospective decisions* che contengono una declaratoria di incostituzionalità sono necessariamente in contrasto con la teoria di Blackstone, giacché il giudice prolunga la vita di una regola che secondo tale dottrina sarebbe inesistente. Qui interviene la metafora dell'albero. La Corte Suprema interpreta infatti la Costituzione in senso evolutivo, come un *living tree* dal quale possono svilupparsi continuamente nuovi rami[111]. Il problema, allora, non sarebbe se i tribunali possano o meno accordare delle riparazioni per il futuro, ma «when, why and how judges may rule prospectively or restrict the retroactive effect of their decisions in constitutional matters»[112]. La teoria declaratoria, infine, mal si concilierebbe anche con il principio che limita la responsabilità civile del governo per le conseguenze derivanti da una decisione dichiarante l'incostituzionalità di un atto. In assenza di mala fede non c'è ragione, afferma la Corte, di riconoscere un risarcimento per i pregiudizi subiti a causa della semplice adozione di una legge successivamente dichiarata incostituzionale[113], ciò che giustifica, a sua volta, le limitazione agli effetti retroattivi delle sentenze. Anche in questo esempio è evidente la stretta interconnessione tra giudizio di costituzionalità e dinamica dei poteri.

---

[109] Ai giudici il potere sarebbe «not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one», W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 1765, p. 69.

[110] *Canada* v. *Hislop*, cit., par. 87-88.

[111] Chi si è occupato, anche fugacemente, di costituzionalismo canadese, non può non aver incrociato la propria strada con la *Living Tree Doctrine*, enunciata per la prima volta da Lord Sankey nel celeberrimo caso *Edwards* v. *Canada*, del 1930 (*Edwards* v. *Canada (Attorney General)*, [1930] A.C. 124). Secondo tale dottrina, che poi null'altro è che una teoria dell'interpretazione costituzionale, «the British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits. The object of the Act was to grant a Constitution to Canada. Like all written constitutions it has been subject to development through usage and convention». In parole povere la Costituzione dovrebbe essere letta, e interpretata, in un modo ampio e liberale, di modo che i suoi contenuti possano adattarsi alle mutevoli esigenze della società, principio questo che assume un valore ancor più importante in una situazione di estrema complessità sociale com'è quella canadese.

[112] *Canada* v. *Hislop*, cit., par. 96.

[113] *Ibidem*, par. 102.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 46 14/09/17 10:43

5. Conclusioni

Se il XX secolo è stato il secolo del *judicial review*, come ricordavamo all'inizio del presente lavoro, il XXI non pare essere diverso. Sembra infatti che la giustizia costituzionale sia ormai se non l'asse portante, perlomeno un aspetto centrale del costituzionalismo moderno. Verrebbe da pensare, allora, se ci sia ancora qualcosa da dire su un istituto – ma sarebbe meglio dire su un complesso di funzioni –, che ha oltre 200 anni di storia alle spalle.

In realtà, i lavori presentati in questo volume mostrano che c'è uno spazio enorme per ulteriori ricerche sulla giustizia costituzionale. E la ragione è semplice, almeno apparentemente: la giustizia costituzionale è ineluttabilmente legata alla democrazia, anche se con questa entra inevitabilmente in conflitto. L'avverbio ineluttabilmente potrebbe sembrare eccessivo. Eppure ci pare il più appropriato per descrivere quello che la giustizia costituzionale è diventata nel XXI secolo. Non è forse una battaglia persa quella del Tribunale federale svizzero che si rassegna ad ammettere la possibilità di disapplicare le leggi federali contrarie allo *ius cogens* internazionale (leggi CEDU) per non vedersi di fatto espropriato di un potere di controllo esercitato da un organo extra sistemico (leggi Corte EDU)?

Sì, non vi è dubbio, la giustizia costituzionale è ineluttabilmente legata alla democrazia. Lo dimostra il suo essersi adattata a contesti diversi, tutti accomunati, appunto, dall'essere qualificabili come democratici. Ci sono ordinamenti in cui essa ha attecchito pur in assenza di un parametro formale (Israele), ed altri in cui si è sviluppata pur in presenza di un espresso divieto di sottoporre a controllo gli atti legislativi statali (Svizzera e Olanda). Ci sono poi nei quali a contorno della giustizia costituzionale sono state disposte alcune garanzie che tendono ad attenuarne la notevole conflittualità antidemocratica, alcune formalizzate (la *notwithstanding clause* canadese, ad esempio), altre sviluppate come dottrine dai giudici incaricati del controllo di costituzionalità (la *doctrine of political question* statunitense, ad esempio). E ancora, ci sono casi in cui in via interpretativa l'oggetto del controllo è stato allargato al punto da ricomprendervi, paradossalmente ma inevitabilmente diremmo, gli atti formalmente abilitati a modificare la Costituzione (Italia).

Il quadro è estremamente variegato, e pensiamo sia destinato a diventarlo sempre di più. C'è comunque spazio, ripetiamo, per ulteriori ricerche ed approfondimenti. Ciò detto, non sembra inopportuno fissare almeno un paio di linee guida. Il compito non è poi così difficile. Esse emergono, infatti, da alcuni tratti che accomunano i lavori raccolti nel presente volume. Una prima coordinata riguarda il concetto di giustizia costituzionale. Si sarà notato che lo abbiamo preferito, nella sua ampiezza, a quello di controllo di costituzionalità. È evidente che si tratta di due concetti distinti ed interconnessi, ma l'uno, il controllo di costituzionalità, è solo parte di un tutto, la giustizia costituzionale, da intendersi come attività giurisdizionale che si esercita per (e per mezzo della) interpretazione della Costituzione. Per capire, e per spiegare, le dinamiche che coinvolgono giudici e poteri democraticamente legittimati è imprescindibile un approccio che guardi alla giustizia costituzionale nella sua accezione più lata. È infat-

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 47 14/09/17 10:43

ti nell'attività di interpretazione, specie con effetti vincolanti, della Costituzione, che emerge la potenziale conflittualità con i poteri democraticamente legittimati, e non solo nel circoscritto controllo degli atti legislativi.

Questa visione implica una riconsiderazione non solo dell'attività, ma inevitabilmente anche della cerchia dei attori in essa variamente coinvolti. Se la giustizia costituzionale è estrinsecazione di una funzione di garanzia del testo costituzionale, non vi è intimamente collegato anche un organo come il Presidente della Repubblica italiano, il quale è, pur nell'enigmaticità della sua definizione costituzionale[114], organo di garanzia-controllo della Costituzione? Certo, il PdR non è titolare *pro quota* di un qualche potere riportabile all'alveo della giustizia costituzionale *stricto sensu* intesa, ma possiamo escludere, ad esempio, che i rilievi mossi dal Presidente in sede di rinvio delle leggi alle Camere e poi ripresi dalla Corte costituzionale nelle proprie argomentazioni, incidano nella dinamica che vede coinvolti giudici e poteri democraticamente legittimati? In questo caso, se di dialogo si può parlare, e riteniamo di sì, si tratterebbe di un dialogo che coinvolge più di due soli interlocutori.

Una seconda coordinata riguarda l'intima correlazione tra giustizia costituzionale e rigidità della Costituzione. Certo, sembra una banalità, ma lo è al punto che viene costantemente sottovalutata, se non addirittura dimenticata. Giustizia costituzionale e rigidità della Costituzione (*rectius*, procedimenti aggravati di revisione) sono due facce della stessa medaglia. Certo, non bisogna confonderne i ruoli[115]. Da una parte sta la funzione di tutela svolta dagli aggravamenti procedurali, tesi ad impedire che la Costituzione venga modificata senza un'attenta riflessione ed una condivisione il più ampia possibile; dall'altra sta il controllo esercitato in via giurisdizionale, in primo luogo sugli atti non abilitati a modificare la Costituzione, ed in secondo luogo (anche) su quelli a ciò abilitati laddove con essi si contravvenga a taluni principi ritenuti intangibili anche mediante revisione. Ed infatti, un corto circuito ben più grave di quello originariamente individuato da Bickel può innescarsi se le due facce di questa medaglia delle garanzie costituzionali entrano in contatto diretto. Non è quanto meno opinabile, per fare solo un esempio, che una Corte sostenga che il principio dell'alternanza non è di per sé parte di quello democratico e sulla base di tale argomentazione legittimi di percorrere una procedura di revisione più snella (*enmienda*) per introdurre in Costituzione la possibilità di rielezione indefinita del Presidente?[116] Ciò dimostra, se ancora ve ne fosse bisogno, che il semplice fatto di prevedere l'esistenza di una qualche forma di controllo giurisdizionale della Costituzione, non vale di per sé a concretizzare una vera e propria tutela. Ma questa è un'altra storia.

---

[114] D. Butturini, *Brevi note in ordine alla natura costituzionale del presidente della Repubblica tra concezioni teoriche e nuove ricostruzioni materiali*.

[115] S. Bagni, *Riforme costituzionali e super-maggioranze parlamentari: per un aggravamento variabile del procedimento di revisione*.

[116] Sul punto v. *ibidem*.

RDPC_Nicolini_tomo_I.indd 48 14/09/17 10:43