SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCLXXXIV

CATERINA DRIGO

LE CORTI COSTITUZIONALI TRA POLITICA E GIURISDIZIONE

BUP Bononia University Press

Lavoro redatto nell'ambito del progetto di ricerca "Corti costituzionali, Corti Supreme e definizione della costituzione sostanziale".

Bononia University Press
Via Ugo Foscolo 7, 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

© 2016 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISSN 2283-916X
ISBN 978-88-6923-205-3

Impaginazione: Sara Celia

Prima edizione: 2016

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

***

Per la presente monografia la Giunta di Dipartimento ha nominato la seguente Commissione di lettura:

Prof. Carlo Bottari (Alma Mater Studiorum – Università di Bologna)
Prof.ssa Susanna Mancini (Alma Mater Studiorum – Università di Bologna)
Prof. Luca Mezzetti (Alma Mater Studiorum – Università di Bologna)

Alla mia famiglia,
e al Prof. Luca Mezzetti
con profonda
gratitudine

Capitolo I

SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ E SEPARAZIONE DEI POTERI: RICOSTRUZIONE STORICA E SPUNTI PROBLEMATICI

> *«If men were angels no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administrated by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself. A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions»*[1].

Sommario: 1. La nascita del controllo di costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America. – 1.1. Realizzazione del modello. – 1.1.1. Considerazioni di ordine metodologico. – 1.1.2. Evoluzione del modello: dalle Colonie al *Bill of Rights* del 1791. – 2. *Separation of powers* nell'architettura costituzionale delle origini: presupposto per il *judicial review*. – 3. (*segue*): il processo evolutivo del *judicial review* e il ruolo della *Supreme Court*. – 3.1. Casi di *judicial review* antecedenti la Convenzione di Filadelfia. – 3.2. *The Federalist* e le teorizzazioni in merito alla necessità del *judicial review of legislation*. – 3.3. Casi di esercizio del *judicial review* successivamente alla Convenzione di Filadelfia. – 3.4. Affermazione espressa del potere di *judicial review*. – 3.4.1. Considerazioni generali. – 3.4.2. *Marbury v. Madison.* – 3.4.3. Risultanze del caso *Marbury v. Madison*: così incontestabili? – 3.5. Interpretazione o revisione costituzionale: problemi aperti. – 3.5.1. La posizione della Corte Suprema in relazione all'adattamento della Costituzione ai mutamenti storici.

---

[1] J. Madison, saggio n. 51, in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, Signet Classic, 2003 (ed. orig.: *The Federalist*, McLean, New York, 1788), p. 319.

1. *La nascita del controllo di costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*

1.1. *Realizzazione del modello*

1.1.1. *Considerazioni di ordine metodologico*

Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America è certamente uno dei più interessanti nel panorama comparato in ragione delle sue caratteristiche intrinseche e delle dinamiche politico-costituzionali il cui dinamismo ed elasticità hanno consentito a quell'ordinamento di evolversi e aggiornarsi per secoli, fungendo da paradigma ispiratore per molti ordinamenti democratici. In ragione di ciò, si ritiene opportuno ripercorrere le principali tappe evolutive che hanno interessato il modello di giustizia costituzionale americano al fine di comprenderne le specificità e le ragioni che lo hanno portato fino alla sua conformazione moderna e ad essere uno dei sistemi più interessanti quanto a influenza nell'articolazione della forma di governo, creatività della giurisprudenza ed elaborazione di tecniche d'interpretazione costituzionale estremamente varie, raffinate e, in ultima battuta, "pragmatiche".

1.1.2. *Evoluzione del modello: dalle Colonie al Bill of Rights del 1791*

Come è noto, gli Stati Uniti d'America si sono costruiti quale nazione indipendente nel corso del XVIII secolo per effetto di un processo lento e graduale, determinato e condizionato (anche sotto il profilo della struttura giuridica) dalle modalità stesse con cui si è svolto il processo di colonizzazione inglese[2].

[2] Le colonie inglesi in America del Nord furono fondate e si svilupparono a partire dal 1607, per l'autonoma iniziativa di gruppi per lo più religiosi (c.d. *dissenters*) di inglesi emigrati alla ricerca di un luogo dove poter liberamente esternare i propri ideali di vita. Nel corso del secolo successivo il processo di immigrazione si intensificò contribuendo al formarsi di una società estremamente variegata e din-

Il quadro culturale di riferimento e le fonti cui attinsero gli statisti americani differiscono ampiamente da quello cui si ispirarono gli europei[3]. Parte della dottrina, nel tratteggiare il processo di

amica. Le Colonie, infatti, istituite con una concessione detta *royal charter*, furono lasciate libere di organizzarsi e governarsi con grande autonomia, poiché la madrepatria si limitò a riservarsi potere decisionale solo relativamente a determinate materie "sensibili", quali la legislazione doganale, le relazioni internazionali o il commercio estero. In queste terre, il *common law* fu così recepito, non per imposizione di Londra, ma attraverso un processo di "lento assorbimento": le Colonie, infatti, utilizzarono gli strumenti giuridici che via via si dimostrarono utili a regolamentarne l'esistenza e compatibili con la loro situazione locale. Significativo è il fatto che esse elaborarono propri *Statutes*: atti che, nel regolare i rapporti con i propri abitanti e con il Regno Unito, rappresentavano una sorta di "proto-costituzione" perché contribuirono a modellare la sensibilità dei coloni americani verso l'idea che un ordinamento giuridico trovasse il proprio fondamento in una fonte gerarchicamente sovraordinata alle altre. Esisteva, poi, in quasi tutte le Colonie, un sistema di corti organizzato su più livelli: alla base vi erano le *country courts*, corti che avevano una giurisdizione limitata; ad un livello gerarchicamente superiore c'erano corti d'appello, con competenza generale e, in ultimo, esisteva un terzo livello di corti superiori competenti a sindacare, in massima istanza, le decisioni delle corti d'appello. Caratteristica precipua di queste corti era il loro non essere, almeno inizialmente, composte da giuristi di professione e non disporre di una sede fissa, ancorata ad un luogo. Infatti, fino a gran parte del XIX secolo, i giudici furono costretti ad espletare le proprie funzioni istituzionali spostandosi da un luogo ad un altro. I rapporti con la madrepatria, fino al 1763 furono buoni perché c'era il comune nemico francese da sconfiggere, ma dopo il termine della guerra dei Sette Anni (1756-1763) le cose mutarono profondamente. L'Inghilterra, nel 1765, per rifarsi delle perdite subite durante la guerra con la Francia, promulgò lo *Stamp Act*, legge con cui imponeva imposte interne alle Colonie senza averne prima richiesto l'approvazione agli organi di governo delle Colonie, violando così il principio di *common law*: "*no taxation without representation*". La reazione, nelle Colonie, fu così forte che il provvedimento fu presto revocato, tuttavia ebbe come grave conseguenza l'incrinarsi definitivo dei rapporti con la madrepatria tanto che non vennero nemmeno più tollerati gli interventi di imposizione fiscale di legittima competenza inglese. Alcune Colonie nord-americane, ben prima della Convenzione di Filadelfia, furono caratterizzate dalla presenza di istituti di particolare rilievo, in un certo senso anticipatori dei sistemi di giustizia costituzionale che oggi conosciamo. Si tratta di strumenti che, sebbene non identificabili con gli istituti di controllo che si sono imposti in seguito, tuttavia rappresentano un'importante testimonianza dell'affermazione della supremazia della Costituzione e della necessità di fornire la stessa di adeguati strumenti di tutela nei confronti dell'arbitrio del potere legislativo.

[3] Per una ricostruzione del dibattito politico che accompagnò l'elaborazione delle carte costituzionali delle tredici Colonie e della Costituzione federale si vedano (in ordine cronologico): A.H. Putney, *United States Constitutional History and Law*, Fred B. Rothman & Co., Lottelton, ristampa 1985 (1st ed. 1908); R.R. Palmer, *The Age of Democratic Revolution: The Challenge*, Princeton University Press, Princeton, 1959; E.S. Corwin, *American Constitutional History*, Harper

formazione degli Stati Uniti d'America, ha introdotto il concetto di «costruzione storica della Costituzione»[4] sottolineando il fatto che, in quell'ordinamento, la definizione della teoria della Costituzione fu il risultato di un lento processo diacronico-evolutivo il quale, da un lato, portò all'affermazione della natura di legge fondamentale della Costituzione, dall'altro al consolidamento di strumenti di tutela peculiari, quali la sua rigidità e l'elaborazione della teoria del controllo di costituzionalità. Se, ad esempio, si analizzano le cause del conflitto fra inglesi e americani, che sfociò nella ribellione di questi ultimi alla madrepatria nella seconda metà del XVIII secolo, si comprende come esse non avessero soltanto carattere economico poiché, secondo quanto non ha mancato di far notare attenta dottrina, trovavano la propria ragion d'essere in un contrasto di carattere dottrinale inerente la stessa concezione dello sta-

---

Torchbook, New York, 1964; A.E. Sutherland, *Costitutionalism in America. Origin and Evolution of its Fundamental Ideas*, Blaisdell Publishing Company, New York, 1965; D.G. Smith, *The Convention and the Constitution: The Political Ideas of the Founding Fathers*, University Press of America, Lanham, 1987 (1st ed. 1965); G.S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, 2nd ed., Chapel Hill, London, 1998; H.A. Johnson, *American Legal and Constitutional History: cases and materials*, University Press of America, Lanham, 2001; M. Jacobs, W.J. Zelizer, *The Democratic Experiment: New Directions in American Political History*, Princeton University Press, Princeton, 2003; C.G. Fritz, *American Sovereigns: the People and America's Constitutional Tradition before the Civil War*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008; T. Anderson, *Creating the Constitution: The Convention of 1787 and the First Congress*, Pennsylvania State University Press, University Park, 2010 (1st ed. 1993). Nella letteratura italiana, su questi temi e in ordine cronologico: A. Aquarone, G. Negri, C. Scelba (a cura di), *La formazione degli Stati Uniti d'America: documenti*, 2 voll., Nistri-Lischi, Pisa, 1961; U. Mattei, *Common Law, il diritto anglo-americano*, II, Utet, Torino, 1992, p. 121 ss.; P.G. Lucifredi, *Appunti di diritto costituzionale comparato. Il sistema statunitense*, Giuffrè, Milano, 1993; G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*. I. *La Costituzione liberale*, Giappichelli, Torino, 1998; P. Bianchi, *Giustizia Costituzionale negli Stati Uniti*, in Aa.Vv., *Esperienze di Giustizia Costituzionale*, I, Giappichelli, Torino, 2000, p. 1 ss.; L. Mezzetti, *La giustizia costituzionale. Storia, modelli, teoria*, in L. Mezzetti, M. Belletti, E. D'orlando, E. Ferioli, *La giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2007, p. 2 ss.; L. Pegoraro, *Giustizia Costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 23 ss.; G. de Vergottini, *Diritto Costituzionale Comparato*, Cedam, Padova, 2013; P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

[4] R.L. Blanco Valdès, *Il valore della Costituzione. Separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale*, Cedam, Padova, 1997 (1ª ed. Madrid, 1994), p. 127 ss.

to e del suo fondamento[5]. Così, se in Inghilterra quale unica fonte della legge positiva si era incontestabilmente affermato il principio della *supremacy of the Parliament*, diversamente, in Nord America la dottrina fu profondamente influenzata dalle teorizzazioni di Locke e Harrington e si venne sempre più affermando il principio della "insuperabile" validità della legge naturale[6]. Delle idee lockiane si recepì l'aver ancorato la legittimità del potere politico statale al necessario rispetto del *diritto naturale*; da Harrington, invece, furono riprese le elaborazioni in tema di definizione del concetto e dei contenuti della Legge Fondamentale, da egli definita «il centro e la base di ogni repubblica»[7], poiché «la libertà di una repubblica consiste nella supremazia delle sue leggi»[8]. In questo contesto giuridico-culturale si affermò progressivamente l'idea che il popolo possedesse «diritti originali», che – se compatibili con la Costituzione – non avrebbero potuto essere vulnerati nemmeno dal potere legislativo e da tale principio fu fatto discendere quello secondo cui

---

[5] A.E. Sutherland, *Constitutionalism in America. Origin and Evolution of its Fundamental Ideas*, cit., p. 110 ss.; A.H. Putney, *United States Constitutional History and Law*, cit., p. 93 ss.

[6] J. Harrington, *La Repubblica di Oceana*, 1685 (ed. it. a cura di G. Schiavone), Franco Angeli, Milano, 1985; J. Locke, *Due trattati sul governo*, 1690 (ed. it. a cura di L. Pareyson, Utet, Torino, 2010). Sull'influenza di questi autori nel contesto statunitense e, in particolare, nel pensiero degli autori del *The Federalist* si vedano R.J. Ellis, *American Political Cultures*, Oxford University Press, New York, 1993; J. Huyler, *Locke in America: The Moral Philosophy of the Founding Era*, University Press of Kansas, Lawrence, 1995, e, nella letteratura in lingua italiana, anche A. Cerri, *Poteri* (*divisione dei*), in *Enc. giur. Treccani*, Istituto Poligrafico Zecca dello Stato, Roma, XXIII, II, 1990, p. 1 ss. (*ad vocem*) e bibliografia ivi indicata; nonché M. Troper, *Le nuove separazioni dei poteri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, in particolare nota n. 23, p. 53. Per maggiori approfondimenti sul punto cfr. altresì: M. Einaudi, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Memorie dell'Istituto Giuridico, Torino, 1931; M. Battaglini, *Contributo alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1957; J. Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Tecnos, Madrid, 1997; R.L. Blanco Valdés, *Il valore della Costituzione*, cit., p. 127 ss.

[7] Secondo Harrington, infatti, «le leggi fondamentali sono quelle che stabiliscono ciò che ogni individuo può chiamare cosa propria, vale a dire la proprietà, e il modo con cui ciascun può godere dei propri beni, vale a dire la protezione: la prima potestà viene chiamata anche possesso, la seconda Imperio o Sovranità, e quest'ultima […] è il naturale prodotto della prima. Infatti, tale è la stabilità del possesso in una nazione, quale è la natura della sua sovranità». J. Harrington, *La Repubblica di Oceana*, cit., p. 193.

[8] M. Einaudi, *Le origini dottrinali e storiche…*, cit., p. 22.

«in ogni paese libero il potere legislativo deriva i suoi poteri dalla Costituzione, dalle cui regole fondamentali esso è legato e circoscritto»[9]. La c.d. *supremacy of the Parliament* in Nord America fu percepita, quindi, come un principio non assoluto, bensì funzionale al soddisfacimento del bene pubblico della società. Naturale conseguenza di tali premesse fu l'affermazione secondo la quale «una legge contro la Costituzione è nulla; una legge contro la *natural equity* è nulla» e dalla stessa si fece derivare la necessità che i giudici non dovessero tener conto degli atti legislativi contrari alla Costituzione[10].

Le diverse Colonie presenti sul territorio nord-americano, nello strutturare giuridicamente i rispettivi ordinamenti, ebbero ben presenti le concezioni dogmatiche sopra descritte e le loro Costituzioni (*rectius*, *Statutes*) rivestirono un ruolo fondamentale nella definizione di quelli che sarebbero divenuti i tratti qualificanti la Costituzio-

---

[9] In tal senso C. Warren, *Congress the Constitution and the Supreme Court*, Little Brown & Company, Boston, 1925, p. 38.

[10] Tale affermazione fu espressa in nome dei mercanti danneggiati da un provvedimento del Parlamento inglese. Così J. Otis, *Speech on the Writs of Assistance*, in M. Beloff, *The Debate on the American Revolution*, 1762-1783, Adam & Charles Black, London, 1960, p. 45. Cfr. anche l'analitica ricostruzione effettuata da L. Mezzetti, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 20 ss. È doveroso ricordare che, in relazione all'origine storica del controllo giudiziario di costituzionalità, attenta dottrina ricorda come la necessità di porre un limite al potere legislativo fosse un bisogno estremamente radicato nella storia della civiltà umana (M. Cappelletti *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 27 ss.) individuando forme di controllo, riconducibili a quello giudiziario, in vari ordinamenti giuridici già del Medioevo (E.S. Corwin, *L'idea di "legge superiore" e il diritto costituzionale americano*, Neri Pozza, Vicenza, 1963). Un esempio particolarmente significativo si ritrova in Inghilterra, prima della definitiva affermazione della *supremacy of the Parliament*: si tratta del *Bonham's case* del 1610. Per maggiori approfondimenti sul punto si vedano, *ex multis*, G. Burgess, *The Politics of the Ancient Constitution: an Introduction to English Political Thought, 1603-1642*, Macmillan, London, 1992; J. Hostettler, *Sir Edward Coke: a Force for Freedom*, Barry Rose Law Publishers, Sussex, 1997; C. Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review*, Rowman&Littlefield Publishers, U.S., 1994 (1st ed. 1986); R. Pound, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, Yale University Press, New Haven-London, 1957; nonché R. Berger, *Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?*, 117 *U. Pa. L. Rev.* 521, 1969; W. Berns, *Judicial Review and the Rights and Laws of Nature*, in *Sup. Ct. Rev.*, 1982, p. 49 ss.; T.F.T. Plucknett, *Bonham's Case and Judicial Review*, 40 *Harv. L. Rev.* 30, 1926; E. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, 42 *Harv. L. Rev.* 365, 1929.

ne federale approvata nel 1787[11]. Innanzitutto, esse si dotarono di Costituzioni a carattere rigido che prevedevano o l'istituzione di forme di revisione che si ponevano come aggravate rispetto all'ordinario procedimento legislativo o l'impossibilità di essere modificate se non attraverso la convocazione di apposita assemblea costituente[12]. In secondo luogo, molti di tali testi normativi, sebbene non esplicitassero il collegamento inscindibile fra forme di controllo di costituzionalità e supremazia della Costituzione[13], ne presentavano forme embrionali, individuando organi – di carattere eminentemente politico – deputati alla salvaguardia e al rispetto del testo costituzionale.

La svolta per la creazione degli Stati Uniti d'America fu, come è noto, la convocazione, nel 1787 a Filadelfia, di una Convenzione che riunisse i rappresentanti delle tredici colonie al fine di modificare gli *Articles of Confederation* del 1781 e regolare in maniera più soddisfacente per tutti gli attori politici le relazioni (economico-politiche) fra gli Stati confederati. Il risultato dei lavori della Convenzione fu la redazione della Costituzione federale, un documento innovativo frutto del compromesso delle diverse istanze fatte valere dai delegati dei vari Stati, che ridisegnò, modificandolo profondamente, l'assetto dei poteri e la struttura dei rapporti fra gli stessi[14].

---

[11] A.H. Putney, *United States Constitutional History and Law*, cit., p. 75 ss.; nonché A.E. Sutherland, *Costitutionalism in America. Origin and Evolution of its Fundamental Ideas*, cit., p. 110 ss.

[12] Avevano carattere rigido le costituzioni del Maryland, Delawere, Pennsylvania (1776); Georgia (1777), Massachussets (1780) e New Hampshire (1784); prevedevano, invece, la convocazione *ad hoc* di un'Assemblea costituente le costituzioni del New Jersey, Carolina del Nord, Virginia (1776) e New York (1777); in tal senso R.L. Blanco Valdés, *Il valore della Costituzione*, cit., p. 121 ss. nonché M. Einaudi, *Le origini dottrinali e storiche…*, cit., p. 19.

[13] Aspetto, questo, che, come noto, si affermò quale epilogo di un lento processo di acquisizione della coscienza politica, profondamente influenzato dall'elaborazione dottrinale e dall'azione dei giudici. In tal senso: M. Aragòn Reyes, *El control come elemento inseparabile del concepto de Costitution*, in *REDC*, n. 19, 1987, p. 15 ss. G. Silvestri (in *La separazione dei poteri*, II, Giuffrè, Milano, 1974, p. 17), ricorda come nel pensiero politico americano, in netto contrasto con la tradizione inglese, la rigidità e il carattere scritto del testo costituzionale sono elementi essenziali, garanzie irrinunciabili dei diritti dei cittadini. Sul punto cfr., *infra*, par. successivo.

[14] Molti delegati proposero soluzioni modellate sulle esigenze dello Stato da cui provenivano. Base della discussione furono il *Virginia plan*, il *South Carolina plan* e il *New Jersey plan.* Per un'analisi dettagliata dei lavori della Convenzione

La caratteristica principale della nuova architettura costituzionale fu la creazione di un duplice sistema di governo, che integrasse un livello statale con un livello federale[15], un «*central government strong enough to protect property, yet no so strong as to be able to interfere with property*»[16]. Per soddisfare quest'esigenza, la nuova Costituzione federale ripartì la gestione del potere seguendo la classica tripartizione in tre diversi organi – il Presidente, il Congresso e la giurisdizione federale – deputati ad esercitare, rispettivamente, il potere esecutivo, il potere legislativo e quello giudiziario e le loro competenze furono coordinate da un articolato sistema di *checks and balances* in grado di impedire che uno solo dei poteri potesse prevaricare gli altri innescando delle derive di matrice autoritaria[17].

In relazione ai profili che qui si vogliono evidenziare, si sottolinea che i lavori della Convenzione diedero ampio spazio all'anali-

---

vedasi, fra la ricchissima letteratura esistente: A.H. Putney, *United States Constitutional History and Law*, cit., p. 102 ss.; nonché A.E. Sutherland, *Costitutionalism in America. Origin and Evolution of its Fundamental Ideas*, cit., p. 132 ss.; G. Thomas, *Constitutional Convention, Framing*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, I, Gale, 2008, p. 403 ss.; E.S. Corwin, *American Constitutional History*, cit., p. 1 ss.; E.S. Bates, *The Story of the Supreme Court*, Charter ed., New York, 1963 (first ed. 1936), p. 15 ss.; C.D. Bowen, *Miracle at Philadelphia: the Story of the Constitutional Convention, May to September 1787*, Little Brown, Boston, 1966; M. Farrand, *The Records of the Federal Convention of 1787*, 4 voll., Yale University Press, New Haven-London, 1966; D.G. Smith, *The Convention and the Constitution: The Political Ideas of the Founding Fathers*, cit., p. 10 ss.; H.A. Johnson, *American Legal and Constitutional History: cases and materials*, cit., p. 158 ss.; M. Jacobs, W.J. Zelizer, *The Democratic Experiment: New Directions in American Political History*, cit., p. 117 ss.; C.G. Fritz, *American Sovereigns: the People and America's Constitutional Tradition before the Civil War*, cit., p. 1 ss.; T. Anderson, *Creating the Constitution: The Convention of 1787 and the First Congress*, cit., p. 173 ss. Nella letteratura italiana si vedano in particolare M. Einaudi, *Le origini dottrinali e storiche…*, cit., p. 31 ss.; G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, *La Costituzione liberale*, cit., p. 31 ss.; N. Olivetti Rason, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 127 ss.; P.G. Lucifredi, *Appunti di diritto costituzionale comparato. Il sistema statunitense*, cit., p. 9 ss.

[15] Sul punto, oltre ai testi già indicati *supra*, alla nota n. 13, nella letteratura recente si vedano anche A.L. LaCroix, *The Ideological Origins of American Federalism*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 2010; nonché C. Bologna, *Stato federale e "National Interest"*, Bononia University Press, Bologna, 2010 e la ricca bibliografia ivi indicata.

[16] E.S. Bates, *The Story of the Supreme Court*, cit., p. 21.

[17] Sulla peculiare conformazione della separazione dei poteri nel sistema statunitense delle origini si veda, *infra*, par. successivo.

si delle esperienze delle singole Colonie in tema di articolazione del potere giudiziario e di controllo costituzionale dell'attività legislativa. A tal proposito, è degno di menzione il *Virginia Plan* presentato dal delegato della Virginia Edmund Randolph, il quale attribuiva particolare importanza, per il futuro Stato federale, al controllo costituzionale configurandolo sia come «controllo, […] sulle leggi degli stati federali», sia come «controllo sulle leggi federali»[18]. Il progetto delineava tale controllo quale strumento avente natura preventiva e politica e lo articolava secondo un doppio binario poiché, per quanto concerneva gli atti legislativi statali, attribuiva un generale potere di veto all'Assemblea Nazionale; diversamente, subordinava il controllo degli atti legislativi federali all'istituzione di un apposito organo a formazione ibrida (in quanto fra i suoi membri si annoveravano sia appartenenti al potere esecutivo, sia alcuni rappresentanti del potere giudiziario), chiamato Consiglio di Revisione e avente il potere di esprimere pareri che, ove favorevoli, avrebbero avuto l'effetto di inibire l'entrata in vigore della legge ritenuta contraria alla Costituzione, a meno che la stessa non venisse riapprovata senza modificazioni dall'Assemblea[19]. Sebbene tale progetto non fosse stato approvato dai delegati partecipanti alla Convenzione di Filadelfia[20], tuttavia il dibattito che originò intorno ad esso conteneva criti-

[18] Così G. Thomas, *Constitutional Convention, Framing*, cit., p. 404. Si vedano, altresì, M. Battaglini, *Contributo alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, cit., p. 43. In senso conforme: R.L. Blanco Valdés, *Il valore della Costituzione*, cit., p. 127 ss.; M. Einaudi, *Le origini dottrinali e storiche*, cit., p. 31 ss.

[19] Il punto n. 8 del *Virginia Plan* espressamente prevedeva che «l'Esecutivo ed un numero adeguato di membri del Giudiziario Nazionale devono comporre un Consiglio di Revisione avente autorità per esaminare qualunque legge del legislativo nazionale prima di procedere alla sua attuazione, e qualunque legge dei legislativi dei singoli stati prima che il veto sulle stesse sia definitivo; e che il dissenso di detto Consiglio significherà un rifiuto, a meno che la legge del legislativo nazionale sia nuovamente approvata o che il veto su di una legge di un legislativo statale sia di nuovo approvato da una percentuale non determinata di membri di ciascuna camera»; così citato in R.L. Blanco Valdés, *Il valore della Costituzione*, cit., pp. 127-128. Sul punto cfr. anche l'analitica ricostruzione proposta da A.H. Putney, *United States Constitutional History and Law*, cit., p. 69 ss. e M. Farrand, *The Framing of the Constitution of the United States*, Yale University Press, New Heaven-London, 1913, p. 68 ss.

[20] In seno alla Convenzione prevalse, infatti, la volontà di escludere l'attribuzione all'Assemblea Nazionale di rilevanti poteri di controllo sulle assem-

che costruttive per lo sviluppo delle riflessioni in merito al controllo di costituzionalità delle leggi. In particolare, in ordine alla necessità di mantenere separati il potere legislativo da quello giudiziario, due delegati del Massachusetts, King e Gerry, affermarono rispettivamente che «il potere giudiziario non deve partecipare al veto di una legge, in quanto i giudici disporranno dell'interpretazione delle leggi quando le stesse arriveranno di fronte a loro e allora dovranno senza dubbio astenersi dall'applicazione di quelle che contrastino con la Costituzione» e che «è dubbio se il potere giudiziario deve formare parte del Consiglio di revisione proposto, in considerazione del fatto che i giudici disporranno di un freno sufficiente […] mediante la loro interpretazione delle leggi, di ciò che implica un potere di decisione sulla loro costituzionalità»[21]. Analogamente, un delegato della Carolina del Nord, Rutledge, associandosi alle posizioni descritte, precisò che «i giudici non dovrebbero mai esprimere parere su di una legge, sino a tanto che a far ciò non siano costretti nell'esercizio delle loro funzioni»[22]. A queste critiche replicò, fra gli altri, un delegato della Virginia, Mason, sostenendo la necessità di apporre «un freno (al potere legislativo, *n.d.a.*) […]» poiché «esso avrebbe non solo l'effetto di arrestare l'entrata in vigore di somiglianti leggi, ma scoraggerebbe i demagoghi dal compiere anche il solo tentativo di farle approvare»[23]. Il dibattito proseguì con la presentazione di un altro progetto, il *New Jersey Plan*, che, sebbene inattuato, è da considerarsi significativo poiché si caratterizzava per sancire la prevalenza del diritto federale su quello statale e per imporre a tutti i giudici l'obbligo di interpretare gli atti sottoposti al loro esame alla luce di tale principio[24]. Nell'ambito dei lavori della Convenzione si affermò così, quantunque non in termini espliciti, il potere dei giudici di sindacare la compatibilità (*rectius* legittimità) delle leggi statali con il testo costituzionale. Per i profili oggetto del nostro studio appare significativa anche la proposta (parimenti inattuata) di James Wilson,

---

blee statali. Inoltre, non era gradita la composizione mista (esecutivo-giudiziario) del Consiglio di revisione.

[21] M. Farrand, *The Framing of the Constitution of the United States*, cit., p. 79.

[22] M. Einaudi, *Le origini dottrinali e storiche…*, cit., p. 35.

[23] *Ibidem*, p. 35.

[24] A.H. Putney, *United States Constitutional History and Law*, cit., p. 117 ss.

delegato della Pensilvania, il quale configurò un organo speciale, il *national jury on the law*, che avrebbe dovuto essere titolare del potere di esercitare funzioni di controllo costituzionale[25].

La breve disamina di tali progetti non soddisfa esigenze di carattere meramente storico-ricostruttivo, ma è anche funzionale ad evidenziare come, sebbene il testo dell'art. III della Costituzione federale approvato a Filadelfia il 17 settembre 1787[26] non contemplasse espressamente il potere di *judicial review of legislation* quale attribuzione della Corte Suprema, non è fuorviante ritenere che tale attribuzione avesse carattere implicito, stante il generale accordo della maggior parte dei membri della Convenzione sul punto[27]. Molti delegati, infatti, convenivano sul ritenere valido il principio secondo cui una legge che presentasse profili di incostituzionalità avrebbe dovuto esser dichiarata nulla (o addirittura inesistente) attribuendo più o meno chiaramente il potere di far valere questa invalidità ai giudici[28].

L'opinione pubblica di tutti gli Stati si spaccò in due schieramenti: da un lato i federalisti, sostenitori di un ruolo preminente dalla Federazione sugli Stati, dall'altro gli antifederalisti, che propugnavano il contenimento dei poteri della Federazione. Esercitarono un ruolo determinante, nell'influenzare l'opinione pubblica, gli scritti di Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, pubblicati su vari giornali di New York e poi raccolti in un volume dal titolo *The Fe-*

---

[25] *Ibidem*, p. 117 ss.

[26] Il testo della nuova Costituzione venne sottoscritto «*by the unanimous consent of the States present*» e fu sottoposto al Congresso della Confederazione affinché lo sottoponesse ai singoli Stati per la ratifica. La Costituzione, al comma 1 dell'art. VII, stabilisce, poi, che, ai fini della sua entrata in vigore, sarebbe stata sufficiente la ratifica da parte di soli nove Stati ed entrò definitivamente in vigore nel 1789: *ex multis:* E.S. Corwin, *American Constitutional History*, cit., p. 25 ss.; A.E. Sutherland, *Costitutionalism in America. Origin and Evolution of its Fundamental Ideas*, cit., p. 132 ss.

[27] Così E.S. Bates, *The Story of the Supreme Court*, cit., p. 15 ss.; in senso conforme R.L. Blanco Valdés, *Il valore della Costituzione*, cit., p. 127 ss.

[28] In tal senso, ad esempio, Madison affermò che «una legge che violi la costituzione stabilita dal popolo sarà considerata dal giudice nulla ed inesistente»; analoghe posizioni furono palesate da Hamilton il quale sostenne che «tutte le normative che sono contrarie alla Costituzione o alle leggi degli Stati Uniti sono nulle in radice». Così citato in J. Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, cit., p. 101.

deralist[29]: scritti che sostenevano la tesi federalista e la supremazia della Costituzione e che esercitarono una notevole influenza nella definizione di quello che, in seguito, sarebbe stato il ruolo esercitato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti.

Come è noto, il testo costituzionale adottato a Filadelfia conteneva solo sette articoli: i primi tre relativi, rispettivamente, al potere legislativo (affidato ad un Congresso composto da due Camere), al potere esecutivo (affidato al Presidente) e a quello giudiziario (esercitato dalla Corte Suprema e dalle altre Corti federali inferiori); il quarto concernente la normativa interstatuale; il quinto disciplinante il procedimento di revisione costituzionale; il sesto contenente la c.d. *supremacy clause*[30], il settimo inerente la ratifica e l'entrata in vigore del testo.

Un dato significativo è rappresentato dal fatto che la Costituzione del 1787 non include né riferimenti espressi al principio di separazione dei poteri[31], né puntuali riferimenti normativi atti a regolare la posizione dei cittadini nei confronti della Federazione. In relazione a quest'ultimo aspetto, durante la Convenzione di Filadelfia non si era ritenuto necessario (e per alcuni, opportuno) introdurre disposizioni relative ai diritti dei singoli, sia perché gli Stati si erano già dotati di proprie Carte dei Diritti ed esse erano considerate sufficienti a tutelare i cittadini anche nei confronti dei poteri esercitabili dalla Federazione, sia perché vi era il timore – dei sostenitori delle istanze federaliste – che la necessità di trovare un accordo anche in merito alla definizione delle varie libertà potesse ritardare l'approvazione della Costituzione[32]. I lavori della Convenzione, però, si chiusero con l'assicurazione

---

[29] A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, Signet Classic, New York, 2003 (ed. orig.: *The Federalist*, McLean, New York, 1788). Per una traduzione italiana del testo si veda A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di G. Sacerdoti Mariani, Giappichelli, Torino, 1997. Per un'analisi del pensiero e dell'opera, nella letteratura italiana, si veda A. Garosci, *Il pensiero politico degli autori del "Federalist"*, Edizioni di Comunità, Milano, 1955.

[30] L'art. VI afferma che la Costituzione federale «*…shall be the supreme law of the land*».

[31] Su cui diffusamente *infra*, par. 2.

[32] Hamilton, nel saggio n. 84 del *The Federalist*, arriva a sostenere l'inutilità dell'introduzione di una carta dei diritti nel testo della Costituzione federale, la quale, grazie alla previsione del principio di separazione dei poteri, unitamente ad appositi meccanismi di rappresentanza dei vari interessi e a un sistema di controlli reciproci, era considerata sufficiente a tutelare i diritti. A. Hamilton, J. Madison, J.

alla minoranza antifederalista che il primo Congresso Federale avrebbe analiticamente affrontato la problematica. E così fu: nel 1789 il primo Congresso elaborò un documento, definito *Bill of Rights*, contenuto nei primi dieci emendamenti al testo costituzionale del 1787. Caratteristica saliente di tale documento è il fatto che esso rappresentava un eterolimite per il legislatore ordinario: il Congresso Federale limitò il proprio potere normativo perché la costituzionalizzazione di tutti i principali diritti della persona conferì loro carattere rigido e li rese modificabili solo attraverso il rispetto delle procedure particolarmente aggravate previste all'art. V per la revisione della Costituzione federale. I diritti contenuti nel *Bill of Rights* e nei successivi emendamenti, oltre che intangibili, sono anche formulati in modo alquanto ampio e generico e ciò ha permesso alla Corte Suprema di "riempire di contenuto" le disposizioni costituzionali, effettuandone, nel corso del tempo, una puntuale definizione secondo una dinamica evolutiva e di continuo aggiornamento[33] che spesso è stata criticata da quella parte della dottrina che, da sempre, auspica l'adozione di un atteggiamento di maggiore *self-restraint* da parte del potere giudiziario[34].

Jay, *The Federalist Papers*, cit., p. 509 ss. Sulle diverse opzioni teoriche sottese alla introduzione del *Bill of Rights* si vedano, *ex multis*, A.H. Putney, *United States Constitutional History and Law*, cit., p. 130 ss.; J.M. Van Dyke., *Bill of Rights*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, I, Gale, 2008, p. 146 ss.; A.R. Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, Yale University Press, New Haven-London, 1998, nonché, in generale, E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, Wolter Kluwer, U.S., 2011; L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 1 ss. Nella letteratura italiana, in particolare G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, *La Costituzione liberale*, cit., p. 31 ss.

[33] Emblematici sono i casi di interpretazione del IX emendamento sulla cui base fu elaborata la teoria dei c.d. *implied powers* o del XIV emendamento, considerato chiave di volta del sistema di tutela dei dritti americano. La dottrina in materia è veramente sterminata. Si rimanda, per una trattazione dei profili generali, *ex multis*, L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 798 ss.; E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, cit., p. 487 ss.; K.T. Lash, *Unenumerated rights*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, V, Gale 2008, p. 92 ss.; Id., *Ninth Amendment*, in *Encyclopedia of the Supreme Court*, III, Gale, 2008, p. 411 ss.; G. Epps, *Fourteenth Amendment*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, II, Gale, 2008, p. 245 ss.; T.B. McAffee, J.S. Bybee, A.C. Bryant, *Powers Reserved for the People and the States: A History of the Ninth and Tenth Amendments*, Praeger Publishers, West Port, 2006. Nella letteratura italiana, su questi temi, in part. G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*. I. *La Costituzione liberale*, cit., p. 101 ss.

[34] Sul punto, diffusamente, *infra*, al cap. II del presente volume.

2. Separation of powers *nell'architettura costituzionale delle origini: presupposto per il* judicial review

Nella cultura giuridica delle colonie nord-americane erano ben note e recepite le teorizzazioni classiche inerenti la separazione dei poteri[35] e già molte loro Costituzioni enunciavano, seppur a volte solo enfaticamente, il relativo principio[36]. Ai *Framers* erano familiari

[35] Su questi temi, nella letteratura americana, in ordine cronologico: A.H. Putney, *United States Constitutional History and Law*, cit., p. 189 ss.; A.T. Vanderbilt, *The Doctrine of the Separation of Powers and its Present Day Significance*, The University of Nebraska Press, Lincoln, 1953; W.B. Gwyn, *The Meaning of the Separation of Powers. An Analysis of the Doctrine from its Origins to the Adoption of the United States Constitution*, Tulane University, New Orleans, 1965; P.B. Kurland, *The Rise and Fall of the "Doctrine" of Separation of Powers*, 85 *Mich. L. Rev.* 592, 1986; G. Casper, *An Essay in Separation of Powers. Some Early Versions and Practices*, 30 *Wm. & Mary L. Rev.* 211, 1989; W.B. Gwyn, *The Indeterminacy of the Separation*, 30 *Wm. & Mary L. Rev.* 263, 1989; M. Marcus, *Separation of Powers in the Early National Period*, 30 *Wm. & Mary L. Rev.* 269, 1989; R.K. Osgood, *Early Versions and Practices of Separation of Powers: a Comment*, 30 *Wm. & Mary L. Rev.* 279, 1989; M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Liberty Fund, Indianapolis, 1998 (1st ed. 1969), spec. p. 131 ss.; G.S. Wood, *The Creation of American Republic*, cit., p. 125 ss.; A.L. LaCroix, *The Ideological Origins of American Federalism*, cit., p. 5 ss.; P.M. Shane, H.H. Bruff, *Separation of Powers Law. Cases and Materials*, Carolina Academic Press, Durham, 3rd ed., 2011, p. 3 ss.; S.G. Calabresi, M.E. Berghausen, S. Albertson, *The Rise and Fall of the Separation of Powers*, 106 *Nw. U. L. Rev.* 527, 2012.

Nella dottrina italiana, in materia, si vedano, *ex multis* e in ordine cronologico: V. Signorino, *Valore giuridico della separazione dei poteri*, A. Reber-Libreria della Real Casa, Palermo, 1908; F. Bassi, *Il Principio della separazione dei poteri. Evoluzione problematica*, Giuffrè, Milano, 1965; F. Modugno, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Utet, Torino, 1966, p. 472 ss.; G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, II voll., Giuffrè, Milano, 1974; A. Cerri, *Poteri* (*divisione dei*), cit., p. 1 ss.; G. Bognetti, *Poteri (divisione dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Utet, Torino, 1996, 372 ss.; G. Bognetti, *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2001; F. Rimoli, *Poteri (divisione dei)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, V, Giuffrè, Milano, 2006, p. 4406 ss.

[36] Ad esempio la Costituzione della Virginia del 1776, ove si rinviene il principio della tripartizione dei poteri dello Stato («il Legislativo, l'Esecutivo e il Giudiziario saranno separati e distinti, in maniera che nessuno di essi eserciti i poteri legittimamente appartenenti agli altri»), o la Costituzione del Massachusetts del 1780. Per maggiori approfondimenti si vedano: A. Aquarone, G. Negri, C. Scelba (a cura di), *La formazione degli Stati Uniti d'America: documenti*, I, cit., p. 5 ss. nonché R.J. Tresolini, *American constitutional law*, The McMillan Co., New York, 1965; A.E. Sutherland, *Costitutionalism in America. Origin and Evolution of its Fundamental Ideas*, cit., spec. p. 110 ss.; G.S. Wood, *The Creation of the Ameri-*

le opere del Montesquieu ed essi ne furono certamente influenzati[37], anche se il particolare modo con cui il principio della separazione dei poteri trovò applicazione nel continente nord-americano dipese non solo dall'elaborazione teorica di riferimento, ma anche (e forse soprattutto) dalle specificità proprie del contesto del tempo[38]. Specificità che, per quanto molto diverse dall'ambiente degli ordinamenti politici della vecchia Europa, hanno comunque consentito ai concetti tradizionali tratti dalle opere di Montesquieu (ma anche di Locke

can Republic, 1776-1787, cit., spec. p. 125 ss. Pur definendo un assetto dei poteri improntato ad una loro separazione, le costituzioni statali fecero una applicazione molto debole del principio in esame, dal momento che, a livello pratico, si era determinata la netta tendenza degli organi legislativi ad assorbire tutti i poteri, creando una relazione di dipendenza con l'esecutivo e riconoscendo solo limitati margini di indipendenza del potere giudiziario. Sul punto in particolare cfr. A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, cit., specialmente nn. 47-49, p. 247 ss.; nonché G.S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., p. 125 ss.

[37] Una delle più ampie e accurate documentazioni relative alla conoscenza dell'opera di Montesquieu in America è l'opera di P.M. Spurlin, *Montesquieu in America, 1760-1801*, Octagon Books, New York, 1969. Sul punto si vedano, altresì, S.H. Beer, *To Make a Nation: the Discovery of American Federalism*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1993, spec. p. 219 ss.; S. Cotta, *Montesquieu, la séparation des pouvoirs et la constitution fédérale des États-Unis*, in *Revue internationale d'historie politique et constitutionnelle*, I, Paris, 3-4, 1951, p. 225 ss. Va segnalato, tuttavia, che in dottrina non mancano autori che tendono a non condividere appieno tale impostazione e ritengono che le opere del filosofo francese, per quanto conosciute, non abbiano influenzato in modo determinante i lavori della Convenzione di Filadelfia. Cfr., a tal proposito, la ricostruzione offerta da F. Bassi, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 32 ss., e bibliografia ivi citata, nonché L. Duguit, *La théorie générale de l'Etat*, in Id., *Traité de droit constitutionnel*, II, 1923, p. 520 ss. Una posizione intermedia è offerta da E.M. Erlich, *Les Idées De Montesquieu sur La Séparation des Pouvoirs, et la Constitution Américaine*, in *Revue droit publ.*, 43, 1926, p. 130 ss. Secondo questo autore, i *Framers* si sarebbero avvicinati alle posizioni di Montesquieu più per la necessità di gestire le particolari condizioni storiche del momento che per una teorica ed astratta adesione alle idee del filosofo. Idee peraltro ben conosciute e assorbite nella cultura del tempo. Per maggiori approfondimenti su questo punto cfr. *infra*, nota 52.

[38] In particolare si è rimarcato il carattere sostanzialmente omogeneo della società americana del tempo, cui corrispondeva una sostanziale omogeneità politica, priva delle diseguaglianze sociali, economiche e di rango proprie del vecchio Continente. Per maggiori approfondimenti: S. Cotta, *Montesquieu, la séparation des pouvoirs et la constitution fédérale des États-Unis*, cit., p. 225 ss., ma anche M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., spec. pp. 58 ss. e 135 ss., il quale mette ben in evidenza le differenze fra il contesto americano del tempo e la realtà inglese; nonché A.H. Putney, *United States Constitutional History and Law*, cit., spec. pp. 21 ss. e 75 ss.

e Harrington, come si è visto) di innestarsi in un terreno pronto ad accoglierle e a farle proprie.

In seno alla Convenzione di Filadelfia il dibattito non si incentrò sulla opportunità di definire la separazione delle competenze fra poteri[39], poiché i *Framers*, oltre a riferirsi alle problematiche attinenti la determinazione dei rapporti fra Federazione e Stati, si interrogarono in merito all'opportunità di introdurre a livello costituzionale alcuni meccanismi che, in modo efficace, consentissero un reciproco controllo dei poteri stessi al fine di evitare quei fenomeni di illegittime invasioni o sovrapposizioni di competenze che avevano caratterizzato le esperienze statali[40], in cui si era manifestata la spiccata tendenza dei parlamenti ad assumere un ruolo di prevalenza sugli altri poteri[41].

Obiettivo dei *Framers*, infatti, era quello di creare un sistema costituzionale in cui il rispetto dei vincoli e delle condizioni di legittimità democratica che si volevano fissare con la nuova Costituzione fosse garantito anche da un peculiare assetto fra poteri, coniugando l'esigenza di delineare una forma di governo che fosse la più efficiente e stabile possibile, con l'esigenza, parimenti importante e fortemente avvertita, di impedire per mezzo di essa «la formazione di un ceto politico-burocratico svincolato da controlli esterni» e «il ricrearsi di privilegi, personali o di gruppi, sanciti dalla legge»[42].

---

[39] Infatti, sia i sostenitori dell'opzione federalista, sia gli antifederalisti concordavano sull'opportunità di ispirare la forma di governo del nuovo ordinamento costituzionale al principio della separazione dei poteri. Per maggiori approfondimenti sul punto si vedano G.S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., spec. p. 125 ss., nonché A.E. Sutherland, *Costitutionalism in America. Origin and Evolution of its Fundamental Ideas*, cit., spec. p. 110 ss. Non manca in dottrina chi ritiene che non solo il principio di separazione dei poteri, ma anche la configurazione del sistema di *checks and balances* che risultò dalle previsioni del nuovo testo costituzionale era in certa misura già presente (quantomeno a livello formale) in molte previsioni legislative in vigore nel periodo coloniale (cfr. A.H. Putney, *United States Constitutional History and Law*, cit., p. 191 ss.).

[40] Sia il *Virginia Plan* sia il *New Jersey plan* contenevano previsioni in tal senso, sebbene solo il primo delineasse il principio di separazione dei poteri e la tripartizione delle funzioni fra legislativo, esecutivo e giudiziario nella sua configurazione completa. Cfr. A.H. Putney, *United States Constitutional History and Law*, cit., pp. 191-192; G.S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., p. 125 ss.

[41] *The Federalist*, nn. 48 e 49 (A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, cit., p. 305 ss.; e cfr. *supra*, nota n. 35).

[42] G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, cit., p. 12. In dottrina si è spesso dibattuto su quale sia il significato da attribuire all'espressione "libertà" in questo

Vi è, quindi una chiara connessione fra principio di separazione dei poteri, la libertà dei cittadini[43] e la difesa degli stessi «dall'uso "tirannico" del potere»[44]. L'assetto dei poteri delineato dalla Costituzione approvata a Filadelfia, quindi, si dimostra funzionale a proteggere «l'autonomia della società civile dello Stato mediante un sistema di collegamento fra organi supremi, che impedisce la for-

---

particolare contesto e si è giunti ad osservare che la maggior preoccupazione dei padri fondatori fosse quella di proteggere i cittadini da ogni esercizio arbitrario del potere e, in particolare, dai possibili abusi perpetrabili dal potere legislativo (A.E. Sutherland, *Costitutionalism in America. Origin and Evolution of its Fundamental Ideas*, cit., spec. p. 110 ss.; A.H. Putney, *United States Constitutional History and Law*, cit., p. 191 ss.), definito come «*the most dangerous branch*» (da M.S. Flaherty, *The Most Dangerous Branch*, in 105 *Yale L.J.*, 1725, 1996, il quale a sua volta si è ispirato alla ben nota definizione hamiltoniana del potere giudiziario («*the least dangerous [branch, n.d.a.] to the political rights of the Constitution*» – *The Federalist*, n. 78, in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, cit., p. 464). Non è mancato, però, chi ha ritenuto che il proposito dei costituenti fosse prevalentemente quello di assicurare «*predictability and rationality in government*» e un «*fair decisionmaking*». In tal senso R.L. Brown, *Separated Powers and Ordered Liberty*, in 139 *U. Pa. L. Rev.* 1513, 1991, p. 1534.

[43] La connessione fra separazione dei poteri e libertà, peraltro, era ben nota alla dottrina filosofico-politologica inglese della fine del Settecento, e trova le proprie radici negli scritti di Locke e di Montesquieu (cfr., in particolare, il libro XI della Parte II, dello *Spirito delle leggi*, cit., p. 271 ss. – ma *contra*, sull'interpretazione del pensiero del filosofo francese, cfr. la dottrina ripresa in F. Bassi, *Il Principio della separazione dei poteri. Evoluzione problematica*, cit., p. 32 ss.) e in questa connessione si possono individuare alcuni aspetti del *rule of law*, nel modo in cui questo fu recepito ed inteso negli Stati Uniti. Per maggiori approfondimenti cfr. R. Bellamy (ed.), *The Rule of Law and the Separation of Powers*, Ashgate Dartmouth, Trowbridge, 2005 (2nd ed.); R.A. Cass, *The Rule of Law in America*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2003. Per completezza si ricorda che l'autore cui si deve l'elaborazione della formula del *rule of law* è W.E. Hearn, nell'opera *The Government of England. Its Structure and its Development*, Longmans, Green, Reader and Dryer, Londra, 1867, mentre, la prima disamina approfondita del concetto la si deve a A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Constitution*, Macmillan, London, 1892, ed. it.: *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2003. Sulle diverse dottrine elaborate in ragione della polisemia dei concetti di "separazione dei poteri" e "libertà" si veda anche M. Troper, *Le nuove separazioni dei poteri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007 e bibliografia ivi indicata.

[44] Sul punto sono molto chiare le argomentazioni espresse da Madison, *The Federalist*, n. 47 (A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, cit., pp. 297-298). Analoghe considerazioni sono state espresse anche da A. De Tocqueville, nella celebre opera *La democrazia in America*, Utet, Torino, 2007, spec. parte I, libro I, p. 15 ss.

mazione di una maggioranza prevaricatrice e assicura al tempo stesso una certa stabilità all'indirizzo politico complessivo»[45]. In questo contesto, il principio di separazione dei poteri si declina come «mezzo efficace per limitare uno stato sovrano e perciò onnipotente», rappresentando, al contempo, «uno strumento che serve per realizzare […] la massima parità giuridica dei corpi dello stato e la loro massima interdipendenza politica»[46].

Pare opportuno precisare che la dottrina statunitense che si è occupata del tema in esame ritiene che, nonostante la conoscenza e l'influenza delle teorizzazioni continentali sulla separazione dei poteri e la connessione con la garanzia della libertà dei cittadini, al momento dell'approvazione della Costituzione federale non fossero poi molto chiari né l'esatta portata del principio in parola, né le modalità con cui si sarebbero dovuti configurare concretamente i rapporti fra i diversi poteri dello Stato[47]. A livello pratico, se è indubbia l'influenza sui *Framers* dei principi ispiratori della *separation of powers doctrine*, è meno chiaro è il livello di tale influenza. Non è mancato chi, in letteratura, ha ritenuto che l'assetto teorico di riferimento avrebbe avuto un ruolo trascurabile se confrontato con ragioni di carattere eminentemente pragmatico. I *Framers*, cioè, sarebbero stati mossi dall'esigenza di definire problematiche di natura contingente inerenti il funzionamento delle nuove istituzioni più che da un'ispirazione di natura meramente concettuale[48], riferendosi alle

---

[45] G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, cit., p. 16.

[46] *Ibidem*, p. 16. L'autore continua precisando che, pertanto «ogni attenuazione della parità giuridica finirebbe per diventare un indebolimento dell'unità politica dello Stato; se prevalesse un potere su di un altro, o anche soltanto assumesse un proprio indirizzo politico in contrasto con gli altri, l'unità politica dello Stato verrebbe seriamente intaccata e si instaurerebbe lo spirito di fazione».

[47] In tal senso si esprime L. Kramer, *Constitution as Architecture: a Charette*, 65 *Ind. L.J.* 283, 1990.

[48] Sul punto E.M. Erlich, *Les Idées De Montesquieu sur La Séparation des Pouvoirs, et la Constitution Américaine*, cit., p. 130 ss.; nonché P.B. Kurland, *The Rise and Fall of the «Doctrine» of Separation of Powers*, cit., p. 593. Tali incertezze, probabilmente, consentono di comprendere le motivazioni per cui il principio di separazione dei poteri non trovi alcuna esplicitazione nel testo costituzionale (sebbene sia acclarato che lo stesso risulta permeato da tale principio) e il perché la proposta di creare un articolo *ad hoc* in cui si affermasse il principio in parola fu respinta. Sul punto, per maggiori approfondimenti cfr. anche in senso sostanzialmente conforme anche G. Casper, *An Essay in Separation of Powers. Some Early*

teorizzazioni di Montesquieu in modo strumentale ed «elastico»[49]. I principi e le garanzie riconducibili al principio di separazione dei poteri sarebbero, stati intesi, cioè, come «un accorgimento tecnico per assicurare lo svolgimento delle attività statuali nel modo reputato più idoneo in determinate condizioni storico ambientali»[50]; e finanche come un artificio retorico cui ricorrere per dare sostegno e legittimazione a scelte personali o per sostenere le proprie posizioni nel confronto con gli avversari politici, più che come una guida teorica chiara cui far riferimento per la definizione di una nuova forma di governo sicura ed efficiente[51].

Quel che è acclarato, comunque, è l'accordo delle forze politiche sulla necessità di concepire il principio di separazione dei poteri secondo un'accezione che contemplasse il principio del loro reciproco bilanciamento e controllo[52]. E ciò trova una diretta conferma an-

---

Versions and Practices, cit., p. 211 ss. e W.B. Gwyn, *The Indeterminacy of the Separation*, cit., p. 263 ss.

[49] F. Bassi, *Il Principio della separazione dei poteri. Evoluzione problematica*, cit., p. 42.

[50] *Ibidem*, p. 42.

[51] W.B. Gwyn, *The Indeterminacy of the separation*, cit., p. 263 ss.; nonché G. Casper, *An Essay in Separation of Powers. Some Early Versions and Practices*, cit., p. 211 ss., il quale ha sottolineato che le opinioni espresse non avevano carattere teorico e dottrinario anche perché non vi era una chiara dottrina cui far riferimento.

[52] Molto chiari sul punto sono vari saggi del *The Federalist* (spec. 47 e 48) ove Madison dà conto come nemmeno Montesquieu ritenesse che fra i vari poteri dello Stato non ci dovessero essere «*partial agency in, or no control over, the act of each others*». Inoltre si ricorda che anche molte costituzioni statali ammettevano l'opportunità di un siffatto bilanciamento e, quindi, una parziale commistione fra poteri. A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, cit., pp. 299-300. Per maggiori approfondimenti sul punto si veda anche la ricostruzione offerta da A.H. Putney, *United States Constitutional History and Law*, cit., p. 191 ss.; nonché M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 131 ss. Quest'ultimo autore reputa che nel contesto dell'epoca, il principio dell'equilibrio dei poteri, il sistema dei *checks and balances*, si poneva come logico sviluppo del principio di separazione dei poteri, la cui *ratio* di fondo andava rinvenuta nelle specifiche caratteristiche ed esigenze della società americana del tempo. Inoltre accorta dottrina ha rilevato come «sia assai significativo che la teoria dell'*equilibrium* fra poteri trovi le sue prime anticipazioni nelle stesse fonti ispiratrici del Montesquieu e cioè del pensiero politico inglese immediatamente successive la gloriosa rivoluzione e in ispecie nell'opera del Locke e del Bollingbroke»: F. Bassi, *Il Principio della separazione dei poteri…*, cit., p. 43, ma, prima ancora cfr. C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 244 ss.

che nel testo costituzionale dove, il principio di separazione dei poteri, da principio «politico» diventa «principio giuridico di organizzazione dello Stato»[53], «concreta realtà costituzionale»[54] configurata non in termini di rigida separazione, secondo quello che potremmo definire un archetipo ideal-astratto[55].

La tripartizione delle funzioni (legislativa, esecutiva e giudiziaria) non va concepita, quindi, in termini di un loro «isolamento»[56], ma nel senso di una necessaria[57] «condivisione dei poteri»[58] e in quest'ottica si collocano gli strumenti di bilanciamento previsti dalla Costituzione. Strumenti che dimostrano chiaramente come i tre poteri siano distinti fra loro ma non lo siano in modo rigido le loro funzioni[59].

Come efficacemente osservato da Madison, nel saggio n. 48 del *The Federalist*, «se fra i tre organi non esistesse una commistione o un intreccio tale da garantire a ciascuno il controllo costituzionale

---

[53] G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, cit., p. 8.

[54] F. Bassi, *Il Principio della separazione dei poteri…*, cit., p. 40 nonché A. Carena, *Il principio della divisione dei poteri nello stato costituzionale*, in *Annali di Scienze Politiche dell'Università di Pavia*, Treves-Treccani-Tumminelli, Pavia, 1932, p. 15 ss.

[55] La c.d. *pure doctrine*, secondo M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 131 ss. In senso conforme, G. Casper, *An Essay in Separation of Powers. Some Early Versions and Practices*, cit., p. 211 ss., nonché M. Cappelletti, *Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of Constitutional Justice*, 35 *Cath. U. L. Rev.* 1, 1985, il quale si riferisce al concetto di «*separation of powers "French style"*». M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., inoltre, ritiene che anche l'elaborazione teorica di Montesquieu potrebbe essere considerata anticipatrice, o quantomeno non ostativa alla previsione di strumenti di bilanciamento fra i poteri.

[56] G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, cit., p. 8.

[57] O «logica», secondo *ibidem*, p. 8.

[58] La c.d. «versione americana» della dottrina della separazione dei poteri. Sul punto diffusamente: A. Sperti, *Corti Supreme e conflitti fra poteri. Spunti per un confronto Italia-USA sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 19. Celebre è anche la formula elaborata da R.E. Neustadt il quale definisce gli organi costituzionali «istituzioni separate che condividono il potere»: in *Presidential Power: the Politics of Leadership*, John Wiley & Sons, New York, 1960.

[59] M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 131; nonché, in senso conforme, G. Casper, *An Essay in Separation of Powers…*, cit., p. 211 ss. e P.M. Bator, *The Constitution as Architecture: Legislative and Administrative Courts Under Article III*, 65 *Ind. L.J.* 233, 1990, spec. pp. 263-264.

sugli altri, non sarebbe possibile, in pratica, conservare quel grado di separazione che quel principio impone, in quanto essenziale di un governo libero»[60]. E, come si argomenterà, anche il riconoscimento del potere di sindacare la costituzionalità delle leggi si pone come logica conseguenza della necessità che alcuni poteri si difendano dai potenziali abusi perpetrabili dagli altri, esercitando poteri di controllo[61].

Inoltre, la scelta di definire l'assetto dei poteri secondo i criteri sopra descritti va posta in relazione con l'affermazione della reciproca unità in virtù della loro attribuzione al popolo, inteso, per la prima volta, come «riferimento ideale», come unico detentore della sovranità»[62].

Le considerazioni sopra svolte portano a concludere come negli Stati Uniti sia stata applicata una concezione della separazione dei poteri che parte da una prospettiva diversa da quella che è stata adottata nel nostro Paese[63]. Una prospettiva che rappresenta un

---

[60] Madison, in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The federalist Papers*, cit., p. 305 (traduzione nostra). Scrive G. Silvestri, in *La separazione dei poteri*, cit., p. 17: «la separazione dei poteri è principio pensabile, sia in termini giuridici che politici, solo se rapportata alla sistematica delle relazioni tra i complessi istituzionali e i centri di potere reali esistenti in un dato territorio. Ogni altra presentazione del principio deve apparire ai *fathers* pura inesattezza dottrinaria». In senso conforme F. Bassi, *Il Principio della separazione dei poteri. Evoluzione problematica*, cit., p. 58.

[61] Sulla separazione dei poteri da intendersi come insieme di meccanismi di *checks and balances* in cui il controllo di costituzionalità consente di innescare un circolo virtuoso nel sistema costituzionale che porta alla stabilità e all'equilibrio dello stesso si veda P. Pasquino, *Controllo di costituzionalità e democrazia rappresentativa*, in S. Rodotà, *Diritto e cultura della politica*, Carocci, Roma, 2004, p. 39 ss. Sulla «*complex relationship*» fra l'«*American doctrine of judicial review*» e la «*separation of powers*» si veda M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 173.

[62] G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, cit., p. 17. Celeberrima, peraltro, è l'espressione «*We, The People…*» che apre la Costituzione federale. Il tema relativo della sovranità, negli Stati Uniti, è stato ampiamente dibattuto e la letteratura è veramente sterminata. In relazione ai profili oggetto della presente trattazione si rinvia a G.S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., p. 605 ss. Cfr. altresì R. Bellamy, *The Political Form of the Constitution: The Separation of Powers, Rights and Representative Democracy*, in Id. (ed.), *The Rule of Law and the Separation of Powers*, cit., p. 253 ss.

[63] Sul punto G. Bognetti, *La divisione dei poteri*, cit., p. 127 ss. e bibliografia ivi citata.

elemento peculiare e distintivo di quell'ordinamento e che ha inciso profondamente sulla conformazione della stessa forma di governo[64].

In relazione ai profili oggetto del nostro studio, e in particolare alla posizione della Corte Suprema nell'architettura costituzionale e ai suoi rapporti con i diversi poteri dello Stato, i *Framers* concepirono il potere giudiziario come indipendente e tutelato dalle possibili ingerenze esterne grazie ad alcune previsioni costituzionali quali la permanenza in carica «*during good behavior*»[65]. Come si argomenterà analiticamente nelle pagine che seguiranno, il potere giudiziario, e in particolare la Corte Suprema, ha il compito di essere il «baluardo» per la protezione della rigidità e superiorità della Costituzione[66], rappresentando un fattore di normalizzazione contro possibili abusi perpetrabili dagli altri poteri, primo fra tutti «*the most dangerous branch*»[67]. Tuttavia, l'articolazione dei rapporti fra i poteri dello Stato delineata dalla Costituzione del 1787 non è scevra di profili di incertezza in merito al ruolo che avrebbe dovuto avere il potere giudiziario relativamente alle sue «*proper relations*» con il principio di separazione dei poteri[68].

A tal proposito la dottrina individua una prova di ciò nelle «*inconclusive*» argomentazioni del celebre *Hayburn's case* del 1792[69]

---

[64] M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 2.

Per maggiori approfondimenti su questo punto cfr. altresì la ricostruzione offerta da A. Sperti, *Corti Supreme e conflitti fra poteri…*, cit., p. 9 ss.

[65] In tal senso dispone l'art. III della Costituzione federale.

[66] Hamilton, saggio n. 78, in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, cit., p. 463 ss.

[67] Così M.S. Flaherty, *The Most Dangerous Branch*, in 105 *Yale L.J.* 1725, 1996, su cui, *supra*, alla nota n. 42.

[68] B.F. Wright, *The Growth of American Constitutional Law*, Henry Holt & Co., New York, 1942, p. 137. Nella letteratura americana che ha studiato il ruolo del potere giudiziario al tempo della redazione della Costituzione federale si vedano, *ex multis*, anche A.H. Putney, *United States Constitutional History and Law*, cit., spec. pp. 134 ss. e 305 ss.; G.S. Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less*, 56 *Wash. & Lee L. Rev.* 787, 1999.

[69] *Hayburn's case* [2 U.S. 409 (1792)]. Su questo caso cfr. *infra*, par. 3.3. Per maggiori approfondimenti sulla vicenda si vedano: M. Farrand, *The First Hayburn Case*, 1792, 13 *American Historical Review* 281, 1908; C. Warren, *The Supreme Court in United State History*, I, 1789-1835, Little Brown and Co., Boston, 1922,

ove, sebbene i giudici apparentemente concordassero sul fatto che «*neither the Legislative nor the Executive branches can constitutionally assign to the Judicial any duties but such as are properly judicial*»[70], tuttavia essi esitarono ad andare oltre questa generica asserzione di separatezza.

Il ruolo del potere giudiziario e, in particolare del suo vertice, la Corte Suprema, si sarebbe precisato in modo significativamente più chiaro solo negli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione federale e del *Bill of Rights*, a seguito dell'affermazione formale (e del consolidamento) del principio del *judicial review* in caso di contrasto con il testo della Costituzione, sia per la tutela dei singoli individui, sia per la definizione dell'assetto dei rapporti fra Federazioni e Stati[71]. Tuttavia sin da ora ci permettiamo di condividere le posizioni di quella dottrina che sostiene che, contrariamente a quanto sembra emergere da una superficiale lettera delle pagine del saggio n. 49 del *The Federalist*[72], il potere di effettuare il controllo di costituzionalità delle leggi si inscrive nel potere di decidere sulla corretta articolazione, sul «*proper working*» del «*tripartite separation of powers*»[73]. Il controllo di costituzionalità delle leggi è, quindi, potere che ha quale presupposto l'idea che i *checks and balances* siano una «*essential barrier*» per ogni «*improper exercise of power*»[74].

I, p. 69 ss., R.G. McCloskey, *The American Supreme Court*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010 (1st ed. 1960), pp. 20-21.

[70] [2 U.S. 409, 411 (1792)].

[71] R.G. McCloskey, *The American Supreme Court*, cit., p. 3 ss.; G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power: John Marshall 1801-1815*, in *The Oliver Wendell Holmes Devise. History of the Supreme Court of the United States*, Cambridge University Press, New York, 2010, II, p. 182 ss.

[72] Lettura che va infatti coordinata con quanto affermato al successivo saggio n. 78.

[73] B.F. Wright, *The Growth of American Constitutional Law*, cit., p. 137 ss. Sulla conformità del principio di separazione dei poteri con il controllo di costituzionalità delle leggi cfr. M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 173, ma anche A. Carena, *Il principio della divisione dei poteri nello stato costituzionale*, cit., spec. p. 21 ss.

[74] Così M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 173.

3. *(*segue*): il processo evolutivo del* judicial review *e il ruolo della* Supreme Court

Volgendo lo sguardo a come si è evoluta l'affermazione del principio del *judicial review* a partire dal contesto teorico sopra descritto, va ricordato come esso sia stato il frutto di un lento processo di acquisizione di consenso da parte degli attori politici del tempo e di recepimento da parte della giurisprudenza, non essendo un principio esplicitato in seno all'art. 3 della Costituzione federale.

Definito come il contributo delle Americhe alla scienza politica[75], il *judicial review*, quanto a sue origini e fondamento giuridico, è stato oggetto di diverse interpretazioni da parte della dottrina statunitense[76]. Alcuni autori ne hanno individuato l'origine nella pras-

---

[75] J.A.C. Grant, *El control jurisdicional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, Unam, México, 1963, p. 24, così citato in L. Mezzetti, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 51.

[76] Su questi temi la dottrina è veramente sterminata. Larga parte di essa concorda sul fatto che il *judicial review* deriverebbe dal modo in cui la Corte Suprema ha interpretato il dato costituzionale, tuttavia non è altrettanto condivisa l'individuazione dell'esatto momento storico in cui ciò sarebbe avvenuto. Si vedano, *ex multis* (e in ordine alfabetico): A.R. Amar, *Marbury, Section 13, and the Original Jurisdiction of the Supreme Court*, 56 *The U. Chi. L. Rev.* 443, 1989; A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed. Yale University Press, New Haven-London, 1986; M.S. Bilder, *The Corporate Origins of Judicial Review*, 116 *Yale L.J.* 502, 2006; E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, cit., p. 29 ss.; R.L. Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence, 1989; E.S. Corwin, *American Constitutional History*, cit., p. 6 ss.; M.A. Graber, *The Problematic Establishment of Judicial Review*, in H. Gillman, C. Clayton, *The Supreme Court in American Politics*, University Press of Kansas, Lawrence, 1999, p. 28 ss.; S.M. Griffin, *American Constitutionalism: From Theory to Politics*, Princeton University Press, Princeton, 1986 (in trad. it. *Il costituzionalismo americano*, il Mulino, Bologna, 2003, p. 161 ss.); L.W. Levy, *Judicial Review and the Supreme Court: Selected Essays*, New York, 1987; W.E. Nelson, *Changing Conceptions of Judicial Review: The Evolution of Constitutional Theory in the States, 1790-1860*, 120 *U. Pa. L. Rev.* 1166, 1972; Id., *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence, 2000; N.J. Rakove, *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, 49 *Stan. L. Rev.* 1031, 1997; J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe. The Origins of Judicial Review in America*, Praeger, New York, 1989; W.M. Treanor, *Judicial Review before Marbury*, 58 *Stan. L. Rev.* 455, 2005; L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 207 ss.; M.V. Tushnet, *Judicial Review*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, III, Gale, 2008, p. 60 ss.; W.W. van Alstyn, *A Critical Guide*

si anglosassone «*under which a corporation's ordinances were reviewed for repugnancy to the laws of England*»[77]; altri, invece, hanno posto l'accento sui numerosi casi precedenti al caso *Marbury v. Madison*[78]; altri ancora hanno evidenziato il forte collegamento con la dottrina della Costituzione e l'*history of ideas*[79].

Ad ogni modo, a prescindere dall'opzione ricostruttiva prescelta, è certo che le origini del *judicial review* hanno radici profonde che si sono alimentate dell'azione interpretativa di molti giudici la cui opera è stata determinante nel processo di affermazione e consolidamento di tale dottrina[80].

Come anticipato al paragrafo precedente, un ruolo determinante per lo sviluppo del *judicial review* lo si deve al modo peculiare in

---

to Marbury v. Madison, 1 *Duke L.J.* 1, 1969; C. Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Jugde Made Law*, Rowman & Littlefiels Publishers, U.S., 1994, p. 73 ss.; G.S. Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less*, cit., p. 787 ss. Nella dottrina italiana, *ex multis*: G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*. I. *La Costituzione liberale*, cit.; Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano*. II. *La Costituzione democratica*, Giappichelli, Torino, 2000; M. Cappelletti *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 31 ss.; E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, il Mulino, Bologna, 1996, pp. 10-11; M. Einaudi, *Le origini dottrinali e storiche…*, cit., p. 19 ss.; N. Olivetti Rason, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 114 ss.; A. Pizzorusso, *Italian and American Models of the Judiciary and of Judicial Review of Legislation: A Comparison of Recent Tendencies*, 38 *Am. J. Comp. L.* 373, 1990; O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici di giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2015.

[77] M.S. Bilder, *The Corporate Origins of Judicial Review*, cit., p. 502.

[78] W.M. Treanor, *Judicial Review Before Marbury*, cit., p. 455 ss.; N.J. Rakove, *The Origins of Judicial Review: a Plea for New Contexts*, cit., p. 1031 ss.; G.S. Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less*, cit., p. 787 ss.; J. Goebel Jr, *Antecedents and Beginnins to 1801*, The Oliver Wendell Holmes Devise. *History of the Supreme Court*, I, Cambridge University Press, NY, 2010, spec. p. 50 ss.

[79] S. Gerber, *The Court, the Constitution and the History of Ideas*, 61 *Vand. L. Rev.* 1067, 2008.

[80] Sull'esistenza di decisioni che prima del 1787 che si sarebbero espresse in ordine alla legittimità costituzionale di un atto normativo si veda: C.G. Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, The Macmillan Company, New York, 1914, p. 50, il quale ha sottolineato come già nel caso *Wintrhrop v. Lechenere* del 1727 il *Privy Council* britannico, in qualità di giudice d'appello per le colonie, dichiarò *null and void* un atto della colonia del Connecticut. Sul punto si veda, altresì, J.B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 *Harv. L. Rev.* 129, 1893.

cui si è configurata la *separation of powers doctrine* nell'ordinamento statunitense[81]. In dottrina si è sottolineato come la profonda evoluzione del ruolo della magistratura – nel senso di una progressiva acquisizione di indipendenza – in Inghilterra prima e nelle Colonie poi, unitamente allo sviluppo dei principi teorizzati dal Montesquieu e dal Blackstone[82], hanno certamente avuto una grande influenza nella evoluzione del ruolo dei giudici e delle Corti in America[83] e sulla determinazione di un contesto, culturale, prima che giuridico, necessario a costituire un terreno fertile per l'affermazione del *judicial review* nei termini in cui oggi noi lo conosciamo.

I giudici, e i tribunali, diventarono solo progressivamente, grazie ad un lento processo evolutivo, «*the visible organs by which the legal profession is enabled to control the democracy*»[84], assicurando il rispetto delle leggi e il controllo sulle modalità di esercizio del potere, in particolare quello legislativo[85].

3.1. *Casi di* judicial review *antecedenti la Convenzione di Filadelfia*

Come già anticipato, alcune delle Colonie nordamericane già prima della Convenzione di Filadelfia si erano dotate di Costituzioni rigide che prevedevano strumenti di protezione delle stesse che potrebbero essere considerati prodromici degli istituti di controllo che si sarebbero affermati in epoche successive, sebbene non siano ad essi perfettamente assimilabili. Si tratta di fattispecie che rappresentano un'importante testimonianza dell'affermazione della supremazia della Costituzione e della necessità di apprestare alla stessa ade-

[81] Cfr. *supra*, par. 2.

[82] Cfr. C.F. Hobson, *The Great Chief Justice: John Marshall and the Rule of Law*, University Press of Kansas, Lawrence, 1996; S.C. Stimson, *The American Revolution in the Law: Anglo American Jurisprudence before John Marshall*, Princeton University Press, Princeton, 1990, spec. p. 49 ss.; J.W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Clarendon Press, Oxford, 1955.

[83] N.J. Rakove, *The Origins of Judicial Review: a Plea for New Contexts*, cit., p. 1031 ss.

[84] A. De Tocqueville (*La democrazia in America*, cit., p. 180) descriveva gli operatori del diritto come l'aristocrazia americana, riscontrando come i giudici avessero un immenso potere, sebbene dalla natura essenzialmente morale.

[85] M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 173.

guati strumenti di tutela e controllo nei confronti di possibili abusi perpetrabili dai diversi poteri, specialmente quello legislativo[86].

In questi ordinamenti, che, lo si ricorda, prevedevano già disposizioni inerenti la separazione fra i diversi poteri dello Stato[87], gli organi giudiziari ebbero modo di pronunciarsi su questioni le quali, sebbene la dottrina non sia unanime in relazione alla portata da attribuire loro per quanto concerne l'affermazione del principio del *judicial review*, rappresentano tuttavia significative ipotesi in cui, dal punto di vista sostanziale, si è determinata l'incostituzionalità di norme contrarie alle Costituzioni. Si fa riferimento principalmente a pronunce rese fra il 1780 e il 1787, ben prima, pertanto, del dibattito originatosi in seno alla Convenzione di Filadelfia e prima dell'affermazione espressa del principio del *judicial review* ad opera della celeberrima sentenza *Marbury v. Madison* del 1803[88]. Tuttavia va rilevato fin da ora che, né tali precedenti, né il caso *Marbury* possono rappresentare da soli il fondamento del *judicial review*, andando essi ricondotti ad un più ampio processo di definizione dell'*American's ideas of government and law*[89]. Al di là di tale doverosa precisazione, è comunque importante analizzare alcuni dei casi decisi prima della Convenzione di Filadelfia poiché ci consentono di comprendere il quadro concettuale in cui si mossero *Framers* in sede di scrittura della Costituzione federale e di definizione di quei caratteri che hanno portato il potere giudiziario statunitense a configurarsi quale appare oggi.

---

[86] Sulla situazione politica e giuridica successiva alla Dichiarazione di indipendenza cfr. *supra*, nota n. 2, nonché J. Goebel Jr, *Antecedents and Beginnins to 1801*, cit., p. 45 ss.; B.F. Wright, *The Growth of American Constitutional Law*, cit., p. 14 ss.

[87] Cfr., *supra*, par. 2.

[88] Vedasi, a tal proposito, S. Gerber, *Judicial Review before Marbury*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, III, Gale, 2008, p. 65 ss.; W.M. Treanor, *Judicial review before Marbury*, cit., p. 496 ss.; G.S. Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less*, cit., p. 787 ss.; B.F. Wright, *The Growth of American Constitutional Law*, cit., pp. 14-15. In senso conforme anche R.L. Blanco Valdés, *Il valore della Costituzione*, cit., p. 116 ss.; M. Einaudi, *Le origini dottrinali e storiche…*, cit., p. 19 ss.; N. Olivetti Rason, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 110 ss.

[89] G.S. Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited…*, cit., p. 793, nonché, *supra*, le considerazioni di cui alla nota n. 78.

Significativo è il caso *Holmes v. Walton* del 1780 deciso dalla Corte Suprema del New Jersey[90]. I giudici invalidarono una norma ai sensi della quale, nei processi penali inerenti il possesso di beni nemici, veniva abolita la possibilità per i cittadini di essere giudicati da una giuria. La Corte non si fermò alla lettera del testo costituzionale (lo *Statute* della colonia), che riconosceva in via generale il diritto ad essere giudicati da una giuria, ma precisò i confini di tale diritto in maniera estensiva specificando che lo stesso andava inteso nel senso di richiedere la presenza di una "*constitutional jury*" composta da un congruo numero di membri[91].

Altro caso in cui una Corte Suprema, pronunciandosi in tema di diritti processuali garantiti dallo *Statute* coloniale, sancì espressamente la supremazia della Costituzione (quale *fundamental law*) sugli atti legislativi[92], fu *Bayard v. Singleton* deciso dalla Corte della North Carolina nel 1787, poco prima dell'inizio dei lavori della

---

[90] Nel commentare la decisione W.M. Treanor (*Judicial Review before Marbury*, cit.) riporta che di questo caso non ci è stata tramandata la motivazione, poiché la stessa venne resa oralmente, e solo in via indiretta fu richiamata sommariamente in una successiva decisione della medesima Corte (nel caso *State v. Parkhurst* del 1802). Sul punto, vedasi, altresì, A. Scott, *Holmes vs. Walton: The New Jersey Precedent*, 4 *Am. Hist. Rev.* 456, 1899.

[91] La Costituzione del New Jersey, infatti, si limitava a stabilire che «*the inestimabile right of a trial by jury shall remain confirmed as a part of the Law of this Colony, without repeal forever*», così citata in W.M. Treanor, *Judicial Review before Marbury*, cit., p. 474; in senso conforme M. Einaudi, *Le origini dottrinali e storiche…*, cit., p. 19 ss. Sullo stesso tema merita ricordare che si era pronunciata pochi anni prima anche la Corte Superiore del Rhode Island nel decidere il caso *Trevett v. Weeden* del 1786. Peculiarità del caso è rappresentata dal fatto che, nonostante il Rhode Island in realtà non avesse una costituzione scritta, la Corte dichiarò incostituzionale un atto legislativo dello Stato in quanto contrario alla legge fondamentale sancendo che «*the trial by a jury* […] *is a fundamental, a constitutional law*». Particolarmente significative risultano essere le argomentazioni dell'avvocato difensore J.J. Varnum, il quale affermò espressamente che «questo è il problema in relazione al potere giudiziario, o deve respingere tutti gli atti del legislativo contrari alla fiducia riposta in esso dal popolo, o deve accettarli tutti. Ma i giudici e tutti gli altri sono limitati dalle leggi naturali rispetto a qualunque legge umana: le prime procedono dalla volontà di Dio, anteriore a qualsiasi istituzione politica o civile. Sono limitati in questo modo, dai principi della Costituzione che prevalgono rispetto a qualunque atto dell'Assemblea Generale, giacché tutti i principi derivano dalla previa volontà del popolo che ha creato tutti i poteri dell'Assemblea generale» (trad. nostra), così citato in W.M. Treanor, *Judicial Review before Marbury*, cit., p. 477.

[92] «*it was clear that no act [the legislature] could pass, could by any means repeal or alter the constitution, because if they could do this, they would at the*

Convenzione di Filadelfia[93]. Tale pronuncia influenzò significativamente il dibattito dottrinario sviluppatosi in seno alla Convenzione e, in particolare, si segnalano le posizioni di J. Iredell, futuro magistrato della Corte Suprema federale: egli non soltanto esplicitò la tematica della supremazia (formale e sostanziale) della Costituzione e dei limiti al potere legislativo, ma concentrò anche l'attenzione sulla necessità di configurare un adeguato sistema di controllo giudiziario di costituzionalità volto a garantire il rispetto di tali limiti[94].

È opportuno menzionare anche il caso *Rutgers v. Waddington* deciso nel 1784 dalla *Mayor's Court* di New York, essendovi espresse alcune interessanti osservazioni in merito al rapporto fra potere legislativo e giudiziario. Si dichiara che la supremazia del potere legislativo non viene messa in discussione dall'azione giudiziale poiché nessun diverso potere è in grado di influire sulla decisione del legislatore in merito all'adozione di un testo normativo, né i giudici sono legittimati a censurare un testo legislativo qualora il suo oggetto e i suoi fini siano palesi ed espressi chiaramente, nemmeno se lo ritengono irragionevole[95]. Tuttavia si lascia aperta, seppur implici-

---

same istant of time, destroy their own existence as a legislature, and dissolve the governement thereby estabilished», decisione così citata in *ibidem*, p. 478.

[93] La Corte dichiarò nullo un atto legislativo che aboliva il diritto ad essere giudicati in presenza di una giuria nei processi aventi ad oggetto il recupero dei beni espropriati durante la guerra di indipendenza. M. Einaudi, *Le origini dottrinali e storiche…*, cit., p. 29; in senso conforme R.L. Blanco Valdés, *Il valore della Costituzione*, cit., p. 125.

[94] R.L. Blanco Valdés, *Il valore della Costituzione*, cit., pp. 125-126, per maggiori approfondimenti vedasi ivi la nota n. 76.

[95] Questo caso è così riportato in W.M. Treanor, *Judicial Review before Marbury*, cit., p. 486: «*the supremacy of the legislature need not be called into question; if they think fit positively to enact a law, there is no power which can control them. When the main object of such a law clearly expressed, and the intention manifest, the judges are not at liberty, altho' it appears to them to be unreasonable, to reject it; for this were to set the judicial above the legislative, which would be subversive of all government*». Altro caso significativo è anche *Commonwealth v. Caton*, deciso dalla Corte d'appello della Virginia nel novembre del 1782. Si segnalano le considerazioni espresse dal giudice Wythe, il quale, sebbene contestato dal presidente della Corte, affermò il potere dei giudici di dichiarare nulle le leggi contrarie alla Costituzione: «stabilire fino a che punto questa corte, nella quale si può dire sia concentrato il potere giudiziario, ha il potere di dichiarare la nullità di una legge approvata con tutte le forme del potere legislativo, […] è certamente una im-

tamente, la possibilità che il potere giudiziario possa intervenire a censurare testi irragionevoli il cui oggetto e le cui finalità non siano né manifeste né espresse in maniera intelligibile.

Da ultimo si segnala il c.d. *Symsbury Case* del 1785, deciso dalla *Litchfield Country Superior Court* del Connetticut. Si tratta di un ulteriore caso con cui una Corte coloniale ha sancito la propria competenza ad intervenire in determinate materie, in sostituzione di quella del potere legislativo, poiché di fatto è ricorsa al *judicial review* per stabilire che «*the legislature could not resolve a boundary dispute between rival claimants*»[96].

Sebbene espresso con tecniche giuridico-argomentative non sempre uniformi, il *fil rouge* che lega tutte le decisioni indicate è il loro essere espressione di un'esigenza fortemente sentita in epoca rivoluzionaria e post-rivoluzionaria, concretatesi nella necessità di affermare il valore preminente delle leggi fondamentali e nella contestuale necessità di prevedere un insieme di strumenti funzionali alla garanzia dell'effettività di tale superiorità e in grado di controllare le modalità di esercizio del potere legislativo.

Le pronunce sopra descritte, cioè, sono accomunate dal fatto che, sebbene non fosse espressamente dichiarata la nullità degli atti normativi ritenuti non conformi al testo costituzionale, furono tuttavia in concreto esercitate forme di sindacato di costituzionalità al fine di evitarne l'applicazione.

Tuttavia non va dimenticato che in quel contesto non era affatto chiaro se spettasse unicamente ai giudici l'interpretazione della Costituzione e, conseguentemente, il potere di valutare la conformità ad essa degli atti del potere legislativo[97]. Al contrario, era piuttosto condivisa l'idea che i giudici, pur essendo legittimati ad esercitare siffatto potere, nello svolgere questa attività di interpretazione, sia

---

portante tremenda questione la cui decisione potrebbe produrre delle conseguenze alle quali i signori (giudici) forse non hanno pensato». *Opinion* del giudice Wythe, così citata in R.L. Blanco Valdés, *Il valore della Costituzione*, cit., p. 124, nota n. 72; in senso conforme M. Einaudi, *Le origini dottrinali e storiche…*, cit., p. 29; per un'analisi dettagliata della questione vedasi altresì W.M. Treanor, *Judicial Review before Marbury*, cit., p. 489.

[96] In tale senso *ibidem*, pp. 487-488.

[97] G.S. Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less*, cit., p. 795.

delle leggi, sia della costituzione, in certa misura, concorressero con i poteri legislativo ed esecutivo[98].

3.2. The Federalist *e le teorizzazioni in merito alla necessità del* judicial review of legislation

Come già anticipato nei precedenti paragrafi, l'affermazione della *supremacy of the Constitution* e del principio del *judicial review* non si realizzò secondo dinamiche repentine, né è riconducibile al solo disposto del celeberrimo caso *Marbury v. Madison* del 1803[99], ma derivò dal consolidamento e dall'evoluzione delle tradizioni filosofiche e politiche delle Colonie americane e quale logica conseguenza della particolare situazione giuridico-costituzionale emersa nella Convenzione federale del 1787.

Ai fini del presente studio pare utile ricostruire il contesto politico e le questioni emerse al fine di comprendere la complessità dei termini del dibattito e le sue ripercussioni che, almeno in certa misura, perdurano ancor oggi.

È noto che, in relazione al ruolo del potere giudiziario e ai suoi rapporti con gli altri poteri, così come definito dalla Costituzione del 1787, fu determinante fu il contributo di Alexander Hamilton nel *The Federalist*[100]. Egli, a conoscenza delle teorizzazioni di Locke e Harrington, così come della tradizione giuridica inglese grazie al Blackstone[101], affrontò analiticamente il problema del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi.

Il testo della prima parte della prima sezione dell'art. III della Costituzione federale si limita a prevedere genericamente che il potere giudiziario degli Stati Uniti dovrà essere affidato ad una Corte Suprema e alle Corti di rango inferiore che il Congresso riterrà op-

---

98 M. Marcus, *Judicial Review in the Early Republic*, in R. Hoffman, P.J. Albert, *Launching the "Extended Republic", The Federalist Era*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1996, p. 25 ss.

99 [5 U.S. 137 (1803)].

100 A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, cit. Cfr. in particolare, saggi da 78 a 81, p. 463 ss.

101 W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1979 (1st ed. 1765-1769).

portuno istituire[102]. La Costituzione, cioè, fa riferimento alla necessità che esista una Corte Suprema al vertice del potere giudiziario, però è molto vaga riguardo all'effettivo ruolo e ai poteri che essa potrà rivestire: la sezione seconda dell'art. III indica «*case […] and controversies*» quali suoi ambiti di azione, senza tuttavia circostanziarne la portata in modo concreto e preciso[103].

Hamilton parte dalla considerazione che, in un ordinamento in cui vige il principio della separazione dei poteri, quale è quello statunitense, «il meno pericoloso per i diritti politici sanciti dalla costituzione sarà sempre quello giudiziario, per la natura stessa delle funzioni da esso svolte, giacché esso avrà le minori possibilità di ostacolarli e colpirli»: il potere legislativo, infatti, va necessariamente limitato, poiché «non soltanto governa la borsa, ma addirittura stabilisce le norme che fissano i diritti ed i doveri di ciascun cittadino»[104]. L'intrinseca debolezza del potere giudiziario comporta la necessità che lo stesso sia tutelato e protetto dagli abusi perpetrabili tanto dal potere esecutivo quanto da quello legislativo attraverso la previsione di appositi strumenti[105]. A questo riguardo acquistano rilievo determinante le disposizioni costituzionali che concernono l'autonomia e l'inamovibilità dei giudici, nonché la predeterminazione del trattamento economico degli stessi e il divieto di una sua modifica in senso peggiorativo. Con riferimento al

---

[102] L'art. III, sez. I della Costituzione recita: «*[t]he Judicial power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and estabilish*».

[103] Infatti la sez. II dell'art. III recita: «*[t]he Judicial power shall extend to all* Cases*, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority – to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; – to all cases of admiralty and maritime jurisdiction; – to* Controversies *to which the United States shall be a Party; – to Controversies between two or more States; – between a State and Citizens of any other State; – between Citizens of different States; – between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects*» [enfasi aggiunta].

[104] A. Hamilton, *The Federalist Papers*, cit., p. 464.

[105] Il potere giudiziario, infatti, «corre continuamente il pericolo di venire intimorito, costretto ed influenzato dai due poteri gemelli» ed «è necessario prendere ogni possibile precauzione affinché esso sia messo in grado di difendersi contro i loro possibili attacchi», A. Hamilton, *The Federalist Papers*, cit., p. 464.

primo profilo, Hamilton afferma che conseguenza logica dell'aver adottato una Costituzione rigida è la garanzia dell'assoluta indipendenza e autonomia dei giudici[106]. Il secondo dei profili illustrati è ritenuto essere requisito "indispensabile" della Costituzione, «quasi la cittadella della giustizia e della sicurezza di tutti», poiché la previsione costituzionale che sancisce il permanere in carica dei giudici «*during good behavior*» deve essere interpretata come carica di durata tendenzialmente permanente affinché essi possano dirsi realmente autonomi e indipendenti rispetto alle scelte del potere legislativo e/o esecutivo e adeguatamente preparati per l'importante ruolo che sono chiamati a svolgere[107].

Hamilton arriva a sostenere che i giudici siano i soggetti deputati a controllare la costituzionalità delle leggi anche in ragione del loro legame con il concetto di sovranità.

Come è noto, l'ordinamento statunitense si rifà alle concezioni del Rousseau[108] e radica la sovranità in capo al popolo. Ai giudici si riconosce il potere di sindacare gli atti legislativi poiché lo stesso legislatore non è sovrano, il «*We the People*» con cui si apre la Costituzione federale implica che la sovranità rimanga sempre al popolo e non si trasferisca integralmente al potere che pure lo rappresenta[109]. In conseguenza di ciò ai giudici si riconosce il potere di sindacare gli atti del legislativo perché opererebbero come mediatori fra il popolo e il legislatore al fine di evitare che quest'ultimo esorbiti i confini costituzionalmente definiti per il suo legittimo operare. Siffatta concezione dei giudici come agenti del popolo sovrano, in qualche modo con la stessa autorità del legislatore e dell'esecutivo, ha fondamen-

---

[106] Infatti «una costituzione rigida richiede in modo particolarissimo che le corti di giustizia siano indipendenti in maniera assoluta». In questo senso: «L'autonomia dei giudici è necessaria a salvaguardare la costituzione e i diritti degli individui dalle conseguenze di quei malumori che talora le male arti di uomini manovrieri…»: A. Hamilton, *The Federalist Papers*., cit., p. 465.

[107] In tal senso argomenta A. Hamilton, *The Federalist Papers*, cit., pp. 463-476.

[108] J.J. Rousseau, *Du contrat social: ou principes du droit politique*, 1762, ed. it. *Il contratto sociale*, Einaudi, Torino, 2005. Per maggiori approfondimenti: M. Trombino, *Sovranità*, in A. Barbera (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 193 ss.; ma anche M. Troper, *Le nuove separazioni dei poteri*, cit., p. 1 ss.

[109] A. Hamilton, *The Federalist Papers*, cit., p. 465.

talmente influenzato il carattere del potere giudiziario in America e il suo ruolo di interprete della legge.

Questo aspetto, unitamente a quello poc'anzi indicato, relativo alla configurazione del potere legislativo quale potere forte e della correlativa configurazione del potere giudiziario come potere debole (ma pur sempre indipendente dal primo), porta Hamilton a concludere che ai giudici deve esser riconosciuto il compito di «dichiarare nulli tutti gli atti contrari all'evidente intendimento della Costituzione»[110] in ossequio ad una logica di reciproco controllo e bilanciamento fra poteri[111]. In questo contesto, l'attività di controllo non assolve ad una mera finalità giuridica di protezione, ma anche ad una finalità definibile «politica, nella misura in cui la Costituzione è fondamentalmente un ambito di garanzie dei singoli e, specialmente, di alcuni gruppi di singoli, ossia, in una parola, delle minoranze»[112].

Tentando di giustificare le proprie posizioni in tema di controllo di costituzionalità delle leggi al fine di fornirvi una base teorica fondativa del potere di controllo dei giudici, Hamilton ha precisato che non vi era pericolo che il potere giudiziario potesse usurpare le competenze del potere legislativo trattandosi di potere che poteva unicamente limitarsi a invalidare gli atti contrari all'*evidente intendimento* della Costituzione. Egli, cioè, ha fatto derivare la possibilità che le corti esercitino il *judicial review* non solo e non tanto dalla generale potestà dei giudici di interpretare le leggi, ma, soprattutto, dall'af-

---

[110] *Ibidem*, p. 466.

[111] Cfr., *supra*, nota n. 61.

[112] In tal senso si esprime R.L. Blanco Valdés, *Il valore della Costituzione*, cit., p. 136, a commento delle seguenti parole di Hamilton: «tuttavia non è solo relativamente alle possibili violazioni della costituzione che l'indipendenza della magistratura può rappresentare una garanzia essenziale contro i possibili effetti di eventuali atteggiamenti faziosi della comunità. Talora questi si limitano a colpire i diritti individuali di determinate categorie di cittadini per mezzo di leggi ingiuste e parziali. Anche qui la fermezza della magistratura sarà di grande importanza per mitigare la severità di tali leggi e delimitarne la sfera d'azione», e ancora: «[q]uesta autonomia dei giudici è parimenti necessaria a salvaguardare la costituzione ed i diritti degli individui dalle conseguenze di quei malumori che talora le male arti di uomini manovrieri, o l'influenza di particolari situazioni, potrebbero disseminare fra lo stesso popolo e che […] tendono, almeno nei primi momenti, a determinare pericolose innovazioni nel governo e gravi oppressioni della minoranza della comunità», in A. Hamilton, *The Federalist Papers*, cit., pp. 467-468.

fermazione del principio della superiorità formale che la Costituzione ha sugli atti del potere legislativo (Costituzione come *paramount law*), dal suo essere la più profonda espressione della volontà popolare, di quel potere costituente ontologicamente distinto (e superiore) dai poteri costituiti (fra cui, appunto, quello legislativo)[113].

Infine Hamilton, dopo aver inteso l'attività interpretativa dei giudici (federali e statali) quale attività parametrata all'osservanza del testo della Costituzione, prende atto dell'assenza di una disposizione espressa che autorizzi le corti ad interpretare le leggi conformemente al testo costituzionale e pur tuttavia ritiene che questo sia un principio che deriva direttamente dalla natura stessa della Costituzione[114]. Tale profonda convinzione viene fatta derivare «dal principio fondamentale della costituzione rigida» che «in quanto sia rite-

[113] Hamilton, infatti puntualizza che «l'interpretazione delle leggi è un compito preciso e specifico delle Corti» ed esse dovranno «dichiarare nulli tutti gli atti contrari all'evidente intendimento della Costituzione perché la Costituzione stessa è una legge, la Legge Fondamentale, di cui i giudici devono essere i custodi atteso che ad essi si dovrebbe richiedere una non comune forza d'animo per adempiere al loro dovere di guardiani fedeli della Costituzione». L'Autore prosegue precisando che «[u]na Costituzione è, in effetti, e così deve essere considerata dai giudici, una legge fondamentale. Spetta pertanto a loro precisarne i veri significati, così come le conseguenze specifiche di ogni atto che provenga dagli organi legislativi. Qualora dovesse verificarsi una discordanza insanabile fra la legge costituzionale e quella ordinaria, si dovrà, naturalmente, dar preferenza a quella verso cui siamo legati da obblighi maggiori; in altre parole, alla legge ordinaria si dovrà preferire la Costituzione, ai voleri dei delegati del popolo, quelli del popolo stesso». Egli, poi, prosegue osservando che «non esiste […] affermazione alcuna che discenda da più ovvii presupposti, di quella che sostiene come ogni deliberato di una autorità delegata, che sia contrario allo spirito dell'atto di delega in virtù del quale essa viene esercitata, è nullo. Pertanto nessun atto legislativo contrario alla Costituzione può essere valido. Il negarlo varrebbe ad affermare che colui che è delegato a determinate funzioni ha maggiore importanza di chi lo delega, […] che i rappresentanti del popolo sono superiori al popolo stesso; che, infine, coloro che deliberino in virtù di determinati poteri non solo possono fare ciò che non è autorizzato da questi poteri, ma addirittura ciò che sarebbe da essi proibito». Conseguentemente «è possibile supporre che la costituzione intendesse mettere i rappresentanti del popolo in grado di sostituire la loro volontà a quella dei propri elettori. È assai più ragionevole supporre che le corti siano state designate ad essere un organo intermedio tra il popolo e il corpo legislativo al fine, tra l'altro, di mantenere quest'ultimo nei limiti imposti al suo potere», *ibidem*, pp. 465-468.

[114] La Costituzione, infatti deve essere «il canone di interpretazione delle leggi e che ovunque possa esistere un contrasto tra queste e quella, essa abbia diritto di precedenza assoluta…», *ibidem*, p. 466.

nuta valida, dovrà applicarsi anche alla maggior parte se non a tutti i sistemi di costituzioni statali. Non potrà, dunque, esistere alcuna obiezione, in proposito, contro la magistratura federale che non possa esser mossa anche contro la magistratura dei singoli Stati in genere, e che non possa servire a condannare qualsiasi costituzione che imponga limiti alla discrezionalità degli organi legislativi»[115].

Volendo trarre alcune brevi conclusioni, appare chiaro che il tentativo di Hamilton di individuare una base teorica che potesse giustificare giuridicamente i poteri di interpretazione e controllo che si volevano riconoscere ai giudici si inscrive perfettamente in quella che si è vista essere la peculiare concezione della *separation of powers doctrine* attuata nel neonato ordinamento statunitense[116] e, in questo, le sue posizioni sono in armonia con quanto previsto in altre parti del *The Federalist*[117], laddove si ribadisce che l'esistenza di controlli reciproci fra i poteri garantisce la tutela del disegno costituzionale.

Pertanto, il principio di rigidità (*rectius* superiorità) della Costituzione, unitamente al rispetto dell'*institutional agreement* espresso nel Testo costituzionale e alla concezione dei giudici come mediatori fra il popolo sovrano e i poteri dello Stato, rappresentano il presupposto del riconoscimento ai giudici del potere di esercitare il controllo di costituzionalità.

Tuttavia va precisato che tali approdi teorici non erano comunque sufficienti alla configurazione del *judicial review* così come lo conosciamo oggi. Agli albori dello Stato federale i giudici non erano gli unici interpreti della Costituzione, e quindi nemmeno espressione del potere deputato a decidere in ultima battuta cosa fosse costituzionalmente conforme e cosa no. Inoltre, era radicata l'idea che il controllo di costituzionalità avesse un intrinseco carattere di eccezionalità[118]. Lo stesso Madison riteneva che tutti i poteri dello Stato

---

[115] *Ibidem*, pp. 465-466.

[116] Cfr. *supra*, par. 2.

[117] Ad esempio laddove Madison, nel saggio n. 51, chiarisce che il sistema di *checks and balances* è funzionale a fornire ai poteri uno strumento di difesa delle proprie attribuzioni e, al contempo, di garanzia del disegno complessivamente delineato dal costituente. J. Madison in *The Federalist Papers*, cit., p. 317 ss.

[118] M. Marcus, *Judicial Review in the Early Republic*, cit., p. 25 ss.

avessero il «*concurrent right to expound the constitution*»[119] senza che ad alcuno fosse riconosciuto «*an exclusive or superior right of settling the boundaries between their respective power*»[120], risiedendo solo nel popolo il diritto all'ultima parola.

Solo nei decenni successivi si consolidò il ruolo della Corte Suprema quale *final arbiter of the Constitution* in grado di decidere sulla costituzionalità delle leggi federali e quindi di tutelare i diritti, peraltro non solo facendo applicazione del principio di separazione dei poteri, ma, specialmente nel XXI secolo, giungendo ad applicare anche *affermative actions*[121].

3.3. *Casi di esercizio del* judicial review *successivamente alla Convenzione di Filadelfia*

Anche nel periodo che va dal 1787 al 1803 – anno in cui fu pronunciata la sentenza *Marbury v. Madison*[122] – sono riscontrabili, sia a livello statale, sia federale, casi in cui atti del potere legislativo furono oggetto di censura ovvero furono considerati non costituzionalmente legittimi da almeno uno dei giudici appartenenti al collegio giudicante. Le teorie del *The Federalist* si erano concretamente diffuse fra la classe degli operatori del diritto e vi sono prove che i giudici statali iniziassero ad accettare non solo il principio della intangibilità (per il legislatore ordinario) della legge fondamentale, ma anche che il potere giudiziario potesse (e dovesse) dichiarare *inconsistent* e *void* quelle leggi che si mostrassero «*repugnant to the letter of the Constitution*»[123].

Per quel che concerne l'ambito statale si tratta di decisioni inerenti prevalentemente i diritti processuali degli imputati in un pro-

---

[119] «J. Madison, *Letters of Helvdius No. II, 1793*, in 6 *The Writings of James Madison* 138, 155», così citato in G.S. Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less*, cit., p. 796.

[120] Madison, saggio n. 49 in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, cit., p. 311.

[121] In particolare, grazie all'azione della *liberal* Corte Warren. Su cui, *infra*, nota n. 146.

[122] Su cui diffusamente *infra*, par. 3.4.2.

[123] C.G. Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, cit., p. 154.

cesso penale, specialmente quelli relativi al c.d. *right to a jury trial*[124], ovvero inerenti l'applicazione della *natural law*[125].

Diversamente, a livello federale la Corte Suprema, durante i primi anni di attività, non rese sentenze determinanti per quel che concerne l'affermazione del *judicial review*, sia perché i giudici erano impegnati nell'attività di *circuit riding*, ai sensi del *Judiciary act* del 1789, sia perché essa non aveva ancora consolidato il proprio ruolo quale autorevole attore dell'ordinamento e le sue decisioni non avevano un particolare peso politico[126]. Emblematico, a tal proposito, è il caso *Chilsholm v. Georgia*[127], che originò un forte contrasto con il Congresso federale. La Corte con tale decisione si era arrogata la competenza a risolvere le controversie sorte fra uno Stato e un cittadino appartenente ad un diverso Stato[128]. Il Congresso (la cui maggioranza era ostile alle istanze del Partito federalista) reagì prontamente per evitare le conseguenze di tale pronuncia e provvide ad emanare il IX emendamento al fine di ripristinare la *Sovreign immunity* degli Stati dotandola di copertura costituzionale affinché anche la Corte Suprema vi fosse vincolata[129].

Tuttavia anche a livello federale non sono mancati casi in cui si può affermare siano state esercitate forme di *judicial review* con esiti meno problematici di quelli di cui al caso *Chilsholm*. Ad esempio,

---

[124] Come i casi *Stidger v. Rogers*; *Enderman v. Ashby*; *Gullion v. Bowlmare's Administration*; *Bowman v. Middleton* sui quail: W.M. Treanor, *Judicial Review before Marbury*, cit., p. 497 ss.

[125] Come i casi *Ham v. M'Claws*; *Linsday v. Commissioners*, su cui W.M. Treanor, *Judicial Review before Marbury*, cit., p. 497 ss., nonché C. Warren, *The Supreme Court in United State History*, cit., p. 65 ss. Si ricorda che alcuni membri della Corte Suprema, operando quali *circuit judges*, fecero parte di collegi giudicanti federali che statuirono l'incostituzionalità di numerose normative statali. Inoltre, la stessa Corte Suprema ebbe occasione di pronunciarsi in tal senso: ne è un esempio il caso *Ware v. Hyilton* [3 U.S. 199 (1796)], in cui fu censurato uno *statute* della Virginia in quanto ritenuto non conforme alla *supremacy clause* della Costituzione federale.

[126] Sull'attività di *circuit riding* si veda C. Warren, *The Supreme Court in United State History*, cit., p. 31 ss.

[127] [2 U.S. 419 (1793)].

[128] R.L. Blanco Valdés, *Il valore della Costituzione*, cit., p. 142 ss.

[129] Tale emendamento recita «*the judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against of the United States by citizens of another State or by citizens or subjects of any foreign State*».

il primo caso in cui due giudici della Corte Suprema, operando in *circuit riding*, dichiararono l'invalidità di un atto federale (l'*Invalid Pensioners Act* del 1792) fu l'*Hayburn's Case* del 1792[130]. Ancora, la Corte Suprema, con la decisione *Hylton v. United States*[131], non censurò in concreto l'atto normativo sottoposto al suo esame, ma, dopo una attenta valutazione in merito al possibile contrasto fra Costituzione e legge, dichiarò la propria astratta competenza a farlo.

La breve disamina svolta ci permette di confermare come già prima della sentenza *Marbury v. Madison*[132] vi fosse, fra gli operatori pratici del diritto, una diffusa sensibilità nei confronti del tema del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi: come è stato acutamente osservato, la sentenza Marbury fu probabilmente solo «*the most forceful statement of an established practice*»[133]. L'affermazione del principio del *judicial review*, cioè, non fu che l'epilogo di un processo di evoluzione tecnico-giuridica lento e protrattosi nel tempo, frutto del recepimento di istanze condivise pressoché in tutti gli Stati prima ancora che a livello federale.

3.4. *Affermazione espressa del potere di* judicial review

3.4.1. *Considerazioni generali*

Come anticipato nel corso dei paragrafi precedenti, la Costituzione del 1789, pur dedicando alcune sezioni dell'art. III alla descrizione delle competenze della Corte Suprema e della giurisdizione federale,

---

[130] Si tratta dei giudici Wilson e Blair. Caso così riportato in S.D. Gerber, *Judicial Review Before Marbury*, cit., p. 65 ss.; in senso conforme R.N. Clinton, *Marbury v. Madison*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, III, Gale, 2008, p. 222 ss. Per un esame di questa pronuncia si veda C. Warren, *The Supreme Court in United State History*, cit., p. 69 ss., nonché *supra*, nota n. 69. In merito all'esistenza altri casi simili rispetto al caso in esame si veda K.E. Whittington, *Judicial Review of Congress Before the Civil War*, 97 *Geo. L.J.* 1257, 2009, spec. p. 1270 ss. Ci si riferisce, in particolare, al caso *United States v. Yale Todd* del 1794, di cui ci è pervenuta notizia unicamente perché ripreso in pronunce successive.

[131] [3 U.S. 171 (1796)].

[132] [5 U.S. 137 (1803)].

[133] Così S.D. Gerber, *Judicial Review before Marbury*, cit., p. 68.

non si esprime in alcun modo relativamente alla possibilità di esercitare il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi. In senso affermativo si era espresso Hamilton nel *Federalist*, ma si è già precisato che la configurazione del sistema giudiziario statunitense come un sistema in cui è esercitato il controllo di costituzionalità delle leggi in maniera diffusa e concreta non fu che il risultato di un processo lento e protratto nel tempo. A riguardo si fa riferimento ad un vero e proprio processo di «costruzione storica della supremazia della Costituzione»[134] che ha portato, oggi come in passato, a far riferimento all'attività della Corte Suprema con espressioni quali «costituente stabile» ovvero «governo dei giudici»[135]. Tali espressioni indicano come la giurisprudenza di questa Corte non sia stata semplicemente evolutiva, ma possa essere definita addirittura creatrice di diritto, e non è un caso che uno dei suoi *chief justices*, C.E. Hughes, abbia affermato che «*the Constitution is what the judges say it is*»[136].

Si è già sottolineato, inoltre, il ruolo che, nell'influenzare la cultura giuridica americana, ebbero le idee di Locke e di Harrington relative alla superiorità del diritto naturale e delle leggi fondamentali; la peculiare concezione del principio di separazione dei poteri[137] e del ruolo del giudice nell'ordinamento mutuata dalla tradizione di *common law*[138]; il fatto che non solo molte ex colonie si fossero dotate di Costituzioni per le quali erano previsti procedimenti di revisione aggravati, ma anche che alcune di esse prevedessero l'istituzione di specifici organi deputati al controllo dell'osservanza della Costituzione stessa[139]; la circostanza che già prima dell'istituzione

---

[134] Così si esprime R.L. Blanco Valdés, *Il valore della Costituzione*, cit., p. 116.

[135] In tal senso P.G. Lucifredi, *Appunti di diritto costituzionale comparato. Il sistema statunitense*, cit., pp. 101-102.

[136] *Chief justice* fra il 1930-1941; così citato in E.S. Bates, *The Story of the Supreme Court*, cit., p. 284 ss., nonché in P.G. Lucifredi, *Appunti di diritto costituzionale comparato. Il sistema statunitense*, cit., p. 102. Si segnala, però, la diversa lettura offerta da M.V. Tushnet in *I dissent*, Beacon Press, Boston, 2008, p. XI ss. L'autore, infatti, evidenzia come l'interpretazione dell'espressione citata, in realtà, sia una forzatura.

[137] Cfr. *supra*, par. 2.

[138] Grazie soprattutto ai *Commentaries on the laws of England* del Blackstone.

[139] Ad esempio il Consiglio dei censori in Pennsylvania, ovvero il Consiglio di revisione a New York: organi a prevalente composizione politica che prevedevano anche l'intervento dei Parlamenti statali per la decisione dell'eventuale violazione

della Corte Suprema degli Stati Uniti, fra il 1776 e il 1786, alcune supreme corti esercitarono forme di controllo di costituzionalità su atti ritenuti non conformi alle Costituzioni degli Stati. In particolare, nei precedenti giurisprudenziali richiamati nelle pagine che precedono, seppur isolati e giustificati in modo diverso, è possibile riscontrare un elemento comune, cioè il tentativo di regolare e controllare l'attività dei poteri dello Stato (specialmente degli organi legislativi) e di trasformare la loro legge suprema nel quadro di riferimento per controllare l'esercizio materiale di quel potere.

In questa sede non è possibile analizzare la moltitudine delle argomentazioni che hanno ritenuto di giustificare teoreticamente il *judicial review* o quelle che, viceversa, hanno sottolineato come tale competenza rappresenti un travisamento del significato della Costituzione che nella prassi si è consolidato[140]. Si tratta di una problematica che tocca il fondamento stesso della natura della giustizia costituzionale, il suo rapporto con il concetto di democrazia, e introduce il problema della legittimazione democratica delle Corti costituzionali, oggetto di analisi nel capitolo II del presente lavoro.

Ci sentiamo di concordare con quella dottrina che ha sottolineato l'influenza, in seno alla Convenzione di Filadelfia, del *backgroud* giuridico culturale che tanto condizionò il dibattito in merito al ruolo che la Costituzione in discussione avrebbe dovuto rivestire e ai poteri da attribuire alle Corti federali, per evidenziare come la Costituzione federale adottata in quella sede, sebbene non faccia espresso riferimento al sindacato di costituzionalità delle leggi, attribuirebbe implicitamente questo potere alla Corte Suprema contenendo una generica espressione che permetterebbe di affermare, per via interpretativa, il *judicial review*[141]. Tale elemento viene identificato nella

---

della Costituzione. B.F. Wright, *The Growth of American Constitutional Law*, cit., pp. 13-15. Si vedano anche E. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, cit., p. 365 ss.

[140] Per un'approfondita ricostruzione del dibattito si vedano, *ex multis*, L.W. Levy, *Judicial Review and the Supreme Court: Selected Essays*, Harper&Row, New York, 1987; W.W. Crosskey, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1953, p. 1046 ss.; nonché cfr. *supra*, par. 3, spec. nota 76.

[141] Si vedano, in particolare, le osservazioni di N. Olivetti Rason, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 110 ss. Più in generale,

Supremacy clause di cui alla sez. II dell'art. VI Cost., che afferma: «questa Costituzione e le leggi degli Stati Uniti che ne saranno applicazione; e tutti i Trattati stipulati, o che saranno stipulati sotto l'autorità degli Stati Uniti, saranno la Suprema Legge del Paese; e i giudici di tutti gli Stati vi saranno vincolati nonostante disposizioni diverse contenute nelle Costituzioni ovvero nelle leggi di ciascuno Stato»[142]. Ciononostante, secondo la dottrina tradizionale un passo di rilevanza storica per il riconoscimento giuridico espresso del *judicial rewiew of legislation*, a livello federale si ebbe solo nel 1803, con la celeberrima sentenza che definì il caso *Marbury v. Madison* e oggi, a prescindere dalla irrisolta *querelle* dottrinale sul fondamento giuridico del *judicial review*, e sulla portata delle risultanze di tale precedente[143], ci sentiamo di concordare con chi, forse un po' provocatoriamente, ha posto l'accento sull'inutilità di continuare a soffermarsi sul problema, dal momento che il controllo di costituzionalità delle leggi si è definitivamente affermato[144] e rappresenta un elemento caratterizzante tutti gli ordinamenti democratici.

A seguito dello sviluppo di questo fondamentale istituto, si ritengono suscettibili di essere oggetto di *judicial review* non solo le disposizioni legislative, ma anche tutti i provvedimenti emanati da autorità statali o federali che abbiano dato origine a «*cases […] and controversies*»[145]. Quest'espressione allude alla necessaria concretezza del giudizio di costituzionalità, ma non è esaustiva in quanto

---

A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, cit., pp. 8-12; nonché S. Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, New Haven-London, 1990.

[142] Trad. nostra. Ciò è vero almeno per quel che concerne il sindacato di costituzionalità sulle leggi statali. Più problematico, invece, il caso di sindacato di costituzionalità sulle leggi federali. Per maggiori approfondimenti cfr., *infra*, cap. successivo.

[143] Cfr. *infra*, nota 149.

[144] T.C. Grey, *Do We Have an Unwritten Constitution*?, 27 *Stan. L. Rev.* 703, 1975, il quale afferma «*No matter. The Power exist*». Sul punto E. Cahn ritiene che «*it is too late to reopen the question of whether the Court ought to determine constitutional issues*», così citato in R. Berger, *Government by Judiciary*, *The Transformation of the XIV Amendment*, Liberty Fund, Indianapolis, 1997 (1st ed. 1977), p. 369.

[145] Art. III, Cost. Cfr. L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., spec. p. 311 ss.; N. Olivetti Rason, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 110 ss.; G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, cit.,

non specifica con chiarezza i criteri in presenza dei quali si determina il rispetto di tale requisito. Nel 1968 il *chief justice* Warren ebbe occasione di affermare che la previsione della presenza di *case and controversies* contiene due limiti complementari, ma diversi: da un lato delimitano la competenza delle Corti federali alla risoluzione di controversie concrete; dall'altro contribuiscono a definire il ruolo del potere giudiziario nell'ambito dell'architettura dei poteri dello Stato in quanto garantiscono che le Corti federali non sconfinino in settori di competenza di altri organi[146]. Pertanto, è da ritenersi costituzionalizzata la necessaria *adversity* dei processi, cioè le Corti potranno conoscere solo situazioni relativamente alle quali ci sia una reale contrapposizione di interessi fra le parti. Ciò comporta che le Corti federali non siano competenti a emettere pronunce che abbiano un mero carattere consultivo (c.d. *advisory opinions*) o suppletivo rispetto all'inerzia di altri organi dello Stato[147]. La Corte Suprema, a tal proposito, ha affermato che una controversia potrà dirsi reale e concreta solo quando le parti in causa siano portatrici di interessi opposti e quando la decisione andrà ad incidere su una situazione reale e non si limiti a stabilire la normativa o il principio da applicare relativamente ad un ipotetico stato dei fatti[148]. È la stessa

---

p. 60 ss. Per un'analisi più approfondita della portata e delle implicazioni di tale espressione si rinvia al cap. III del presente lavoro.

[146] Si vedano, in particolare, le considerazioni del *Chief justice* Warren nel caso *Flast v. Cohen* [392 U.S. 83, 94-94 (1968)]. Per un'analisi della giurisprudenza e dei caratteri peculiari della Corte Warren vedasi: R.G. McCloskey, *The American Supreme Court*, cit., p. 147 ss.; T.M. Vestal, *Warren Earl*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, V, Gale, 2008, p. 169 ss.; A. Wohl, *Warren Court*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, V, Gale, 2008, p. 173 ss.; J. Greenbaum, *Giustizia Costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, Giuffrè, Milano, 1992.

[147] Sul punto diffusamente *infra*, cap. III.

[148] *Aetna Life Insurance Co v. Haworth* [30 U.S. 227 (1937)]: «*[t]he controversy must be definite and concrete, touching the legal relations of parties having […] adverse legal interests. […] It must be a real and substantial controversy admitting of specific relief through a decree of a conclusive character, as distinguished from an opinion advising what the law would be upon a hypothetical state of facts […] Where there is such a concrete case admitting of an immediate and definitive determination of the legal rights of the parties in an adversary proceeding upon the facts alleged, the judicial function may be appropriately exercised although the adjudication of the rights of the litigants may not require the award of process or the payment of damages*».

Costituzione, quando specifica la necessaria presenza di «*case […] and controversies*» (perché possa darsi la legittima conoscibilità della causa da parte della Corte Suprema) ad escludere la legittimità di pronunce di *advisory opinions*, che sarebbero pertanto illegittime in quanto la Corte travalicherebbe la propria sfera di competenza.

3.4.2. *Marbury v. Madison*

Al fine di comprendere l'importanza della storica sentenza *Marbury v. Madison*, è opportuno contestualizzarne le risultanze alla luce delle contingenze politico-istituzionali che permearono l'ordinamento giuridico statunitense durante il periodo immediatamente successivo l'approvazione della Costituzione federale. Come si vedrà, le argomentazioni scelte dalla Corte per giustificare l'interpretazione estensiva del testo costituzionale non furono esaurienti e prive di aspetti di incertezza[149], ma appare interessante cercare di analizzare le motivazioni in ragione delle quali egli scelse di percorrere siffatta linea interpretativa.

Nota è la tensione che, già all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione federale, si manifestò fra gli esponenti del Partito federalista, propugnatori di un'ampia estensione del margine di intervento del potere federale e coloro i quali, diversamente, difendevano l'autonomia statale[150]: in tale difficile contesto politico-isti-

[149] Cfr. A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, cit., p. 14; J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1981, p. 186 ss.; W.W. van Alstyne, *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, 18 *Duke L.J.*, 1, 1969.

[150] Nel 1800 le elezioni presidenziali che determinarono l'ascesa al potere del presidente Jefferson sancirono una clamorosa sconfitta per il Partito federalista e determinarono una alterazione dei (precari) equilibri esistenti. Proposito del neoeletto presidente e dei suoi sostenitori era, infatti, quello di spogliare la Federazione di gran parte dei suoi poteri per riattribuirli alla sfera di competenza degli stati membri. In questo difficile contesto politico-istituzionale solo la magistratura federale, per il suo carattere non elettivo era l'unico potere in grado di ostacolare i piani del neopresidente, poiché sarebbe rimasta immutata nella sua composizione e, quindi, certamente schierata in senso avverso al partito repubblicano essendo prevalentemente composta da soggetti idealmente vicini alle istanze del Partito federalista. In reazione al risultato elettorale il Partito federalista, con l'obiettivo di mantenere un certo margine di influenza nel Paese, cercò di sfruttare la finestra tempo-

tuzionale originò il caso *Marbury v. Madison*, deciso dalla Corte Suprema nel 1803[151]. Redattore delle motivazioni della Corte e maggior artefice della decisione è incontestabilmente considerato l'allora *chief justice* John Marshall, persona dal notevole carisma e spessore culturale, profondo conoscitore tanto del pensiero di Hamilton, quanto delle sentenze che nel periodo rivoluzionario avevano creato le basi per l'affermazione del principio della supremazia giudiziaria, convinto sostenitore delle istanze del Partito federalista e già assistente del presidente Adams.

Il caso originava dal fatto che, dopo l'elezione di Jefferson, non tutte le nomine effettuate ai sensi delle previsioni di cui al *Curcuit Court Act* vennero notificate agli interessati prima dell'insediamento

---

rale antecedente l'insediamento del nuovo esecutivo per far approvare, nel 1801, il *Circuit Court Act*, modificativo del *Judiciary act* del 1789 attribuente ai giudici della Corte Suprema il compito di presiedere le c.d. *Circuit courts*, tribunali federali di grado inferiore. Al fine di evitare l'introduzione di elementi di distonia negli equilibri istituzionali dell'ordinamento, poiché i medesimi giudici si sarebbero trovati a poter decidere due volte il medesimo caso (in qualità di presidenti di una Corte federale ed in qualità di giudici della Corte Suprema ove quel caso fosse giunto all'esame del supremo consesso), la riforma prevedeva anche che, nelle *Circuit courts*, i giudici della Corte Suprema fossero sostituiti da giudici federali di nuova nomina. In tal modo il presidente uscente Adams contava di garantire al proprio partito un certo margine di influenza nominando 48 nuovi giudici, ovviamente vicini alle idee politiche del partito sconfitto. Comprensibilmente questa manovra rappresentò un forte ostacolo all'attuazione dei progetti di riforma dell'ordinamento previsti dal presidente Jefferson il quale, in reazione ad essa, fece pressioni sul Congresso affinché revocasse il *Circuit Court Act*, cosa che avvenne nel 1803. Per maggiori approfondimenti si vedano: C. Warren, *The Supreme Court in United States History*, I, 1789-1835, cit., p. 231 ss.; B.F. Wright, *The Growth of American Constitutional Law*, cit., p. 33 ss.

[151] Sul caso *Marbury v. Madison* sono state scritte intere biblioteche. Per maggiori approfondimenti, *ex multis* (e in ordine cronologico), si rinvia a C. Warren, *The Supreme Court in United States History*, I, 1789-1835, cit., p. 231 ss.; B.F. Wright, *The Growth of American Constitutional Law*, cit., p. 33 ss.; W.W. Van Alstyne, *A Critical guide to Marbury*, cit., p. 1 ss.; R.L. Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence, 1989; J.M. O'Fallon, *Marbury*, 44 *Stan. L. Rev.* 219, 1992; D.E. Engdahl, *John Marshall's "Jeffersonian" Concept of Judicial Review*, 42 *Duke L.J.* 279, 1992; W.E. Nelson, *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence, 2000; G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power: John Marshall 1801-1815*, in *The Oliver Wendell Holmes Devise – History of the Supreme Court of the United States*, Cambridge University Press, New York, 2010, II, p. 182 ss.; R.G. Mc Closkey, *The American Supreme Court*, cit., p. 60 ss.

della nuova amministrazione, cosicché la stessa, una volta al potere, si rifiutò di darvi seguito. Marbury – giudice cui non era stata tempestivamente notificata la nomina – agì contro Madison, ministro competente in materia, che si rifiutava di procedere (avendo ricevuto ordini in tal senso dal presidente Jefferson) e chiese alla Corte Suprema l'emanazione di un *writ of mandamus* nei suoi confronti al fine di ottenere un provvedimento che riconoscesse il suo diritto ad insediarsi in carica[152].

La complessità del caso non è rappresentata dalla normativa di cui si invocava l'applicazione, ma dal fatto che la Corte si trovò concretamente a dover decidere, in un clima politico alquanto complesso, una questione che di fatto concerneva il ruolo della giustizia federale ed i suoi rapporti con il potere legislativo.

I sostenitori del Partito federalista ritenevano che le Corti e, in special modo la Corte Suprema, avessero il compito di interpretare le leggi alla luce del testo costituzionale e, se del caso, dichiarare l'incostituzionalità di quelle che non vi si fossero conformate; diversamente, gli avversari politici, muovendo da una concezione più rigida del principio di separazione dei poteri – funzionale a sostenere le proprie posizioni ideologiche –, sostenevano che l'unico organo legittimato ad avere l'ultima parola in tema di interpretazione della Costituzione dovesse essere il Congresso[153].

Marshall, quindi, definendo il caso *Marbury*, certamente esplicitò il *judicial review* quale elemento caratterizzante il sistema costituzionale statunitense, ma lo fece raggiungendo altri non meno importanti scopi. Non intraprese una crociata per l'affermazione della *judicial supremacy*, evitando, così, di porre la Corte Suprema in una situazione di potenziale debolezza attraverso il confronto (o meglio, lo scontro) diretto con il presidente Jefferson. Al contrario, cercò di separare chiaramente le questioni politiche dalle questioni di competenza del potere giudiziario individuate in tutte le situazioni in cui potessero venire in rilievo diritti dei singoli.

---

[152] G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power…*, cit., p. 182 ss.; C.F. Hobson, *The Great Chief Justice: John Marshall and the Rule of Law*, University Press of Kansas, Lawrence, 1996.

[153] C. Warren, *The Supreme Court in United State History*, I, 1789-1835, cit., p. 231 ss.

È significativo l'iter argomentativo del giudice Marshall: l'aver affermato la competenza della Corte a giudicare su questioni che toccavano diritti dei singoli, partendo, però, da considerazioni inerenti il principio di separazione dei poteri e le diverse funzioni cui gli stessi sono costituzionalmente preposti, determinò un «*enormous amount of authority*»[154] per le Corti.

L'importanza del caso *Marbury* risiede, quindi, non solo nell'aver affermato il *judicial review* senza compromettere l'autorità della Corte Suprema o alterare (almeno formalmente) gli equilibri istituzionali costituzionalmente delineati, ma anche nel suo essere un *fundational case* anche per quel che concerne i conflitti fra poteri[155]. Infatti, da un lato si dichiarava la competenza della Corte a sindacare l'attività del Parlamento, dall'altro, la questione era inerente l'assetto dei poteri Congresso-Presidente, e, in particolare, il potere del Congresso di limitare la discrezionalità del presidente nella scelta dei giudici federali[156].

Le motivazioni della sentenza sono certamente un esempio di "equilibrismo giudiziario": si deve riconoscere al giudice Marshall il merito di aver adottato l'unica decisione possibile per evitare l'aprirsi di una grave crisi costituzionale e, ciononostante, di non aver abdicato alle proprie convinzioni in quanto riconobbe la competenza delle Corti a dichiarare l'incostituzionalità di atti normativi non ritenuti conformi a costituzione sancendo, così, il ruolo privilegiato di interprete della Costituzione in capo alla Corte Suprema[157].

---

[154] G.S. Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less*, cit., p. 796.

[155] Cfr. P.M. Shane, H.H. Bruff, *Separation of Powers Law. Cases and Materials*, cit., p. 38 ss. I casi relativi ai conflitti fra poteri sono anche chiamati *structural cases* e sono assimilabili, entro certi limiti, ai conflitti di attribuzione decisi dalla nostra Corte costituzionale. Per maggiori approfondimenti in merito ai parallelismi e alle asimmetrie fra l'ordinamento statunitense e quello italiano si veda A. Sperti, *Corti Supreme e conflitti fra poteri…*, cit., p. 10 ss.

[156] Sul punto, diffusamente: H.H. Bruff, *Judicial Review and the President' Statutory Powers*, 68 *Va. L. Rev.* 1, 1982, spec. p. 9 ss.; nonché A. Cox, *The Role of the Supreme Court in American Government*, Oxford University Press, New York, 1976, spec. p. 9 ss.

[157] Non mancano, tuttavia, letture parzialmente difformi: Cfr. R.N. Clinton, *Marbury v. Madison*, cit., p. 222 ss. e G.S. Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less*, cit., p. 787.

La Corte, pertanto, si pose innanzitutto il problema di stabilire se il ricorrente avesse effettivamente diritto al conferimento dell'incarico richiesto; in caso affermativo, se tale diritto potesse ricevere tutela in base alla normativa vigente; infine se l'emanazione di un *writ of mandamus* rappresentasse il rimedio legittimo invocabile[158]. Con riferimento al primo dei suindicati quesiti fu riconosciuto che, effettivamente, l'omessa notifica della nomina da parte della nuova amministrazione aveva determinato la violazione di un diritto certamente acquisito dal ricorrente. La Corte, successivamente, passò all'esame del secondo quesito e lo risolse procedendo alla distinzione delle tipologie di atti emanabili dal potere esecutivo. Gli stessi vennero articolati in atti politici ed atti aventi natura amministrativa e solo in relazione ai secondi i giudici riconobbero la propria competenza ad intervenire, essendo i primi espressione di un potere meramente discrezionale del presidente. Stabilita, quindi, l'astratta giustiziabilità della questione e il diritto di Marbury a vedersi notificata la nomina, la Corte passò all'esame del terzo dei quesiti che si era posta, cioè se l'emanazione del provvedimento richiesto (un *writ of mandamus*) costituisse un legittimo rimedio alla situazione che si era venuta a creare. Marshall ricollegò la risoluzione di tale problema sia «alla natura dell'ordinanza che chiede», sia alla natura «dei poteri di questa Corte…» e a sorpresa la Corte, contraddicendo alcuni propri precedenti, ritenne che il potere ad emanare *writ of mandamus* ai sensi delle disposizioni del *Judiciary Act* del 1789 contrastasse con la sezione II dell'art. III della Costituzione ove prevedeva che essa avrebbe dovuto operare come giudice d'appello e solo in via eccezionale, in casi tassativi, come giudice di primo grado[159].

A di là della definizione (anche *latu sensu* politica) del caso concreto, il merito di Marshall nel risolvere la questione «…se un atto contrario alla Costituzione possa diventare legge del Paese…» fu quello di aver affermato espressamente e definitivamente la supe-

---

[158] *Marbury v. Madison* [5 U.S. 137 (1803)].

[159] La sentenza è stata criticata per mancanza di un'autentica base legale e per essersi posta in assoluto contrasto con precedenti della medesima Corte (ad es. *Stuart v. Laird* [1 cranch 309]). In tal senso R.L. Blanco Valdés, *Il valore della costituzione*, cit., p. 155, nota n. 138; sul punto vedasi anche N. Devins, L. Fisher, *The Democratic Constitution*, Oxford University Press, New York, 2004.

riorità della Costituzione nonché il potere dei giudici di esercitare in via privilegiata il potere di interpretare la Costituzione, e se del caso, il *judicial review*[160]. Ma l'aspetto più significativo della collocazio-

[160] Si riportano le argomentazioni della motivazione che appaiono più significative: «[c]he il popolo abbia il diritto originario di stabilire, per il proprio governo futuro, quei principi che riterrà portarlo alla felicità, è la base su cui si fonda l'intera società americana. L'esercizio di questo diritto originario costituisce grande sforzo, né può, né deve, essere ripetuto di frequente. Quindi i principi, che sono stati in tal modo stabiliti, sono considerati fondamentali, e poiché l'autorità dalla quale sono emanati è suprema e raramente può agire, [i principi] sono concepiti per essere permanenti. Questa volontà originaria e suprema organizza il governo e assegna ai diversi dipartimenti i loro rispettivi poteri. […] i poteri del ramo legislativo sono definiti e limitati, e *la Costituzione è stata scritta affinché quei limiti non possano essere confusi o dimenticati*. A quale scopo limitare i poteri e formalizzare questi limiti per iscritto, se poi questi limiti possono essere superati in qualsiasi momento proprio da coloro che dovevano essere limitati? La distinzione tra un governo con poteri limitati e un governo con poteri illimitati deve essere abolita, se quei limiti non confinano le persone su cui sono stati imposti e se gli atti vietati e quelli permessi obbligano allo stesso modo. È una proposizione troppo chiara per essere contestata, quella secondo la quale la Costituzione controlla qualsiasi atto legislativo contrastante con essa oppure quella secondo la quale il potere legislativo può modificare la Costituzione con legge ordinaria. Tra queste alternative non c'è alcuna via di mezzo. O la Costituzione è una legge superiore, come tale non modificabile con procedure ordinarie, oppure ha il rango di legge ordinaria e come gli altri atti può essere modificata quando il potere legislativo lo decida. Se la prima alternativa è quella vera, allora una legge ordinaria, contraria alla Costituzione, non è legge; se è la seconda alternativa quella vera, allora le Costituzioni scritte sono tentativi assurdi, da parte del popolo, di porre dei limiti ad un potere per sua stessa natura non limitabile». A tale problema il *chief justice* propose la soluzione della Corte precisando che «tutti coloro che hanno emanato delle Costituzioni scritte le percepiscono come la legge sovrana e fondamentale della Nazione, e la teoria di ogni governo di questo tipo deve essere che un atto legislativo contrario alla costituzione è nullo. Questa teoria è conseguenza logica di una Costituzione scritta, e deve, di conseguenza, essere considerata da questa Corte come uno dei principi fondamentali della nostra società», conseguentemente «è dovere e competenza del potere giudiziario di dire che cos'è la legge. […] Se c'è un conflitto fra due leggi, le corti devono decidere l'operatività di ciascuna. Allo stesso modo se una legge è in contrasto con la Costituzione, […] la Corte dovrà determinare quale di queste regole contrastanti deve essere applicata. […] Se poi le corti devono tener conto della Costituzione, e la Costituzione è legge superiore a qualsiasi altra legge dell'ordinamento, sarà la Costituzione, e non la legge ordinaria, ad essere applicata al caso in questione». Infatti: «è chiaro che i costituenti intendevano la Costituzione come strumento vincolante per le Corti, oltre che per il potere legislativo. *Perché altrimenti obbligherebbe i giudici a prestare giuramento di fedeltà alla Costituzione? Questo giuramento sicuramente si applica in maniera particolare ai loro doveri nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali.* […] Perciò, la particolare fraseologia della Costituzione degli Stati Uniti conferma e rafforza il principio, che si suppone essenziale ad ogni Costi-

ne e giustificazione storica della decisione più celebre d'America è certamente rappresentato dalla sua costruzione sistematica. Il *chief justice* ha statuito principalmente che la Costituzione va considerata norma parametro fondamentale nell'ordinamento: non si tratta di una costruzione politica dal carattere astratto alla cui realizzazione si deve tendere e nemmeno una mera enunciazione di diritti e doveri la cui concreta definizione sostanziale è rimessa alla "contrattazione" dei vari attori politico-istituzionali. In questo quadro, l'assunto secondo cui la Costituzione è la legge fondamentale che le corti possono interpretare non va inteso in senso unitario, dovendosi, al contrario, mantenere ferma la dicotomia ad esso sottesa. Come autorevolmente osservato, infatti, il giudizio di costituzionalità (e l'attività interpretativa implicita in esso) non va posto sullo stesso piano del contenuto (formale e sostanziale) della Costituzione senza tenere in considerazione le possibili forzature cui, per le caratteristiche istituzionali delle corti, viene sottoposto il procedimento decisionale: «*must be careful to distinguish the dancer from the dance*»[161].

Inoltre, a Marshall va riconosciuto il merito di aver reso esplicito quello che si è visto essere un principio già in certa misura acquisito nella cultura giuridica degli Stati Uniti, cioè quello secondo cui l'azione dei poteri dello Stato può (e deve) essere sottoposta a controllo e, conseguentemente il loro poter esser parte di un giudizio. È questa una prospettiva profondamente diversa rispetto a quanto è avvenuto nella nostra esperienza costituzionale[162] e, in certa misura,

---

tuzione scritta, che una legge contraria alla costituzione è nulla, e che le Corti, così come gli altri dipartimenti sono vincolati da tale strumento» [5 U.S. 137, 176-180 (1803)] (enfasi aggiunta).

[161] L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 27.

[162] Nel nostro Paese, come è noto, in passato era invalsa l'idea che il sistema di giustizia costituzionale dovesse essere caratterizzato dal controllo di costituzionalità delle leggi e non dal sindacato sui conflitti fra poteri. Questa idea, secondo parte della dottrina, si mantenne, almeno in certa misura, anche dopo l'approvazione del Testo costituzionale, poiché si riteneva che la competenza a sindacare i conflitti fra poteri fosse, in realtà, una competenza di natura meramente teorica «fondata sull'idea illuministica di poter sottoporre a giudizio costituzionale organi politici che proprio sul piano politico avrebbero, invece, potuto trovare forme di raccordo» (A. Pisaneschi, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato: presupposti e processo*, Giuffrè, Milano, 1992). Solo in un momento successivo si sostenne che la competenza del Giudice delle leggi sui conflitti fosse fondata sull'idea teorica di «completare lo stato di diritto», di modo che anche nei rapporti fra organi

si salda con l'idea di garantire il *Rule of Law* e i diritti fondamentali attraverso il rispetto della *structural Constitution*[163].

3.4.3. *Risultanze del caso* Marbury v. Madison*: così incontestabili?*

Se la dottrina pressoché unanime tende ad ascrivere al caso *Marbury* l'affermazione in termini espliciti del sindacato di costituzionalità delle leggi, tuttavia vi è meno accordo in relazione all'effet-

supremi fosse garantita la supremazia della fonte costituzionale sulle altre fonti (in tal senso G.G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988, p. 12), anche se non sono mancate voci in dottrina tese ad avvertire le criticità insite nell'intervento della Consulta. Si è affermato, infatti, che «l'intervento del giudice costituzionale nelle controversie fra poteri, se vale ad affermare la superiorità e l'inderogabilità delle regole, finisce poi con l'irrigidire i rapporti fra i poteri stessi» (in tal senso F. Sorrentino, *L'equilibrio istituzionale fra i poteri e la sua garanzia giurisdizionale*, in L. Luatti [a cura di], *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994). In ogni caso, se si eccettuano poche voci critiche, in dottrina si può ritenere generalmente condiviso il ruolo della Corte costituzionale nella soluzione dei conflitti fra poteri secondo un modello che nel contesto statunitense era invalso fin dagli albori della storia costituzionale del paese e, in particolare, era inteso come aspetto connaturato all'essenza stessa del *judicial review.* Per maggiori approfondimenti sul punto, *ex multis* (e in ordine cronologico): A. Manca, A. Berruti, *Conflitto*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Utet, Torino, 1957, p. 46 ss.; A. Pizzorusso, *Art. 134 Cost*., in Id., G. Volpe, F. Sorrentino, R. Moretti, *Garanzie costituzionali: Art 134-139*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna, Roma, 1981, pp. 1 ss., spec. 129 ss.; A. Pizzorusso, *Conflitto*, in *Noviss. Dig. it.*, App. II, Utet, Torino, 1981, p. 364 ss.; S. Grassi, *Conflitti costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Utet, Torino, 1989, p. 362 ss.; R. Bin, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano, 1996; S. Bartole, *La Corte e i Poteri*, in L. Carlassare (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della Prima Cattedra in Europa*, Cedam, Padova, 1998, p. 191 ss.; P. Veronesi, *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1999; A. Cerri, *Conflitti di attribuzione. I) Conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Enc. giur. Treccani*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 2005, p. 1 ss. (*ad vocem*); P. Costanzo, *Conflitti costituzionali*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1271 ss.; F. Bertolini, *Art. 134, 2° alinea*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, III, Utet, Torino, 2006, p. 2549 ss. Per un'analisi dettagliata del dibattito in assemblea costituente: G. Grottanelli de' Santi, *I conflitti di attribuzione tra lo Stato e le regioni e tra le regioni*, Giuffrè, Milano, 1961, spec. p. 22 ss.

[163] Cfr. *supra*, bibliografia indicata alla nota n. 43. Nonché A. Sperti, *Corti Supreme e conflitti fra poteri…*, cit., p. 135 ss.

tiva portata della sentenza in esame[164]. Non è mancato, infatti, chi ha segnalato che le sue risultanze, in ragione della presenza di alcuni precedenti[165], non siano state particolarmente innovative[166]. Il caso *Marbury* sarebbe una decisione riguardante prevalentemente il ruolo del potere giudiziario e i suoi rapporti con gli altri poteri, più che la legislazione generale; una pronuncia, cioè, frutto delle particolari contingenze politico-istituzionali del tempo più che determinata dalla volontà di affermare la *judicial supremacy*, consolidando il potere di *judicial review* sulle leggi federali[167]. Per parte della dottrina si tratterebbe di una decisione meramente ricognitiva delle argomentazioni espresse da Hamilton nel *Federalist* e come quelle non in grado di risolvere i problemi concernenti l'ampiezza e l'effettività dei poteri legittimi del c.d. *terzo potere*, poiché lascerebbe sostanzialmente aperto il problema della definizione concettuale dell'espressione *judicial review* in relazione alla determinazione dei rapporti con il potere legislativo[168]. Secondo Hamilton e Marshall, infatti, all'affermazione della centralità del ruolo del potere giudiziario non corrisponde una parallela affermazione di supremazia dello stesso sul potere legislativo, in quanto il potere di invalidare gli atti legislativi ritenuti illegittimi viene fatto discendere dall'analisi del sistema delle fonti e dal principio di supremazia della Costituzione[169]. Diversamente opina Bickel che, in un celebre saggio, replica alla tesi sostenuta da Marshall osservando come, in molti casi, la decisione in merito alla incostituzionalità o meno di una norma non sia né ovvia né pacifica, trattandosi piuttosto di una questione avente carattere politico la cui risoluzione da parte di un organo (Corte Suprema) invece che di un

---

[164] Cfr. *supra*, nota n. 149.

[165] Cfr. *infra*, parr. 3.1 e 3.2.

[166] S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 161 ss. In senso conforme: J. Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, cit., p. 121 ss.; N. Devins, L. Fisher, *The Democratic Constitution*, cit., p. 1 ss.; W.W. van Alstyne, *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, cit., p. 1 ss.

[167] R.N. Clinton, *Marbury v. Madison*, cit., p. 227 ss., in senso conforme N. Devins, L. Fisher, *The Democratic Constitution*, cit., p. 1 ss.; ma si vedano anche le considerazioni di M.V. Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999.

[168] S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 161 ss.

[169] G.S. Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less*, cit., p. 787 ss.

altro (legislatore) ha precise e potenzialmente rilevanti conseguenze sul sistema costituzionale[170].

La difficoltà di addivenire ad un *dies a quo* a partire dal quale potesse ritenersi legittimo nell'ordinamento statunitense l'esercizio del sindacato di costituzionalità nel senso moderno del termine porta a ribadire come si sia trattato di un processo graduale in cui, sia le istituzioni politiche, sia la società e l'opinione pubblica giocarono un preciso ruolo, tanto che fu solo in un momento successivo alla guerra civile che il potere e l'autorità della Corte Suprema si consolidarono sotto il profilo della autorevolezza istituzionale. Prima di quel momento, infatti, l'idea secondo cui spetterebbe solo i giudici della Corte Suprema il "diritto all'ultima parola" in merito all'interpretazione della Costituzione pare non si fosse ancora affermata[171].

A prescindere, quindi, dal fondamento giuridico del *judicial review*, esso si affermò quale strumento con cui la Corte Suprema – grazie anche all'applicazione del principio dello *stare decisis* e dall'uso dei propri precedenti quali veri e propri parametri interpretativi[172] – ha stabilito criteri e modalità del proprio agire giungendo a ritagliarsi la competenza ad intervenire ogniqualvolta venissero in rilievo *federal constitutional questions*[173].

3.5. *Interpretazione o revisione costituzionale: problemi aperti*

Autorevole dottrina, analizzando l'esperienza del costituzionalismo americano, ha rilevato come «si può conservare il carattere scritto della Costituzione solo a spese dell'abbandono della caratteristica di quadro generale di questo documento e si può mantenere tale caratteristica solo abbandonando la concezione secondo la qua-

---

[170] A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, cit. Sul pensiero di questo autore, cfr. diffusamente *infra*, cap. II del presente lavoro.

[171] Così P.S. Paludan, *The Presidency of Abraham Lincoln*, University Press of Kansas, Lawrence, 1994, p. 13, così citato in S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 176.

[172] Sul punto, per maggiori approfondimenti: L.H. Jr Bloom, *Methods of Interpretation*, Oxford University Press, New York, 2009, nonché di A. Anzon, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1995.

[173] Cfr. sul punto le argomentazioni del caso *Martin v. Hunter's Lesee* [14 U.S. 304 (1816)].

le tutte le modificazioni costituzionali più importanti debbono seguire il procedimento di emendamento»[174].

Gli studi sulla teoria costituzionale e sul tema dei processi di modificazione costituzionale sono sterminati e, dato il nostro diverso oggetto di studio, non è possibile in questa sede procedere ad un'analisi dettagliata degli stessi, tuttavia si reputa opportuno effettuare qualche riflessione sul punto, in funzione di una migliore comprensione della problematica oggetto d'indagine[175]. Il procedimento di revisione costituzionale negli Stati Uniti d'America è formalmente regolato dall'art. V della Costituzione federale, tuttavia l'analisi dell'evoluzione del significato del testo costituzionale del 1787 ha mostrato come i processi di modificazione costituzionale non seguano sempre l'iter formale di cui all'art. V.

Il tema è strettamente connesso con quello del ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'ordinamento e con l'esercizio da parte dei giudici di un atteggiamento di *judicial activism* o di *judicial restraint*.

Come è noto, i giudici statunitensi, e in particolar modo la Corte Suprema, hanno spesso inteso il proprio ruolo di interpreti della Costituzione in maniera estensiva e sono stati posti in dottrina numerosi quesiti in merito alla natura dell'azione giudiziale: se essa si limitasse a interpretare il testo costituzionale ovvero se, con la propria azione, non si spingesse a determinare modificazioni (*rectius* revisioni) del testo, sconfinando, così, nel campo d'azione del pote-

---

[174] S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 85.

[175] Una interessante panoramica delle principali problematiche teoriche sottolineate dalla dottrina statunitense è offerta da S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 61 ss. Sul punto vedasi anche L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., spec. p. 89 ss.; B. Akerman, *We the People. Vol. 1: Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1991; Id., *We the People. Vol. 2: Tranformations*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1991; Id., *We the People. Vol. 3: The Civil Rights Revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Ma., 2014; W. Murphy, *Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2006; S. Levinson, *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton University Press, Princeton, 1995; Id., *Article V*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, I, Gale, 2008, p. 109 ss. Per la dottrina italiana si veda, *ex multis*: N. Olivetti Rason, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 83 ss.; G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, cit., p. 60 ss.

re legislativo. Ci si deve chiedere, infatti quale ruolo abbia avuto, e continui ad avere, la Corte Suprema nei processi di modificazione costituzionale dato che, nel tempo, l'interpretazione che la Corte ha fornito del testo costituzionale, e in particolare di alcuni emendamenti (quali il XIV, il I o il IX), ha rappresentato un contributo fondamentale ai fini della definizione della Costituzione sostanziale e del processo di aggiornamento del testo costituzionale a condizioni socio-politiche profondamente diverse da quelle del 1787.

Molti autori hanno sviluppato studi inerenti l'art. V della Costituzione federale e provveduto a tratteggiare i criteri distintivi fra processo di interpretazione costituzionale e modifica della stessa attraverso la procedura di revisione formale. In questo contesto si è posto in evidenza il fatto che non tutte le modificazioni costituzionali avvengono tramite la procedura di emendamento in quanto si sono date numerose pronunce della Corte Suprema il cui contenuto è da ritenersi frutto non di una mera interpretazione del testo costituzionale, ma di sostanziali modificazioni dello stesso non trasfuse formalmente in esso e da configurarsi quali "emendamenti atipici" integrativi della Costituzione sostanziale[176]. Tali pronunce sono state rese, in particolare, in tema di riconoscimento e tutela dei diritti e di enucleazione di diritti impliciti in fasi storiche che si sono caratterizzate per il fortissimo attivismo giudiziario[177]. Tuttavia, come non ha mancato di rilevare attenta dottrina, soprattutto a partire dal XX secolo «la fonte più rilevante dei mutamenti della Costituzione non è rappresentata dagli emendamenti ai sensi dell'art. V o dalle pronunce della Corte, bensì da procedimenti avviati e portati a compimento dal Presidente e dal Congresso»: la Corte Suprema, cioè, non avrebbe «funzionato o potuto funzionare da custode delle modificazioni della Costituzione federale» a causa «del suo limitato ruolo sul-

[176] In merito a tali aspetti, diffusamente S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 63 ss. e la dottrina ivi citata.

[177] Si ricorda l'attività delle corti Warren e Burger. Per una ricognizione della principale giurisprudenza vedasi A. Wohl, *Warren Court*, in *Encyclopedia of the Supreme Court*, V, Gale 2008, p. 173 ss.; D.S. Tanenhaus, *Burger Court*, in *Encyclopedia of the Supreme Court*, I, Gale, 2008, p. 233 ss.; J. Greenbaum, *Giustizia Costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti…*, cit., p. 1 ss. Cfr. altresì la bibliografia indicata *infra*, alla nota n. 146.

lo stato interventista»[178]. Esempio emblematico di ciò è rappresentato dalla vicenda del *New Deal* che vide contrapporsi il Presidente Roosevelt alla Corte Suprema ed alle sue interpretazioni della Costituzione, considerate miopi ed inadeguate e tali da giustificare addirittura il tentativo di modifica delle procedura di nomina dei giudici onde poter condizionare l'azione del supremo consesso[179].

3.5.1. *La posizione della Corte Suprema in relazione all'adattamento della Costituzione ai mutamenti storici*

Si è detto come parte della dottrina ritenga che, oltre alla procedura di revisione formale di cui all'art. V della Costituzione, sia stato il processo di interpretazione costituzionale condotto dalla Corte Suprema il principale strumento di adattamento della stessa ai mutamenti socio-politico-istituzionali che hanno caratterizzato l'ordinamento statuito a Filadelfia nel 1787[180]. L'attività dei giudici supremi avrebbe, così, assunto la funzione di «custode della revisione costituzionale»[181]. Tuttavia, altra dottrina considera errata l'impostazione sopra descritta in quanto non terrebbe conto della complessità della tematica delle modificazioni costituzionali. Viene sottolineata la parzialità di tale visione, data dal fatto che la Corte Suprema risentirebbe di una limitazione strutturale ineliminabile rappresentata dalla necessaria concretezza del giudizio e, pertanto, dalla possibilità che essa possa in qualche modo influire solo su quelle modificazioni costituzionali che originano da una controver-

---

[178] S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 64. Si rimanda a quest'opera anche per una ricognizione dell'evoluzione storica e del ruolo dei procedimenti di revisione costituzionale.

[179] Per una ricostruzione analitica della vicenda vedasi, *ex multis*, S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 72 ss. nonché R. Edsforth, *The New Deal. America's Response to the Great Depression*, Blackwell, Oxford, 2000; M.E. Parrish, *The Great Depression, the New Deal and the American Legal Order*, 59 *Wash. L. Rev.* 723, 1984. Nella letteratura italiana: A. Sperti, *Corti Supreme e conflitti fra poteri…*, cit., p. 9 ss.; G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, cit., p. 28 ss.

[180] Cfr. *supra*, note nn. 179 e 178. Sul punto vedasi anche A.R. Amar, *The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V*, 94 *Colum. L. Rev.* 457, 1994.

[181] In tal senso S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 87.

sia concreta, restando completamente sottratte dall'area del suo intervento quelle situazioni non giustiziabili o non giustiziate perché, ad esempio, *political questions*[182]. Ulteriore elemento che osterebbe alla qualifica della Corte Suprema quale custode della revisione costituzionale sarebbe rappresentato dal ruolo istituzionale che essa riveste nell'ordinamento e dai rapporti di forza che coesistono e valgono a caratterizzare la forma di governo degli Stati Uniti d'America. Si è sostenuto, a tal proposito, che la Corte potrebbe esercitare un ruolo principe nel controllo delle procedure di revisione solo se i rapporti di forza fra i poteri dello stato fossero sbilanciati a suo favore, ma la Corte Suprema non ha mai goduto di tale potere, né dal punto di vista teorico né dal punto di vista pratico. È potere che, al contrario, sconterebbe una certa debolezza istituzionale configurabile quale «autolimitazione nei confronti dell'esercizio di poteri costituzionali che la Corte successivamente non può influenzare»[183]. La Corte Suprema, così, sarebbe espressione di un potere debole anche in ragione del fatto che gli altri poteri dello Stato dispongono di svariati strumenti di potenziale condizionamento: ad esempio non dando seguito alle risultanze delle pronunce tramite l'approvazione di normativa di senso contrario o tentando di favorire la nomina di giudici apparentemente contrari alla decisione "sgradita". Inoltre, sarebbe sempre possibile che determinate decisioni fossero ignorate od eluse, come si è verificato, ad esempio, nel caso del c.d. *legislative veto*, nel 1933[184].

---

[182] S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 72 ss. A sostegno della propria posizione l'autore ricorda come la Corte non fu coinvolta nelle vicende inerenti l'evoluzione dei partiti politici e il mutamento dei poteri dello Stato che derivò dall'acquisizione della Louisiana, né ebbe occasione di pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale del processo di acquisizione di nuovi poteri di competenza presidenziale che avvenne durante il *New Deal*. Sul punto, cfr. anche *infra*, capp. III e IV.

[183] S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 89. A sostegno di tale visione si richiama nuovamente la vicenda del *New Deal*: come è noto la Corte Suprema negli anni successivi al 1937 diede praticamente carta bianca al Congresso per disciplinare l'economia e la vita sociale della nazione, essendo l'attività del Congresso soggetta soltanto alla Dichiarazione dei diritti (cfr. L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 386) essa, cioè, si astenne da ogni rilevante funzione in materia di controllo sulla legislazione statale e federale in materia di economia.

[184] Si tratta del caso *INS n. Chadha* [462 U.S. 919 (1933)]. Per maggiori approfondimenti vedasi, *ex multis:* L. Fisher, *The Legislative Veto: Invalidated, it Sur-*

Infine, anche la giurisprudenza resa in tema di conflitti fra poteri si sarebbe concentrata, in realtà, per lo più sulle limitazioni ai poteri delle istituzioni statali, senza influire apertamente sull'articolazione delle competenze e dei rapporti di forza fra i diversi poteri dello Stato federale – *in primis* Congresso e Presidente – atteso che oggetto delle decisioni sono stati prevalentemente i diritti più che, in astratto, i poteri (federali), e, pertanto, essa insisteva solo su di una parte della Costituzione, per quanto importante[185].

Dalle problematiche brevemente tratteggiate si comprende come in questo campo il dibattito sia lontano dall'essere sopito e l'unico elemento certo è il grado variabile – a seconda del contesto storico – di incidenza della giurisprudenza della Corte Suprema sulla definizione dei contorni della costituzione sostanziale.

Infatti se è vero che in alcuni momenti storici, o per ragioni di opportunità politica, la giurisprudenza della Corte Suprema è stata caratterizzata da un atteggiamento prudenziale, è altrettanto vero che in altri momenti (specialmente dal 1937 alla fine degli anni Sessanta), la Corte si è caratterizzata per il forte attivismo nello schierarsi a favore di un rafforzamento dei poteri del Congresso federale, specialmente in materia di riconoscimento e tutela dei diritti civili e politici, contribuendo a definire nel profondo i caratteri del costituzionalismo americano[186]. Così facendo la Corte ha prestato il fianco a numerose critiche in ordine a quale fosse il suo *proper role* nell'architettura costituzionale. La dottrina, come si analizzerà nel capito-

---

vives, in 56 *Law Contemporary Problems*, 1993, p. 273 ss.; Id., *The Pocket Veto: its current Status*, US Government and Finance, Division, Congressional Research Service, U.S. Library of Congress, in www.senate.gov.

[185] Vedasi a tal proposito W.N. Jr. Eskridge, P.P. Frickey, *Foreword: Law as Equilibrium*, 108 *Harv. L. Rev.* 26, 1994. Per una ricostruzione dei conflitti fra poteri vedasi anche, nella letteratura italiana: A. Sperti, *Corti Supreme e conflitti fra poteri*, cit., spec. cap. I.

[186] Uno degli autori che ha riflettuto sulle modificazioni costituzionali a "costituzione invariata", proponendo una teoria che è stata fonte di ispirazione (ma anche di critica) da parte della dottrina successiva è B. Akerman, nell'opera: *We the People. Vol. 2: Tranformations*, cit., Egli, introducendo il concetto di *dualist democracy*, ha proposto una costruzione teorica tesa a dissolvere le difficoltà antimaggioritarie del *judicial review* (cfr. *infra*, cap. II). Sul punto cfr. anche W.E. Forbath, *Constitutional Change and the Politics of History*, 108 *Yale L.J.* 1917, 1999; R.Weill, *Evolution vs. Revolution: Dueling Models of Dualism*, 54 *The Am. J. Comp. L.* 429, 2006.

lo successivo, pur consapevole dell'opportunità – e finanche della necessità – di fornire di volta in volta un'interpretazione "attuale" del testo costituzionale, adattandolo al contesto socio-economico e politico, è altresì consapevole della intrinseca (ed ineliminabile) difficoltà di limitare il riconoscimento della portata "creatrice" della giurisprudenza costituzionale in ragione della intrinseca carenza di legittimazione democratico-rappresentativa della Corte e della necessità, quindi, di conciliare il ruolo concretamente esercitato dal giudice costituzionale con il principio della sovranità popolare[187].

[187] Cfr. *infra*, cap. II del presente lavoro.

Capitolo II

GIUSTIZIA COSTITUZIONALE E LEGITTIMAZIONE DELLE CORTI: LINEE DEL DIBATTITO E PROFILI CRITICI

> *«…perché non si possa abusare del potere, bisogna che, per disposizione delle cose, il potere freni il potere. Una Costituzione può essere tale che nessuno sia costretto a compiere azioni alle quali la legge non lo costringe, e a non compiere quelle che la legge gli permette»*[1].
>
> *«Nessun potere è legittimo nel nostro ordinamento se non in quanto affonda, dunque, le sue radici immediate o remote nella sovranità popolare; ma nessun potere può pretendere di esprimere e rappresentare da solo la sovranità popolare»*[2].

Sommario: 1. Considerazioni generali. – 1.1. Premesse. – 1.2. Un quadro d'insieme: legittimazione della giustizia costituzionale e interpretazione costituzionale. – 2. Il caso statunitense: *judicial review* e teoria costituzionale. – 2.1. Dibattito dottrinale statunitense in merito alla legittimazione della giustizia costituzionale. – 2.2. Le linee del dibattito sul *judicial review* dal caso *Marbury v. Madison* all'era *post New Deal*. Formalismo, Anti-formalismo e *Legal process theory*. – 2.3. (*segue*): *judicial review* e democrazia. La *counter-majoritarian difficulty*. – 2.4. (*segue*): i tentativi di superare la *counter-majoritarian difficulty*. – 2.4.1. Teorie moniste e il *rights fundationalism*. – 2.4.2. (*segue*): la *dualist democracy* e la nuova idea del rapporto fra costituzionalismo e democrazia. – 2.4.3. (*segue*): il costituzionalismo deliberativo. – 2.5. (*segue*): teorie

---

[1] Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, I, Utet, Torino, 2005, p. 274 (tit. orig. *L'Esprit des Lois*, 1757).

[2] G. Maranini, *La posizione della Corte e dell'autorità giudiziaria in confronto all'indirizzo politico di regime (o costituzionale) e all'indirizzo politico di maggioranza*, in Id., *La giustizia costituzionale*, Vallecchi, Firenze, 1966, p. 134.

sul *judicial review* e ruolo del giudice costituzionale nella difficile oscillazione fra *judicial restraint* e *judicial activism*. – 2.5.1. La cornice del problema. – 2.5.2. L'apporto delle teorie originaliste. – 2.5.3. Il *minimalism* di C. Sunstein. – 2.5.4. Il variegato quadro del *non-interpretivism*. – 2.5.5. Le seduzioni del *moral reading*. – 2.5.6. Una "visione" sistemica": Tribe, Posner, Beatty a confronto. – 2.5.7. Qualche osservazione conclusiva. – 3. La Corte costituzionale italiana e il dibattito dottrinale in tema di legittimazione dell'organo di giustizia costituzionale: un'introduzione. – 4. Alcune riflessioni d'insieme: parallelismi fra Italia e Stati Uniti.

1. *Considerazioni generali*

1.1. *Premesse*

A prescindere dal modello di giustizia costituzionale adottato e sviluppatosi nei diversi contesti costituzionali, sussiste un nesso inscindibile fra teoria della costituzione, teoria della giustizia costituzionale e teoria dell'interpretazione costituzionale[3].

I concetti di Costituzione e di giustizia costituzionale sono così strettamente connessi da dover essere analizzati secondo una prospettiva complessiva e unitaria soprattutto se si affronta la problematica della legittimazione ed efficacia del sindacato giurisdizionale

[3] Sul punto è stato efficacemente affermato che: la teoria della giustizia costituzionale si configura «[…] quale anello di congiunzione essenziale tra teoria della Costituzione da una parte e teoria dell'interpretazione costituzionale dall'altra. Il *continuum* teoria della Costituzione – teoria della giustizia costituzionale – teoria dell'interpretazione costituzionale denota la stretta interdipendenza dei segmenti che lo compongono e l'osmosi reciproca dei fattori che lo caratterizzano, ed implica necessariamente un approccio sistemico capace di tradursi nell'inquadramento del secondo elemento del trinomio alla luce del primo (la teoria della giustizia costituzionale nell'ottica della teoria della Costituzione) e […] del terzo elemento del trinomio alla luce del secondo (teoria dell'interpretazione costituzionale alla luce della teoria della giustizia costituzionale)». Così L. Mezzetti, *Composizione e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, in M. Calamo Specchia (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 171. Si vedano, altresì, i lavori di M. Dogliani, *Teoria della costituzione e giustizia costituzionale*, in P. Carnevale, C. Colapietro, *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 36 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009.

di costituzionalità[4]. Inoltre, la maggior parte delle teorie sull'interpretazione costituzionale elaborate nel contesto statunitense e nazionale tendono, più o meno palesemente, a voler individuare la natura e l'essenza della Costituzione, cosicché solo seguendo un particolare metodo interpretativo prevarrebbero i "valori reali", i valori ultimi di un dato ordinamento[5].

Si tratta di tematiche strettamente collegate a quella oggetto del presente studio poiché la *political question doctrine*, come elaborata e sviluppatasi negli Stati Uniti d'America, è dottrina che si dimostra inscindibilmente connessa alla concezione che il giudice costituzionale ha del proprio ruolo nell'ordinamento e, in particolare nei rapporti con il potere politico; concezione questa che si palesa all'esterno in virtù dell'utilizzo di tecniche interpretative che consentono una maggior o minor discrezionalità, una maggior o minor possibilità di interazione e dialogo con i poteri dello Stato, *in primis* con il legislatore.

È utile rammentare che la problematica della legittimazione democratica degli organi di giustizia costituzionale impone, altresì, alcune precisazioni di ordine terminologico, in modo da aver ben presente che l'indagine può variamente configurarsi a seconda dei presupposti concettuali di partenza. È, quindi, necessario riflettere sui possibili concetti di democrazia[6] da assumere a "parametro" per l'a-

---

[4] A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 5 ss.; A. Spadaro, *Contributo per una teoria della costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994; Id., *Costituzione (dottrine generali)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1630 ss.

[5] Si vedano, *ex multis*: L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 2000; M. Tushnet, *The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2009; Id., *Why the Constitution Matters*, Yale University Press, New Haven-London, 2010; A. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven-London, 1962; ma anche, nella letteratura italiana, G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2009.

[6] Tali differenti concezioni hanno consentito l'elaborazione di teorie che legittimano l'azione della giustizia costituzionale negli ordinamenti democratici: si spazia, quindi, dalla concezione kelseniana di democrazia come compromesso, in cui i giudici costituzionali svolgono una funzione antimaggioritaria, alla concezione di matrice habermasiana, nell'ambito della quale le corti si legittimano attraverso il loro dialogo continuo con il legislatore e l'apertura di uno spazio pubblico di di-

nalisi da sviluppare, così come è necessario tener presente anche la dottrina che si è interrogata sui concetti astratti di legittimazione e legittimità[7].

---

battito. Per maggiori approfondimenti si vedano P. Biscaretti di Ruffìa, *Democrazia*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964; R. Bifulco, *Democrazia deliberativa*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Giuffrè, Milano, 2011; A. Lijphart, *Le democrazie contemporanee*, il Mulino, Bologna, 2001 (titolo originario *Patterns of Democracies. Government Forms and Performance in Thirty-six Countries*, Yale University Press, New Haven-Londra, 1999); E. Ferioli, *Origini e sviluppo del principio democratico nell'ordinamento costituzionale italiano*, in L. Mezzetti (a cura di), *Principî costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 179 ss.; R. Toniatti, *La democrazia costituzionale repubblicana*, in C. Casonato (a cura di), *Lezioni sui principi fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 35 ss. Si vedano, altresì, le considerazioni di A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 5 ss.; G. Zagrebelsky, *Imparare democrazia*, Einaudi, Torino, 2005; G. Ferrara, *Giurisprudenza costituzionale e democrazia: quali valori, quale teoria*?, in Aa.Vv., *Scritti su La giustizia costituzionale, in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova, 1985, p. 325 ss.; G. Azzariti, *Concezione della democrazia e opinione pubblica: la Corte costituzionale tra conflitti plurali e unità costituzionale*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 879 ss. Per il dibattito nel contesto statunitense si rinvia al par. successivo del presente lavoro e alla bibliografia ivi indicata.

[7] Pare, infatti, potersi desumere come, inevitabilmente, i concetti di "legittimità" e "legittimazione", osservandoli dalla prospettiva giuridica e anche da quella politologica, risultino legati al fenomeno della giustificazione del potere; ma la "legittimità" non è propriamente un elemento costitutivo del potere, quanto piuttosto il risultato di un insieme di aspetti giuridici, politici, sociologici, etici che si influenzano vicendevolmente. Sulla base, quindi, della prospettiva da cui si osserva il fenomeno della giustificazione del potere la "legittimità" indica una condizione del potere e delle sue manifestazioni, e quindi si esplica in una prospettiva statica, mentre la "legittimazione" delinea un processo, un'attività, collocandosi, dunque, in una prospettiva dinamica (cfr. L. Levi, *Legittimità*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino [a cura di], *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1983, p. 582; S. Costantino, *Sfere di legittimità e processi di legittimazione*, Giappichelli, Torino, 1994). Il tema della legittimazione del potere pare, però, per lo più trascurato dai giuristi, che ad esso riservano una minore attenzione rispetto agli studiosi di altre discipline, quali filosofi del diritto, sociologi, storici e politologi; l'interesse, infatti, che la questione della legittimazione del potere pubblico suscita nell'ambito di tali discipline si spiega facilmente se si pensa che essa involge in sé il tema, classico e al contempo sempre attuale, della natura giuridica o morale dell'obbligo politico, che, inoltre, appare strettamente collegato alla variegata problematica dei rapporti tra lo Stato e il cittadino, tra istituzioni pubbliche e singolo, tra autorità e libertà (in particolare questo profilo è oggetto di studio dei filosofi) (F. Lanchester, *Legittimità e legittimazione: la prospettiva del costituzionalista*, in *Il Politico*, 1998, p. 550). Tuttavia una interessante analisi del tema della legittimazione in una prospettiva giuridica (oltre che morale e sociologica) si rinviene nel saggio di R.H. Fal-

Inoltre, per completezza appare opportuno effettuare un passo indietro e ricordare come la giustizia costituzionale – definita da alcuni come «anomalia democratica» o come «aristocrazia sia pure in vesti moderne» – abbia fatto emergere il dubbio se la «mirabile costruzione di Montesquieu» circa la tripartizione dei poteri possa ancora dirsi realizzata *in toto* in uno scenario costituzionale come quello attuale, in cui si assiste a fenomeni di profonda frammentazione del potere[8], in cui, cioè, i protagonisti non sono più solamente i tradizionali poteri legislativo, esecutivo e giudiziario e lo «sconfinamento della giurisprudenza costituzionale» per taluni, sembra aver dato vita ad una sorta di potere aristocratico al fianco di quello democratico rappresentato dagli organi elettivi, che, però, a differenza di questi ultimi, non esercita il proprio ruolo attraverso un collegamento diretto con il corpo elettorale[9].

La giurisprudenza costituzionale sembra, infatti, aver elaborato un volto nuovo del rapporto tra governanti e governati ed è proprio questo l'*humus* che nutre e rinnova il terreno del dibattito sul *judicial review* e, più in generale, sulla carenza di legittimazione democratica degli organi di giustizia costituzionale, in seno al quale da un lato si ravvisano aspetti di problematicità e timore per l'attività della giurisprudenza costituzionale allorché lambisce *political questions*

LON, *Legitimacy and the Constitution*, 118 *Harv. L. Rev.* 1789, 2005, il quale evidenzia le connessioni fra «*constitutional law, its diverse sociological foundations, and the felt imperatives of practical exigency and moral right*» (p. 1793). Sul punto si veda anche R.E. BARNETT, *Constitutional Legitimacy*, 103 *Colum. L. Rev.* 111, 2003. Inoltre, la problematica in esame suscita l'interesse della sociologia giuridica in ordine ai motivi per i quali di fatto un regime si instaura, si consolida ovvero si indebolisce e si esaurisce, mentre la riflessione giuridica del costituzionalismo contemporaneo è permeata dai caratteri distintivi del modello di Stato costituzionale, e, più precisamente dalla positivizzazione dei principi fondamentali che, in tal modo, diventano fattori di legittimazione sostanziale di un ordinamento giuridico (L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e Legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005).

[8] Per maggiori approfondimenti sul punto cfr. B. ACKERMAN, *The New Separation of Powers*, 113 *Harv. L. Rev.* 634, 2000, e, più di recente, E. CAROLAN, *The New Separation of Powers. A Theory for Modern State*, Oxford University Press, New York, 2009. Il fenomeno della frammentazione dei poteri o «polverizzazione dei poteri», per utilizzare le parole di R. BIN (*L'ultima fortezza: teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 15 ss.) è comunque presente anche nel nostro ordinamento.

[9] L. PEGORARO, *Giustizia Costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 208.

di spettanza di altri poteri dello Stato, ma, sotto diverso profilo, si evince anche un atteggiamento rassicurante, connesso alle funzioni di tutela e garanzia dei principi e diritti fondamentali in concreto esercitate da tali organi.

Come è noto, pur con le inevitabili specificità correlate alle varie tradizioni culturali e ai diversi regimi politici, nel contesto euroatlantico si è consolidata la costruzione di quella che è stata definita essere una nuova forma di Stato, lo Stato costituzionale[10], – evoluzione dello Stato legale di diritto – fondata sulla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e sul vincolo della sfera politica ai canoni costituzionali garantiti dalla presenza di un controllo di tipo giudiziario. Secondo tale concezione, elemento caratterizzante lo Stato costituzionale sarebbe la sottoposizione della politica al diritto e, conseguentemente, la razionalità ultima delle scelte politiche di fronte al sindacato degli organi di giustizia costituzionale.

L'elaborazione teorica finalizzata alla ricerca di elementi legittimanti la giustizia costituzionale (secondo i canoni della democrazia rappresentativa) ha come obiettivo principale quello di impedire che la giustizia costituzionale, nata a salvaguardia della Costituzione, diventi uno strapotere incontrollato rispetto agli altri e, quindi, possa minacciare la struttura democratica, invece di tutelarla[11].

La giurisdizione costituzionale, diventa, così, il dato connotativo e indefettibile dello Stato costituzionale di diritto, quale elemento che si inserisce stabilmente in un'organizzazione delle istituzioni di governo basata sul principio di separazione dei poteri (e su un sistema di *checks and balances* degli stessi), nell'ambito della quale l'effettività del carattere rigido del testo costituzionale viene garantita non solo dalle procedure aggravate previste per il procedimento di revisione,

[10] Sul processo di evoluzione dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale si vedano, su tutti, nella letteratura italiana, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 20 ss. Cfr. altresì E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, il Mulino, Bologna, 1996, spec. p. 14 ss.; P. Häberle, *Lo Stato costituzionale*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2005; G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997; A. Spadaro, *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia filosofica*, II, Bompiani, Milano, 2006, p. 2369 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 5 ss.

[11] E.W. Böckenförde, *Stato, costituzione e democrazia*, Giuffrè, Milano, 2006.

ma anche attraverso il controllo (di natura giurisdizionale) sulla conformità ad essa degli atti dei pubblici poteri, con riferimento alla ripartizione delle funzioni e delle competenze fra organi e fra sfere territoriali e con riferimento alla prescrizione di principi e norme posti a tutela dei diritti fondamentali in ragione di corrispondenti limiti alle funzioni pubbliche e, segnatamente, alla legislazione.

A tal proposito, si è osservato che il livello delle garanzie si sposta dalla legge (espressione della volontà delle assemblee rappresentative) alla Costituzione (espressione del potere costituente), e parallelamente le scelte politiche espresse attraverso gli atti legislativi si trovano a perdere i tradizionali connotati dell'insindacabilità per essere valutati e misurati, anche con riferimento alla loro intrinseca razionalità e ragionevolezza, alla luce dei parametri costituzionali, espressione dei valori e principi fondativi dell'ordinamento giuridico[12].

Il costituzionalismo contemporaneo avrebbe, così, recepito una precisa qualificazione sostanziale del concetto di democrazia, accolto e formalizzato nella Costituzione, «idonea a connotare l'assetto istituzionale in base ad una concezione non meramente formale di democrazia e in virtù di criteri di legittimazione ulteriori rispetto al solo consenso elettorale e riconducibili entrambi – tanto la nozione sostanziale, quanto i criteri di legittimazione – ad una dimensione di conformità con il diritto espresso dalla norma fondamentale la cui verifica è affidata ad un organo di natura giurisdizionale – ossia indipendente ed imparziale, tranne che nei confronti della Costituzione stessa e del suo assetto assiologico, quale si conviene in uno stato costituzionale di diritto»[13].

Secondo tale lettura, si tratterebbe di un concetto di democrazia fondata sul diritto «e pertanto di democrazia radicata nel principio di

[12] Su tutti, E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 14 ss. L'autore prosegue affermando che «[t]utto questo conduce a sottolineare come l'affermazione della giustizia costituzionale in Europa si collochi nel quadro di uno sviluppo storico che prende le mosse dalle grandi rivoluzioni dell'età liberale e conduce alla costruzione delle democrazie contemporanee secondo il modello occidentale. Di tali democrazie la giustizia costituzionale rappresenta, dunque, un elemento costitutivo fondamentale, forse l'elemento più innovativo tra quelli che si sono andati affermando sul piano costituzionale, dopo la fine del secondo conflitto mondiale».

[13] R. Toniatti, *La giurisdizione costituzionale nel quadro degli equilibri istituzionali: il rilievo dei profili strutturali*, in M. Calamo Specchia (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, cit., p. 401.

rule of law, di democrazia costituzionale, di democrazia compatibile con norme di *higher law*, ovvero con norme qualificate come *the supreme law of the land*, sulla base, cioè, di una integrazione del principio maggioritario con profili non maggioritari, ossia sottratti alla disponibilità della maggioranza politica democraticamente legittimata all'esercizio della funzione di governo cui invece si nega la titolarità stessa della funzione di revisione costituzionale»[14].

Tutti gli aspetti sopra esposti vanno tenuti presenti allorché ci si interroga sulla natura dell'organo di giustizia costituzionale e sulla sua legittimazione nel sistema ordinamentale.

Autorevole dottrina ha osservato come ciò che connota la giustizia costituzionale rispetto alle altre funzioni pubbliche sia la sua atipicità: essa esulerebbe dal quadro delle tradizionali funzioni dello Stato in virtù del fatto che assomma in sé vari elementi, riferibili all'esercizio di una molteplicità di funzioni, «dove il rigore formale richiesto dalla tecnica del giudizio si salda con la libertà di scelta che viene a caratterizzare l'individuazione di quei principi e quei valori che attraverso il giudizio è dato affermare». Le funzioni espresse degli organi di giustizia costituzionale sarebbero, così, di carattere "intermedio", al contempo politiche e tecniche, paralegislative e paragiurisdizionali – funzioni che condurrebbero da un lato, «a "giurisdizionalizzare" la politica dentro le forme del processo», dall'altro «a "politicizzare" la giurisdizione attraverso la natura (politica) degli oggetti sottoposti a giudizio e gli effetti (politici) delle pronunce»[15].

È intuitivo, poi, che alla atipicità delle funzioni corrisponda l'atipicità dell'organo preposto all'esercizio delle stesse.

Inoltre, secondo una retorica chiara già agli albori del *judicial review* e del pensiero costituzionale americano[16], il problema cruciale

---

[14] R. Toniatti, *La giurisdizione costituzionale nel quadro degli equilibri istituzionali: il rilievo dei profili strutturali*, cit., p. 401. Si veda, altresì, E.S. Corwin, *L'idea di "legge superiore" e il diritto costituzionale americano*, Neri Pozza, Vicenza, 1961.

[15] E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 15. Per ulteriori approfondimenti si vedano, fra gli altri, A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *La Corte costituzionale e il Parlamento*, Giuffrè, Milano, 2000; V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Giappichelli, Torino, 2005; nonché, per il contesto italiano, cap. VI del presente lavoro.

[16] Si rinvia alla trattazione di cui al cap. I del presente lavoro e alla bibliografia ivi indicata. Si ricorda che già agli albori dell'ordinamento costituzionale statu-

della legittimazione degli organi di giustizia costituzionale nasce dal fatto che le Corti costituzionali, per loro derivazione, sono espressioni del sistema politico in cui si trovano ad operare, ma, al contempo, devono poter manifestare il massimo di indipendenza da tale sistema, al fine di essere in grado di esercitare appieno tutte le loro funzioni. Si è detto che «le corti investite del giudizio sulle leggi sono, nel quadro dei poteri dello stato, organi molto particolari e, per molti aspetti, anomali»: esse, infatti, «esercitano poteri equivalenti nella forza a quelli esercitati dal potere legislativo, ma la loro struttura è in un certo senso opposta a quella parlamentare. Godono di un'investitura che, almeno in parte, è politica, ma non sono in senso proprio rappresentative. Hanno una composizione più ristretta di quella degli organi legislativi, ma dispongono di una stabilità incomparabilmente maggiore», cosicché «per struttura, durata, agilità, questi organi tendono ad esprimere una concentrazione molto elevata di potere»[17].

Nonostante l'opzione, pressoché comune a tutti gli ordinamenti democratici, in favore di costituzioni rigide, e della contestuale previsione di organi di giustizia costituzionale, rimane sempre palese la difficoltà a concepire (e giustificare) l'esistenza di una sfera di giustizia indipendente, svincolata dal dominio della politica e molteplici, come si vedrà, sono sia i sintomi di tale tensione permanente, sia i tentativi di individuare forme di coesistenza e punti di compromesso.

1.2. *Un quadro d'insieme: legittimazione della giustizia costituzionale e interpretazione costituzionale*

Passando ora ad esaminare nel dettaglio il tema oggetto dell'indagine, si osserva, in primo luogo, che la problematica della legittimazione dei giudici costituzionali è stata oggetto di amplissimo dibattito in dottrina e trova la propria origine già in sede di elabora-

nitense era chiara la necessità di individuare un *discrimen* fra diritto e politica, fra ambito di legittimo intervento del potere giudiziario e ambito riservato alla sfera politica. Cfr. *ex multis*, A. Vermuele, *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 2006, ma, anche, G.S. Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less*, 56 *Wash. & Lee L. Rev.* 787, 1999.

[17] E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 15.

zione concettuale dei modelli di giustizia costituzionale adottati nei diversi Paesi[18].

Il carattere discrezionale o creativo della giurisprudenza, infatti, è parso in contrasto con il principio della legittimazione democratica delle scelte politiche, soprattutto in contesti ordinamentali caratterizzati dalla centralità della legge e dalla supremazia della Costituzione.

Si è consapevoli del fatto che trattasi di questione che non rappresenta una novità, risalendo all'antica consapevolezza del margine di apprezzamento connaturato a qualunque atto interpretativo e che resta ineliminabile anche nell'opera di chi, come il giudice, è chiamato a portare ad effetto una volontà prescrittiva altrui[19]; tuttavia non per questo la si ritiene priva di rilevante attualità.

---

[18] La letteratura, sul punto, è inesauribile, tra le opere monografiche di carattere generale che paiono più significative cfr. A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton, 2006; Id., *Judicial Discretion*, Yale University Press, New Heaven-London, 1989. Ulteriori riferimenti bibliografici, soprattutto in relazione al ruolo che il giudice costituzionale deve avere in un sistema democratico, si rinvengono, *infra*, parr. 2.2., 2.3., 2.4. e 2.5. del presente lavoro. Per un'ottica politilogica alla questione, nella letteratura recente, su tutti: K.E. Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy*, Princeton University Press, Princeton, 2007. Per la dottrina italiana, si richiamano M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 14 ss.; nonché G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, II, *La Costituzione democratica*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 313 ss. e, più di recente, O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014, spec. p. 103 ss. Sul punto si rinvia anche alla bibliografia indicata al par. 3 del presente lavoro.

[19] In generale sui problemi connessi all'interpretazione degli atti giuridici si vedano, nella letteratura italiana, le fondamentali opere di E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, I-II, ed. corretta e ampliata a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano, 1990; M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991; E. Paresce, *Interpretazione*, in *Enc. dir.*, XXII, Giuffrè, Torino, 1972, p. 153 ss.; L. Mengoni, *Ermeneutica e Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996; G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007; A. Baldassarre, *L'interpretazione della Costituzione*, in A. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della Legge alle soglie del XXI secolo*, ESI, Napoli, 2002, p. 215 ss. Per un approccio di ordine filosofico alla tematica si veda M. Rosenfeld, *Interpretazioni, il diritto fra etica e politica*, il Mulino, Bologna, 2000 (tit. orig. *Just Interpretation, Law between Ethics and Politics*, University of California Press, Berkley, 1998). In relazione alle dottrine americane sull'interpretazione e ai loro riflessi sul sindacato di costituzionalità e sulle concezioni del *proper role* del giudice costituzionale nell'ordinamento: cfr., *infra*, parr. 2.2., 2.3., 2.4. e 2.5. del presente lavoro e la bibliografia ivi indicata.

Per quanto concerne il panorama europeo non si può non menzionare il dibattito fra Kelsen e Schmitt in merito al fondamento teorico della giustizia costituzionale: da un lato Kelsen individuava nel principio di rigidità costituzionale e nella istituzione del sindacato di costituzionalità delle leggi le condizioni per un effettivo operare del principio democratico; diversamente Schmitt contestava in radice la possibilità di ipotizzare un sistema di controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi che non sconfinasse nella sfera riservata alle istituzioni politiche[20]. Tuttavia è stato acutamente osservato che i termini dell'alternativa presentata dai due illustri giuristi paiono forse inadatti (se non addirittura «forzosi e riduttivi») a dar conto della complessità delle concezioni "Corte-attore politico" e "Corte-mero giudice"[21], concorrendo entrambi gli aspetti, inscindibilmente, alla configurazione della "morfologia" dell'organo di giustizia costituzionale e della sua attività[22].

Dal punto di vista dell'evoluzione storica delle istituzioni giuridiche, se, da un lato, l'aver sancito il principio di supremazia della Costituzione sulla legge ha rappresentato una conquista dello Stato costituzionale e dei cittadini nei confronti degli arbitrii perpetuabili dal legislatore, tuttavia, nonostante i vari tentativi della dottrina di giustificare tale fenomeno dal punto di vista dogmatico, è rimasto

---

[20] Per maggiori approfondimenti in relazione ad una analisi critica dei fondamenti teorici delle elaborazioni di Kelsen e Schmitt in merito ai fondamenti teorici della giustizia costituzionale, nella letteratura italiana vedasi: C. Mezzanotte, *Corte Costituzionale e legittimazione politica*, Giuffrè, Milano, 1984; A. Giovannelli, *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Giuffrè, Milano, 1983; Id., *Alcune considerazioni sul modello della* Verfassungsgerichtsbarcheit *kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione "politica" della Corte Costituzionale*, in Aa.Vv., *Scritti su La Giustizia Costituzionale, in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova, 1985, p. 381 ss.; A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008; nonché, più di recente, L. Mezzetti, *Teoria costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015. Quanto ai "classici", si vedano: H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981; Id., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano, 2000, 1945; C. Schmitt, *Il Custode della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1981, Id., *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984.

[21] A. Ruggeri, *Corte costituzionale e Parlamento tra aperture del "modello" e fluidità dell'esperienza*, in A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 5.

[22] Per approfondimenti sul punto, in relazione all'esperienza italiana, si rimanda al cap. VI di questo lavoro.

aperto il problema di stabilire univocamente la natura della Costituzione, problema questo che Schmitt «poneva sotto forma del quesito *quis interpretabitur.* Infatti, solo colui a cui è riconosciuto il potere di interpretare (*auctoritas*) è in grado di enunciare il reale significato della Costituzione (*quid est veritas*) disponendo per ciò stesso del certo potere sovrano (*potestas*)»[23].

Nelle moderne democrazie, l'individuazione degli organi di giustizia costituzionale quali soggetti deputati a sindacare la validità delle leggi si è dimostrata funzionale a garantire non soltanto «la rigidità delle Costituzioni positive (formali-vigenti)», ma anche «l'intangibilità del nucleo duro delle stesse, attraverso la teoria dei limiti, sia *quoad formam* sia *quoad substantiam*, alla revisione costituzionale»[24].

Proprio la peculiare funzione di protezione del nucleo essenziale degli atti fondativi e caratterizzanti l'essenza dell'ordinamento cui si riferiscono porta gli organi di giustizia costituzionale a non limitarsi ad un sindacato inerente la mera regolarità e conformità formale/procedurale alle Costituzioni, rendendosi spesso necessario un sindacato di tipo sostanziale sugli atti legislativi, elemento, questo, che rappresenta la vera «sfida al carattere democratico dell'ordinamento giuridico, al punto che la questione della sua legittimità democratica rappresenta un *mighty problem*, un problema formidabile»[25].

Tale problema non potrebbe risolversi, sulla scia del pensiero di R. Dworkin, affermando che i giudici costituzionali sono i soggetti meglio qualificati per risolvere questioni di principio, perché "insensibili" alla scelta[26], non essendo incontrovertibile il processo ermeneutico che porta alla qualificazione di una questione come «di prin-

---

[23] A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 9. Si veda altresì A. Ruggeri, *Fatti e Norme nei giudizi sulle leggi e le "metamorfosi" dei criteri ordinatori delle fonti*, Giappichelli, Torino, 1994.

[24] A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 6.

[25] *Ibidem*, p. 7. Cfr. anche M. Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, il Mulino, Bologna, 1994.

[26] Si vedano R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 2010 (ed. orig., *Taking rights seriously*, 1977); Id., *La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari, 2010, ed. orig., *Justice in Robes*, 2006); Id., *A Bill of Rights for Britain*, Chatto & Windus, London, 1990. Per maggiori approfondimenti sul pensiero di questo autore cfr. *infra*, parr. 2.4. e 2.5.

cipio» ovvero come «riservata o disponibile per la scelta politica», anzi può divenire oggetto di una controversia dalla matrice intrinsecamente politica[27]. Analogamente, non pare potersi radicare la legittimazione degli organi di giustizia costituzionale nel diretto o indiretto fondamento democratico della scelta dei loro componenti[28], potendosi condividere l'opinione di chi ha rilevato come si tratterebbe in ogni caso di una legittimazione democratica inferiore a quella dei veri e propri rappresentanti politici, che, quindi, non potrebbe prevalere su quest'ultimi[29].

Le problematiche connesse alla legittimazione dell'organo che esercita il sindacato giurisdizionale di costituzionalità della legge è, così, un *mighty problem* che a tutt'oggi rimane privo di una soluzione unitaria ed univoca. Non esistono soluzioni "universali e astratte" in grado di fornire una risposta dal punto di vista dogmatico e speculativo, idonee ad essere generalizzate adattandosi a qualsiasi ordinamento e momento storico. Sarebbero gli stessi ordinamenti a configurare al loro interno soluzioni (normative) volte a consentire il raggiungimento di un punto di compromesso fra le istanze espressione della sfera della giustizia (e dei suoi "custodi") e quelle espressione della sfera della politica (e delle sue maggioranze)[30].

---

[27] Così M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Pol. dir.*, 3, 1998, p. 365 ss.; Id., *Corte costituzionale e ideale democratico (questioni teoriche ed esperienze italiane)*, in *Ass.ne per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quad. 2, 1991, p. 13 ss.

[28] Così, invece, P. Bon, *La legitimitè du Conseil constitutionnel français*, in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Colloque du dixième anniversaire du Tribunal constitutionnel portugais, Coimbra editora, Coimbra, 1995, p. 139 ss.; L. Favoreu, *La légitimité de la justice constitutionnelle et la composition des juridictions constitutionnelles*, in *Legitimidade et Legitimação da Justiça Constitucional*, cit., p. 229 ss. Per la dottrina italiana più recente si vedano: M. Calamo Specchia (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Giappichelli, Torino, 2011; I. Nicotra Guerrera, *Spunti in tema di elezione e nomina dei giudici costituzionali*, in Aa.Vv., *L'organizzazione ed il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996.

[29] M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, cit., p. 365 ss.; Id., *Corte costituzionale e ideale democratico (questioni teoriche ed esperienze italiane)*, cit., p. 13 ss.

[30] Sulla separazione dei poteri da intendersi come insieme di meccanismi di *checks and balances* in cui il controllo di costituzionalità consente di innescare un

Tali soluzioni sono state individuate, ad esempio, nell'opzione a favore di un organo di giustizia costituzionale accentrato, "speciale", posto al di fuori del circuito giudiziario ordinario; o nell'introduzione di strumenti che consentono al potere pubblico di non dar seguito alle decisioni dei giudici costituzionali ovvero di superarne la portata e gli effetti. Alla stessa matrice possono essere ricondotte quelle previsioni che, consentendo alle Corti di posticipare gli effetti delle proprie decisioni, scindono il momento dichiarativo dell'incostituzionalità da quello costitutivo, dando modo ai pubblici poteri (e in primo luogo al Parlamento) di intervenire[31].

Secondo accorta dottrina, inoltre, sarebbe il principio democratico a richiedere che «tutti debbano avere voce nel processo politico costituzionale» e, pertanto, i sistemi di giustizia costituzionale, lungi dall'essere intrinsecamente antidemocratici e "antimaggioritari", si porrebbero come l'elemento cruciale, la chiave di volta in grado di proteggere i principi democratico e maggioritario dal rischio di corruzione e deriva che potrebbero derivare dall'«onnipotenza della maggioranza»[32].

Va poi rilevato come, allorché si affronta la tematica in esame, sia necessario considerare anche che il problema della legittimazione degli organi di giustizia costituzionale è un problema "bifronte", che presenta, cioè, almeno due prospettive che vanno contemporaneamente considerate e apprezzate. A tal proposito si è sostenuto che «esiste un problema di legittimazione a priori di una Corte costituzionale, che coincide in definitiva con la legittimazione della Costituzione rigida da questa garantita, ed esiste un problema di

---

circolo virtuoso nel sistema costituzionale che porta alla stabilità e all'equilibrio dello stesso si veda P. Pasquino, *Controllo di costituzionalità e democrazia rappresentativa*, in S. Rodotà (a cura di), *Diritto e culture della politica*, Carocci, Roma, 2004, p. 39 ss.

[31] T. Groppi, *La Corte e i poteri*, cit., p. 916 ss.

[32] M. Cappelletti, *Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of Constitutional Justice*, 35 *Cath. U. L. Rev.* 1, 1985. L'autore, prosegue sottolineando che il concetto attuale di separazione dei poteri non è certamente quello enucleato nella Francia di Montesquieu indicando, piuttosto, «*reciprocal connections and mutual controls*». In questo contesto di mutua interrelazione fra i poteri dello Stato «*the judicial non-accountability is a political and legal non-accoutability – and even that with important limitations in case of serious abuses; it is not, however, a societal non-accountability*», p. 13. Sul punto concorda anche P. Pasquino, *Controllo di costituzionalità e democrazia rappresentativa*, cit., p. 39 ss. In merito al dibattito statunitense sul punto si rinvia al par. 2 del presente capitolo.

"legittimazione a posteriori" che si risolve nel modo in cui la Corte esercita i suoi poteri e nel modo in cui li armonizza con quelli del complesso parlamento-governo, oltre che con quelli della tradizionale giurisdizione ordinaria e speciale»[33].

Il potere degli organi di giustizia costituzionale di contribuire alla definizione e determinazione dello stesso concetto di costituzione «in senso real-vivente disponendo di un unico straordinario (perché autorevole e praticamente finale) potere ermeneutico (norme-significati) presente nei "contenitori" – o proposizioni linguistiche costituzionali (disposizioni-significanti)»[34] conferisce ad essi un potere potenzialmente enorme attesa la difficoltà di circoscrivere i confini fra interpretazione del testo costituzionale e creazione di diritto.

I giudici costituzionali, infatti, e in special modo la Corte Suprema americana, hanno acquisito un potere decisionale che spesso si pone sul crinale fra la dimensione giuridica e quella politica e la loro attività, specialmente in relazione a problematiche "sensibili", pare alla ricerca di un equilibrio che, né la teoria costituzionale, né la prassi giurisprudenziale riescono a stabilire secondo dei criteri universalmente validi e definibili a priori[35].

Per provare a ridurre la complessità della tematica inerente la legittimazione a priori e a posteriori del giudice costituzionale è possibile ricondurre tali aspetti a due ambiti che, seppur distinti, presentano dei profili di connessione. L'analisi delle problematiche inerenti il sindacato di costituzionalità può muovere dalla considerazione, sia del suo "profilo esterno", sia del suo "profilo interno". Al primo profilo si ascrivono le questioni inerenti il fondamento giuridico e i limiti del sindacato di costituzionalità che implicano uno sforzo teorico che, dall'esterno della sfera della giustizia costituzionale, possano consentire di individuarne la *ratio* fondativa e i confini del suo ambito di intervento all'interno dell'architettura costituzionale.

---

[33] A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 19; ma in senso conforme anche C. Mezzanotte, *Corte Costituzionale e legittimazione politica*, cit., p. 1 ss.

[34] A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 9.

[35] Questa continua tensione fra dimensione politica e dimensione giuridica e le conseguenti diversità teoriche intrinseche all'ambivalenza del ruolo del giudice costituzionale ineriscono diversi aspetti: dal fondamento costituzionale del *judicial review* alla natura del potere, dai limiti di questo potere ai suoi rapporti con la dimensione politica.

Il secondo profilo, invece, attiene alle modalità di decisione del giudice costituzionale, agli strumenti interpretativi utilizzati nella definizione delle questioni di costituzionalità, in relazione ai quali si rende necessario lo sforzo teorico di individuare e specificare criteri e parametri che definiscano la grammatica giudiziale del sindacato delle leggi[36].

Per quel che concerne l'ordinamento statunitense, la dottrina e la prassi giurisprudenziale sono state impegnate nell'elaborazione di teorie che abbracciassero entrambi i profili sopra indicati, combinandosi variamente e attraversando più fasi nel corso della storia costituzionale del paese. Tra queste, la svolta certamente più significativa è rappresentata dal netto cambio di rotta della giurisprudenza costituzionale all'esito dello "scontro" fra la Corte Suprema e il presidente Roosevelt nel corso del *New Deal*. Tale conflitto ha fatto emergere le evidenti trasformazioni che avevano interessato lo strumento del *judicial review* dal momento della sua affermazione: da strumento "eccezionale" cui ricorrere per censurare forme di abuso manifesto dell'esercizio dei poteri, in particolare legislativo, progressivamente è assurto a risorsa utilizzata finanche per "modellare" la stessa forma di governo[37].

Dalle brevi considerazioni sopra esposte appare evidente come la teoria della costituzione si saldi con la teoria della giustizia costituzionale e con la teoria dell'interpretazione costituzionale, secondo un percorso fluido, dai contorni non sempre linearmente definiti (o definibili), ma forse, proprio per questo, stimolanti lo studio, la riflessione e l'approfondimento[38].

---

[36] Sostanzialmente si tratta di distinguere fra a) "chi" ha il potere di definire il significato ultimo delle disposizioni costituzionali; e b) "come" si deve decidere e dare applicazione a quel significato.

[37] Per una ricostruzione analitica della vicenda vedasi, *ex multis*, S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, il Mulino, Bologna, 2003, p. 72 ss. nonché R. Edsforth, *The New Deal. America's Response to the Great Depression*, Blackwell, Oxford, 2000; M.E. Parrish, *The Great Depression, the New Deal and the American Legal Order*, 59 *Wash. L. Rev.* 723, 1984. Sul punto, diffusamente, *infra*, par. 2.

[38] Il collegamento fra il tema della legittimazione democratica degli organi di giustizia costituzionale con quello dell'interpretazione costituzionale ha avuto uno sviluppo notevolissimo negli Stati Uniti, e in quel contesto è tema inscindibilmente connesso alla concezione del ruolo del giudice costituzionale nel sistema e

In ultima battuta, sono gli stessi giudici costituzionali, attraverso la propria giurisprudenza, ad aver sviluppato tecniche di giudizio in grado di accrescere la "sopportabilità" delle loro decisioni per il sistema politico e funzionali anche a definirne il ruolo nell'architettura costituzionale e a consolidarne l'autorevolezza nella società.

A queste esigenze possono ascriversi vari elementi: si ricordano, a tal proposito, le tecniche di decisione elaborate al fine di rendere in un certo senso "misurabile" il giudizio di ragionevolezza; le tecniche di bilanciamento; o l'attenzione dimostrata per la motivazione delle decisioni e, in generale, per la trasparenza della motivazione, anche con l'uso di opinioni dissenzienti (la cui rilevanza ai fini del consolidamento della legittimità della Corte Suprema degli Stati Uniti è stata fatta oggetto di ampio dibattito in dottrina[39]), il *self-re-*

---

sarà oggetto di specifica trattazione nel par. 2 del presente capitolo. Si tratta di un tema di primaria rilevanza anche nel nostro ordinamento, dove il giudice costituzionale è un organo esterno al circuito della magistratura ordinaria e dove il novero delle decisioni riceve una disciplina costituzionale, anche se ciò, come è noto, non ha impedito alla Corte costituzionale di elaborare raffinate tecniche interpretative che si sono tradotte non tanto in una concettualizzazione astratta (come negli Stati Uniti), quanto nel ricorso a tipi di decisioni funzionali a relazionarsi con i poteri dello Stato, *in primis* il legislatore. Cfr. *ex multis* A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 5 ss.; A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, cit., p. 1 ss.; E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, il Mulino, Bologna, 1996.

[39] Sul ruolo delle *dissenting opinions* quale strumento funzionale ad accrescere l'autorevolezza del giudice costituzionale e a respingere le censure relative alla sua natura antimaggioritaria: cfr. M.V. Tushnet, *I dissent*, Beacon Press, Boston, 2008; P. Linzer, *Dissenting Opinions*, in Aa.Vv., *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, II, Gale, 2008, p. 40 ss.; D.E. Lively, *Foreshadows of the Law, Supreme Court Dissents and Constitutional Development*, Praeger, Westport-London, 1993; R.B. Ginsburg, *Remarks on Writing Separately*, 65 *Wash. L. Rev.* 133, 1990; Id., *Dissent, is an "Appeal" for the Future*, 32 *The Alaska Bar Association* 1, 2008. Per la dottrina italiana si vedano S. Panizza, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1998; R. Romboli, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nei giudizi costituzionali: strumento normativo, aspetti procedurali e ragioni di opportunità*, in A. Anzon (a cura di), *L'opinione dissenziente*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 67 ss.; M. Gorlani, *La* dissenting opinion *nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: un modello importabile in Italia?*, in www.forumcostituzionale.it, 2002; C. Mortati, *Considerazioni sul problema dell'introduzione del* dissent *nelle pronunce della Corte Costituzionale italiana*, in G. Maranini (a cura di), *La giustizia costituzionale: atti di una tavola rotonda organizzata in collaborazione con*

straint giudiziario e la *political question doctrine*[40]. Infine, si ricorda l'elaborazione di tipologie di sentenze in grado di circoscrivere (nel tempo e nello spazio) l'impatto delle decisioni di incostituzionalità.

Preme, tuttavia, rilevare come il ricorso alla concettualizzazione – astratta, prima che concreta – di peculiari tecniche interpretative o di tipi di sentenze dalla natura manipolativa abbia aperto la strada anche a forti critiche nei confronti del giudice costituzionale, poiché attraverso l'uso di tali strumenti esso oltrepasserebbe i confini definiti per il proprio margine di intervento[41].

Con riferimento al nostro ordinamento, infatti, da un lato tale attività ha consentito al giudice costituzionale di relazionarsi con la sfera "politica", vale a dire i poteri dello Stato, *in primis* il legislatore; sotto diverso, ma non meno importante profilo, si è evocata in dubbio la legittimità di tale attività con il quadro normativo vigente. Secondo molti autori i giudici costituzionali spesso farebbero un uso "opportunistico" delle tecniche interpretative o comunque ricorrerebbero a particolari tecniche ermeneutiche al fine di "correggere" l'opera del legislatore o di colmare lacune normative e, più in generale, per relazionarsi con gli altri poteri dello Stato giungendo, finanche a contribuire alla definizione dell'indirizzo politico (in senso lato) del Paese[42].

---

la fondazione A. Olivetti e l'United States Information Service, Vallecchi, Firenze, 1966, p. 169 ss.

[40] Sul punto si rimanda alla trattazione di cui ai capp. III e IV di questo lavoro.

[41] Sul punto, per quel che concerne l'ordinamento statunitense particolarmente critiche sono, a tal proposito le posizioni espresse R.H. Bork, *Il giudice sovrano. Coercing virtue*, Liberilibri, Macerata, 2006; Id., *The Tempting of America: the Political Seduction of the Law*, Macmillan, New York, 1990; Id., *Neutral Principles and some First Amendment Problems*, 47 *Ind. L.J.* 1, 1971, in cui criticò aspramente l'attivismo della *Warren Court* e il suo esser venuta meno all'obiettivo di perseguire i «*neutral principles*» desumibili dall'«*original understanding of the Constitution*». Per una ricostruzione sistematica delle diverse teorie e tecniche interpretative utilizzate dalla Corte Suprema, nella letteratura recente, si vedano, L.H. Bloom Jr, *Methods of interpretation*, Oxford University Press, New York, 2009 nonché W.F. Murphy, J.E. Fleming, S.A. Barber, *American Constitutional Interpretation*, Foundation Press, New York, 2008. Sul collegamento fra teorie dell'interpretazione costituzionale e ruolo del giudice costituzionale cfr. diffusamente, *infra*, par. 2.5.

[42] In tal senso: C. de Fiores, *Corte, Legislatore e indirizzo politico*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi*

A tal riguardo si rileva come non sempre sia agevole rinvenire la volontà del giudice costituzionale di non frustrare il positivo sviluppo della collaborazione tra lo stesso e gli altri poteri dello Stato (specialmente il legislativo), e soprattutto come l'affermazione del diritto giurisprudenziale – che talvolta pare spingersi ad interpretare "creativamente" le leggi – contribuisca ad un progressivo trasferimento del potere di attuazione ed implementazione della Costituzione dai parlamenti ai giudici. Si è affermato, inoltre, come talvolta non paia così remoto il rischio che gli organi di giustizia costituzionale "forzino la mano" al potere legislativo, superando i limiti connessi al proprio ruolo, tendendo a trasformare il controllo di costituzionalità in una sorta di superlegislazione e pregiudicando, di conseguenza, il divieto di sindacato sul merito della legge[43]. Ma, soprattutto, in assenza di precisi *standard* di giudizio, si è rilevato come l'esigenza di non sostituirsi alla discrezionalità legislativa resti affidata al senso di responsabilità dei giudici costituzionali, i quali, però, possono anche essere esposti al duplice rischio di non approfondire a sufficienza il loro sindacato e di cadere in valutazioni prettamente politiche[44].

In questo contesto, a prescindere dalle ipotesi di uso distorto del potere (che rappresentano pur sempre una distonia del sistema costituzionale), le tecniche di interpretazione costituzionale possono essere considerate una vera e propria modalità di azione dialogica e di risposta anche alle eventuali omissioni legislative[45], uno dei modi

---

di decisione politica, cit., p. 181 ss. Ma *contra*: F. Sorrentino, *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., p. 929 ss. Per maggiori approfondimenti si veda il cap. VI del presente lavoro.

[43] Sul punto, *ex multis*, F. Modugno, *L'invalidità della legge*, Giuffrè, Milano, 1970; A. Pizzorusso, G. Volpe, F. Sorrettino, R. Moretti, *Garanzie costituzionali. Art. 134-139*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1981; A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 71 ss.; A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, cit., p. 1 ss.; A. Celotto, *Corte costituzionale ed eccesso di potere legislativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 1995, p. 3724 ss.

[44] L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1995. Sul punto, diffusamente, *infra*, cap. VI del presente lavoro, spec. parr. 3 e 5.

[45] Cfr. C. Salazar, "*Guerra e pace" nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive di principio quali decisioni atte a rimediare alle "omissioni incostituzionali del legislatore*", in A. Ruggeri, G. Silvestri (a cu-

di "ordinario" svolgimento dei testi costituzionali, tanto nell'ordinamento italiano, quanto in quello statunitense[46].

Quasi tutte le diverse tecniche interpretative, inoltre, almeno in linea tendenziale, sono tese a voler individuare il nucleo fondamentale, l'essenza ultima della Costituzione: essenza che verrebbe frustrata, se non addirittura negata dal ricorso ad altri criteri di giudizio. In altre parole, la scelta di una tecnica di giudizio in luogo di un'altra rifletterebbe determinati valori e, in ultimo, la stessa concezione del diritto. Se ciò è estremamente evidente nel contesto statunitense, dove sono state elaborate in via astratta diverse teorie dell'interpretazione costituzionale[47], è altresì vero anche nel contesto nazionale (a partire dalle teorie improntate al positivismo classico, passando per la concezione mortatiana della costituzione materiale e alle più recenti elaborazioni ispirate all'idea di una Costituzione "per valori").

In questo contesto diventa evidente, quindi, il problema che L.H. Tribe ha definito del «*who guarding the guardians*»[48]: ci si de-

---

ra di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, cit., p. 253 ss.; C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro It.*, 9, 1970, p. 154 ss. Sul punto, diffusamente, *infra*, cap. VI del presente lavoro, spec. par. 5. Nella letteratura statunitense, interessanti riflessioni, almeno per quel che concerne i rapporti fra potere legislativo e giudiziario si rinvengono in P. Gerangelos, *The Separation of Powers and Legislative Interference in Judicial Process. Constitutional Principles and Limitations*, Hart Publishing, U.S., 2009, spec. p. 3 ss., 117 ss. e 191 ss. Per considerazioni di carattere generale cfr. anche L.H. Tribe, *American constitutional law*, cit., p. 118 ss. e E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, Wolter Kluwer, U.S., 2011.

[46] La bibliografia, sul punto, è sterminata. Per l'ordinamento italiano si ricordano i recenti lavori di: F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008; G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007; R. Guastini, *Teoria ed ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1, 2006, p. 743 ss.; A. Ruggeri, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, 4, 2006, p. 531 ss. Per la dottrina americana, considerata la imponente produzione scientifica sul punto, ci si limita a richiamare alcuni recenti contributi ricognitivi delle principali posizioni dottrinali e giurisprudenziali: L.H. Jr Bloom, *Methods of Interpretation*, cit., p. 1 ss.; W.F. Murphy, J.E. Fleming, S.A. Barber, *American Constitutional Interpretation*, cit., p. 1 ss.; M. Tushnet, *The Constitution of the United States of America: a Contextual Analysis*, cit., p. 15 ss.

[47] Cfr. *infra*, parr. 2.3., 2.4. e 2.5.

[48] L.H. Tribe, *American constitutional law*, cit., p. 24. Alla domanda di Tribe, P. Pasquino (*Controllo di costituzionalità e democrazia rappresentativa*, cit.,

ve chiedere come le Corti, elementi caratterizzanti il costituzionalismo moderno e operanti come organi di equilibrio e bilanciamento complessivo del sistema, influenzino in maniera assolutamente rilevante la forma di governo degli ordinamenti in cui si trovano ad operare, intendendosi l'accezione forma di governo in senso ampio, quale atteggiarsi del principio di separazione dei poteri, e quindi come assetto dei rapporti tra poteri e soprattutto tra soggetti del circuito dell'indirizzo politico e del circuito delle garanzie (*in primis* la giurisdizione costituzionale)[49].

Il fatto che le Corti e i Tribunali costituzionali rappresentino, in concreto, un elemento di equilibrio dei sistemi giuridici contemporanei, il loro configurarsi quale elemento essenziale del costituzionalismo moderno, renderebbe, secondo autorevole dottrina condivisa da chi scrive, la giustizia costituzionale tendenzialmente autonoma dalla problematica (astratta) inerente la supposta carenza di legittimazione democratica (diretta)[50].

Probabilmente l'elemento veramente dirimente è il fondamento originario che il giudice Marshall aveva identificato nel celebre caso *Marbury v. Madison*[51]: nell'affrontare il difficile tema oggetto di esame è necessario ricorrere alla teoria delle fonti e poggiare sulla supremazia della Costituzione[52] e nei principi in essa contenuti.

---

p. 46 ss.) risponde citando uno scritto di Guido Calogero del 1940 (*Manifesto del liberalsocialismo*): «Chi controlla i controllori? Ma i controllati stessi». Secondo l'Autore, allorché il giudice costituzionale ecceda i suoi poteri «su quella strada troverà a bloccarla la classe politica».

[49] Intendendosi, invece, per forma di governo (in senso stretto) l'assetto dei rapporti tra i soggetti titolari della funzione di indirizzo politico, e in particolare tra governo e parlamento. Così T. Groppi, *La Corte e i poteri*, cit., p. 916 ss. Ma in generale si vedano L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 634 ss.; M. Luciani, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 538 ss. F. Cuocolo, *Forme di Stato e forme di governo*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Utet, Torino, 1991, p. 492 ss.; G.U. Rescigno, *Forme di Stato e forme di governo*, *I) Diritto Costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, 1 ss. (*ad vocem*).

[50] M. Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, cit., p. 1 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 5 ss.; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2009.

[51] [5 U.S. (1 cranch) 137 (1803)].

[52] Cfr. C. Starck, *La legitimitè de la justice constitutionnelle et le principe dèmocratique de majoritè*, in Aa.Vv., *Legitimidade et Legitimação da Justiça Constitucional*, cit., p. 59 ss.

E anche quando ci si appresta a voler valutare la giurisprudenza costituzionale è auspicabile considerare l'interpretazione complessiva che il giudice delle leggi fa del testo costituzionale, considerando non solo (e non tanto) la singola decisione, quanto l'autorevolezza del complesso della giurisprudenza e il suo incidere sulla definizione del contenuto materiale della Costituzione e sul consolidamento della democrazia[53].

Adottando una prospettiva d'insieme, quindi, pare potersi sostenere che a livello concreto i giudici costituzionali forniscono un contributo imprescindibile nel processo di attuazione e implementazione del testo costituzionale e di definizione dei contorni della Costituzione sostanziale di ciascun ordinamento, anche se, almeno per quel che concerne il panorama nazionale, il quadro si complica per l'apporto significativo che in relazione a quest'ultimo aspetto viene dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione e finanche dall'intervento delle Corti sovranazionali.

2. *Il caso statunitense:* judicial review *e teoria costituzionale*

2.1. *Dibattito dottrinale statunitense in merito alla legittimazione della giustizia costituzionale*

Nel tentativo di sistematizzare l'enorme dibattito dottrinale statunitense in merito al tema della legittimazione degli organi di giustizia costituzionale possono individuarsi due macrocategorie. Gli autori statunitensi, infatti, si possono dividere (sebbene si tratti pur sempre di una generalizzazione che va accolta e considerata alla luce di molteplici puntualizzazioni e correttivi) fra coloro che ritengono il modello di giustizia costituzionale come intrinsecamente antidemocratico e antimaggioritario e coloro i quali, invece, intendono

[53] G. Azzariti, *Concezione della democrazia e opinione pubblica: la Corte costituzionale tra conflitti plurali e unità costituzionale*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., p. 879 ss.

conciliare principio democratico e sindacato di costituzionalità delle leggi[54]. Tuttavia, va precisato fin da ora che, alla luce di un'analisi empirica del sistema politico-costituzionale, tale dicotomia «*is greatly exaggerated*» riflettendo due posizioni che muovono da concezioni diverse di democrazia e costituzione, peccando, a volte, di eccessiva astrattezza[55].

La problematica della legittimazione degli organi di giustizia costituzionale si è posta come problematica inerente la legittimazione e i limiti del *judicial review* e quindi il suo studio non può prescindere dalla considerazione del dibattito relativo al ruolo del giudice costituzionale nel sistema e alle teorie dell'interpretazione, poiché è in virtù del ricorso a tali tecniche che egli può intervenire in modo più o meno incisivo sull'ordinamento giuridico ponendosi finanche come creatore di diritto, con tutti i problemi teorici a ciò ricollegabili[56].

Il potere di sindacare la costituzionalità delle leggi, tanto statali quanto federali, si è evoluto e ha influenzato la forma di governo statunitense in maniera graduale, attraverso un processo non sempre lineare o "pacifico", e comunque non agevolmente ricostruibile secondo fasi dalle caratteristiche incontrovertibili, dovendosi confrontare ogni tentativo di periodizzazione con il dato concreto, il contesto storico e le istanze sociali di cui Corte Suprema si è fatta portatrice[57].

---

[54] Cfr. *infra*, parr. 2.3. e 2.4.

[55] L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 307.

[56] Sulla problematica, *ex multis*: A. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, cit., p. 1 ss.; M. Shapiro, *Law and Politics in the Supreme Court*, The Free Press, New York, 1964; nonché, più recentemente R.A. Posner, *Reflection on Judging*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 2013; M.J. Gerhardt, S.M. Griffin, T.D. Rowe Jr, *Constitutional Theory: Arguments and Perspectives*, Lexis Nexis, U.S., 2007; K.E. Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy*, cit., p. 82 ss.; A. Barak, *The Judge in a Democracy*, cit., p. 1 ss.; C. Fried, *Saying What the Law Is: the Constitution in the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 2004; R. Silberman Abella, *The Judicial Role in a Democratic State*, 26 *Queen's L.J.* 573, 2001, K.L. Hall, *Judicial Review and Judicial Power in the Supreme Court*, Routledge, New York, 2000.

[57] Se si vuole comunque tentare una sorta di macroperiodizzazione che dia conto dell'evoluzione storica del sistema costituzionale americano, la dottrina statunitense ha individuato tre grandi fasi. La prima va dal 1789 alla fine della Guerra Civile, la seconda dal 1865 al 1937, la terza dal 1937 ad oggi. cfr. R.G. Mc Closkey, *The American Supreme Court*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010

È innegabile che, a prescindere dalle pur autorevoli posizioni critiche[58], il *judicial review* rappresenti una delle componenti più significative del costituzionalismo americano[59] e, come già efficacemente rilevato da A. de Toqueville, tale istituto si è dimostrato, nel tempo, «una potente barriera eretta nei confronti della tirannia delle assemblee politiche»[60]. La funzione del giudice costituzionale, del resto, è anche quella di garantire il rispetto dei principi costituzionali, eventualmente anche in contrasto con la volontà delle maggioranze politiche contingenti. Come si illustrerà nei paragrafi che seguo-

(1st ed. 1960); S.L. Wasby, *The Supreme Court in the Federal Judicial System*, Nelson Hall, Chicago, 1986. In ciascuna di tali fasi la Corte Suprema si è caratterizzata per aver esercitato le proprie prerogative in modo anche significativamente diverso, affermando gradualmente la propria autorità e la propria capacità istituzionale, imponendosi *de facto* come garante della Costituzione. Infatti, se in una fase iniziale la Corte ha esercitato il *judicial review* con moderazione, in situazioni quasi eccezionali, mossa dalla preoccupazione di attutirne l'impatto sul sistema istituzionale e sull'opinione pubblica, mano a mano che si faceva strada nella cultura costituzionale l'idea che la Corte potesse essere un importante strumento di garanzia della tenuta costituzionale del sistema, i *supreme justices*, specialmente a partire dalla Corte Warren (su cui, cfr. *supra*, nota n. 146, cap. I) hanno reso sempre più incisivo l'esercizio del *judicial review* indirizzandolo anche in ambiti controversi e in relazione ai quali la società si mostrava particolarmente sensibile (cfr. le ipotesi di desegregazione razziale e, in generale di discriminazione razziale, l'aborto, la definizione del sistema di welfare, la definizione dei poteri dei militari in tempo di guerra, la disciplina delle campagne elettorali, ecc.). In ogni caso, a seconda del momento storico e delle condizioni politico-costituzionali contingenti, la Corte Suprema sembra esser stata attenta a non superare certi limiti, in particolare a non adottare decisioni dagli effetti potenzialmente troppo incisivi nell'assetto ordinamentale (in tal senso C.R. Sunstein, *On Case at a Time, Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 2001) anche se non sono mancate le situazioni in cui essa ha agito ponendosi in contrasto, anche netto, con gli altri organi costituzionale (e a proposito ciò che avvenne durante la Presidenza Roosevelt nel periodo del *New Deal* è emblematico. Cfr. sul punto la bibliografia indicata alla nota n. 183 del cap. I del presente lavoro). Per un'analisi storica sul ruolo svolto dalla Corte Suprema nell'evoluzione dell'ordinamento costituzionale statunitense si veda altresì R. Kahn, K.I. Kersch, *The Supreme Court and American Political Development*, University Press of Kansas, Lawrence, 2006. Nella letteratura italiana, su questi temi, diffusamente: G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano, I, II*, cit., 1998, 2000 nonché Id., *Malapportionment, ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1966.

[58] Cfr. ad esempio A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., p. 1 ss. e R.H. Bork, *Il giudice sovrano. Coercing virtue*, cit., p. 7 ss.

[59] L.C. Keith, *The U.S. Supreme Court and the Judicial Review of Congress*, Peter Lang, New York, 2008.

[60] A. de Toqueville, *La democrazia in America*, Utet, Torino, 2007, p. 127.

no, la Corte Suprema è chiamata anche a compensare i deficit del sistema democratico che talvolta si palesano sul terreno della tutela dei diritti fondamentali e a operare quale soggetto che garantisce la tenuta dell'architettura costituzionale degli assetti fra i poteri.

Nonostante l'esercizio del *judicial review* sia stato spesso criticato da quella parte della dottrina[61] che ne ha evidenziato una natura intrinsecamente non democratica, esso rappresenta un elemento di grande dinamismo nei rapporti con le assemblee legislative – sia a livello federale, sia statale – e, più in generale, un elemento che nella storia degli Stati Uniti d'America ha contribuito in maniera determinante allo sviluppo della forma di governo e al consolidamento della democrazia[62].

Il dibattito dottrinale statunitense in merito alla legittimazione della Corte Suprema, quale organo avente l'autorità per esercitare il sindacato di costituzionalità, non ha trovato eguali in alcun paese europeo e vede animarsi da oltre due secoli, sia politologi, sia giuristi[63].

La legittimazione dell'organo di giustizia costituzionale, più che rinvenirsi in elementi esterni quali il consenso popolare (che pure è rilevante e necessario in fase di attuazione e seguito delle decisioni della Corte Suprema), si ricollega al nesso inscindibile fra supremazia (e rigidità) della Costituzione (e quindi teoria della Costituzione) e giustizia costituzionale. In altre parole, il *judicial review* non troverebbe la propria *ratio* giustificativa e legittimante in un elemento "relativo" e mutevole nel tempo quale il consenso pubblico, ma in un elemento dalla matrice assiologica: la Costituzione, «*supreme law of the land*», a carattere rigido, tant'è che alcuni autori si sono spinti sino ad affermare che sono i giudici costituzionali a potersi spingere fino a «*defy popular will*»[64].

---

[61] Cfr. diffusamente *infra*, parr. 2.2., 2.3. e 2.4.

[62] G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, II, cit., p. 31 ss.; ma anche R. Kahn, K.I. Kersch, *The Supreme Court and American Political Development*, cit., p. 15 ss.

[63] T. Kopmans, *Courts and political institutions. A comparative view*, Cambridge University Press, Cambridge, Ma., 2003.

[64] Così, L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 304.; in senso conforme L.M. Tribe, M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, il Mulino, Bologna, 2005.

Nel tentativo di conciliare siffatta visione con il principio democratico, si sono elaborate varie costruzioni teoriche.

L'argomentazione tradizionale si rifà alla posizione del giudice Marshall nel caso *Marbury v. Madison*[65] ove si assumeva quale presupposto che il principio democratico richiedesse in primo luogo che la Costituzione fosse rispettata ed attuata per il solo fatto di essere espressione del principio della sovranità popolare costituente, e che, come tale, si presentava come sovraordinata alla legge e a tutte le altre fonti vigenti nell'ordinamento[66]. Tale impostazione è, pur tuttavia, espressione di un approccio tendenzialmente astratto alla problematica in quanto tiene conto unicamente di una concezione formalistica della sovranità popolare e della sua espressione in sede di esercizio del potere costituente.

Una diversa posizione si muove da un approccio meno astratto assumendo che l'esperienza mostra come le Corti costituzionali possano essere organi in grado di anticipare i cambiamenti dell'opinione pubblica, del sentire popolare e del contesto sociale, prima e in maniera talvolta più efficace degli stessi organi rappresentativi, che parrebbero "funzionalmente" deputati all'attuazione ed implementazione del testo costituzionale[67].

A sostegno di questa concezione vengono richiamati i casi in materia di desegregazione razziale[68], sebbene gli sviluppi della giurisprudenza successivi all'era della Corte Warren (ad esempio relativamente alle c.d. *affirmative actions*) sembrano talvolta sminuire la portata di tale teoria[69].

Non è mancato, poi, chi ha concepito il principio democratico quale adesione del popolo ai valori e principi espressi dalla Costituzione, senza tuttavia che si renda necessaria una condivisione di tut-

---

[65] [5 U.S. (1 cranch) 137 (1803)].

[66] Per una dettagliata ricostruzione delle posizioni del Giudice Marshall nel caso *Marbury v. Madison* si rimanda alla trattazione svolta al cap. I, spec. par. 3.4.2.

[67] A. Cox, *The Role of the Supreme Court*: *Judicial Activism or Self-Restraint?*, 47 *Md. L. Rev.* 118, 1987: secondo tale autore «le radici delle decisioni giudiziali devono già essere nella nazione» (trad. nostra).

[68] Su tutti, *Brown v. Board of Education* [347 U.S. 483 (1954)].

[69] A. Cox, *The Role of the Supreme Court*, cit., p. 118 ss. Per maggiori approfondimenti sull'operato della Corte Warren cfr. *supra*, nota n. 146, cap. I.

te le conseguenze (giuridico-normative) risultanti dall'applicazione concreta di tali principi e valori. Tale concezione, sebbene esprima ciò che talvolta pare di fatto realizzarsi, tuttavia non affronta o, comunque, lascia irrisolto il delicato problema della legittimazione dei giudici costituzionali a desumere principi e valori dal testo costituzionale esercitando il sindacato di costituzionalità sugli atti adottati dalle assemblee rappresentative[70].

È opportuno precisare che il riferimento della dottrina statunitense al *popular will*, quale espressione di sovranità, è elusivo, data l'estrema difficoltà di addivenire ad un'univoca individuazione di quale sia la "volontà popolare" esistente in un preciso momento storico. Gli stessi risultati delle consultazioni elettorali, infatti, esprimono unicamente ciò che pensa la maggioranza del popolo in un certo momento e in relazione ad un determinato programma, ma non sempre manifestano adesione a decisioni assunte dalla maggioranza che opera in seno alle assemblee elettive[71]. In ogni caso, è elemento cardine del sistema rappresentativo quello per cui le opinioni della maggioranza, in Parlamento, corrispondono pressappoco a quelle dell'elettorato. Deve essere presunto, pertanto, che la legislazione recente darà normalmente conto dei sentimenti della maggior parte della popolazione. Va precisato, inoltre, che il collegamento diretto fra *popular will* e decisioni delle assemblee elettive[72], in luogo di quelle giudiziarie, è stata una delle argomentazioni spesso invocate dai giudici conservatori per censurare alcune forme di attivismo giudiziario. Si ricordano, ad esempio, le parole del *justice* Frankfurter in un *dissent* del 1958 reso nell'ambito del caso

---

[70] Per maggiori approfondimenti cfr. parr. 2.2., 2.3. e 2.4.

[71] C.E. Lindblom, E.J. Woodhouse, *The Policy-Making Process*, Englewood Cliffs, New Jersey, 1993.

[72] Sul c.d. *popular constitutionalism* si vedano, fra gli altri, L.D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004; R.C. Post, R.B. Siegel, *Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy*, 92 *Cal. L. Rev.* 1027, 2004. Per una descrizione delle varie declinazioni del *popular constitutionalism* e sulle sue diverse implicazioni in relazione al ruolo del giudice nel sistema costituzionale si veda J.E. Fleming, *Judicial Review Without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously Outside the Courts*, 73 *Fordham L. Rev.* 1377, 2005, spec. pp. 1378-1381. Nella letteratura italiana recente si veda O. Chessa, *I giudici del diritto*, cit., p. 201 ss.

Trop v. Dulles: «*the Constitution has not authorized the judges to sit in judgment on the wisdom of what Congress and the Executive branch do […] that assessment falls to the electorate*»[73].

2.2. *Le linee del dibattito sul* judicial review *dal caso* Marbury v. Madison *all'era* post New Deal*. Formalismo, Anti-formalismo e* Legal process theory

Con il caso *Marbury v. Madison*[74], il giudice Marshall era ricorso allo strumento del *judicial review* cercando di mantenere ben distinti l'ambito di intervento riservato alle scelte politiche e quello riservato al potere giudiziario. Egli aveva giustificato l'intervento della Corte Suprema in termini di supremazia giudiziale rispetto al significato e alla portata applicativa del diritto federale e, soprattutto, costituzionale, muovendo dalla necessità di rendere effettivo il discrimine tra Costituzione e legge e l'ordine giuridico che si fonda su di esso.

La prassi giurisprudenziale mostrava le stesse esitazioni palesate dalla dottrina: era invalsa l'idea dell'utilizzo dello strumento del *judicial review* solo in circostanze di rilevanza eccezionale. Almeno fino agli inizi del XX secolo, la Corte Suprema si mostrava impegnata a definire i contorni del proprio spazio decisionale definendo i rapporti fra diritto costituzionale e legislazione ordinaria. Conseguentemente la riflessione teorica si preoccupava prevalentemente delle questioni strutturali inerenti l'organizzazione dell'ordinamento federale e i rapporti fra i suoi diversi livelli, lambendo solo il *judicial review*, considerato quale potere strumentale all'applicazione del diritto costituzionale e federale. Non era ancora emersa, in dottrina, la consapevolezza della possibile incidenza di tale strumento nella conformazione dei rapporti fra il potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato e, in particolare, essa non aveva acquisito piena

[73] [356 U.S. 86 (1958)]. Sulle posizioni conservatrici del giudice Felix Frankfurter (giudice della Corte Suprema dal 1939 al 1962) e sulla sua influenza della dottrina costituzionalistica successiva si veda anche S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 161 ss.

[74] Su cui diffusamente, *supra*, al cap. I.

contezza delle ricadute del sindacato di costituzionalità sui rapporti fra la sfera della politica e quella del diritto[75].

Alla fine del XIX secolo, grazie soprattutto ad un articolo che J.B. Thayer pubblicò nell'*Harvard Law Review* nel 1893, intitolato *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutionalism*[76], cominciarono a consolidarsi costruzioni teoriche che rilevavano la natura antimaggioritaria della giustizia costituzionale. Le posizioni di Thayer influenzarono grandemente la dottrina costituzionalistica del secolo scorso e, in virtù dell'apprezzamento riscontrato fra alcuni giudici particolarmente influenti, condizionò anche la prassi giurisprudenziale della Corte Suprema[77].

Thayer muoveva da un assunto già condiviso dallo stesso Marshall[78], cioè la necessaria separazione fra le funzioni politiche e le funzioni giudiziarie e, conseguentemente, concepiva il *judicial review* come strumento che non poteva risolversi in un sindacato del merito delle scelte legislative, dovendo esser teso unicamente a censurare le violazioni palesi e manifeste del dato costituzionale, per effetto di una verifica formale della regolarità delle disposizioni legislative. L'autore elaborò, così, la famosa "*rule of clear mistake*" ritenendo che una legge potesse essere dichiarata incostituzionale unicamente «*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*»[79].

Il rispetto di questo canone interpretativo era funzionale, secondo l'autore, a circoscrivere il raggio d'azione del *judicial review*, contenendolo entro limiti che garantissero al legislatore il primato decisionale in merito alle scelte politiche inerenti la determinazione dei contenuti e degli obiettivi dei propri interventi e legittimando l'azione

---

[75] Cfr. *supra*, cap. I.

[76] J.B. Tahyer, *The Origin and Scope of American Doctrine of Constitutional Law*, 3 *Harv. L. Rev.* 129, 1893.

[77] Sul pensiero di Tahyer vedasi: A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., p. 35 ss., nonché, nella letteratura recente, M.J. Gerhardt, S.M. Griffin. T.D. Rowe Jr, *Constitutional Theory: Arguments and Perspectives*, cit., p. 8 ss.

[78] Cfr. le argomentazioni espresse nel caso *M'Culloch v. Maryland* [17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819)].

[79] J.B. Tahyer, *The Origin and Scope of American Doctrine of Constitutional Law*, cit., p. 130.

giudiziale unicamente in presenza della necessità di correggere errori e forzature legislative manifestamente evidenti, che andassero al di là di ogni ragionevole dubbio[80] e solo ove non fosse possibile individuare alcuna plausibile interpretazione conforme alla Costituzione.

Appare qui palese una chiamata teorica alla cautela nel decidere, ad un atteggiamento di *self-restraint*, che si basa sull'idea che la Corte Suprema, esercitando il sindacato di costituzionalità, sia «*the ultimate arbiter of what is rational and permissibile*»[81] senza che, però, essa possa estendere il proprio raggio d'azione fino ad incidere sulle scelte di natura politica.

Il sindacato di costituzionalità era, quindi, concepito come una sorta di "valvola di sicurezza" del sistema costituzionale, da azionarsi unicamente per correggere distonie interne ad esso, forzature evidenti dell'ordinato assetto dei rapporti fra i diversi poteri.

A cavallo fra il XIX e il XX secolo, nella prassi giurisprudenziale

---

[80] La *rule of clear mistake* viene spesso richiamata allorquando si vogliono sostenere costruzioni teoriche inerenti il *judicial review* orientate ad un'ottica prudenziale e di *self-restraint*. L'impostazione teorica propugnata da Thayer ha riscosso notevole fortuna, sia tra gli studiosi, sia tra importanti giudici costituzionali quali Holmes, Brandeis e Frankfurter (su cui diffusamente W. Mendelson, *The Influence of J.B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis and Frankfurter*, 31 *Vand. L. Rev.* 71, 1978) e, più di recente, lo stesso Rehnquist. Giudice della Corte Suprema dal 1972, e *chief justice* dal 1986 al 2005, Rehnquist ha combinato la *rule of clear mistake* con le tesi originaliste propugnate soprattutto da altri due giudici (A. Scalia e C. Thomas) per portare la Corte Suprema verso un atteggiamento teso a legittimare l'operato degli altri organi costituzionali in molti ambiti politicamente sensibili. Per un'analisi della giurisprudenza della Corte Suprema sotto la guida di Rehnquist si vedano, *ex multis* M.V. Tushnet, *A Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, W.W. Norton & Company, New York, 2005; T.M Keck, *The Most Activist Supreme Court in History: The Road to Modern Judicial Conservatorism*, University of Chicago Press, London, 2004. Sull'opzione interpretativa originalista, – che, secondo quanto specificato *supra* – si ricollega al profilo interno del *judicial review* e al *come* il giudice deve decidere i casi sottoposti al suo esame – la letteratura è molto vasta. Si richiama, per una sistematizzazione di carattere generale: W.F. Murphy, J.E. Fleming, S.A. Barber, *American Constitutional Interpretation*, cit., p. 10 ss. La costruzione teorica di A. Scalia, invece, è ben espressa in A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997; A. Scalia, S.G. Calabresi, *Originalism: A Quarter-Century of Debate*, Regnery Publishing, U.S., 2007; A. Scalia, B.A. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, Thompson/West, U.S., 2012.

[81] J.B. Tahyer, *The Origin and Scope of American Doctrine of Constitutional Law*, cit., p. 311.

ziale americana sul sindacato costituzionale delle leggi, la riflessione inerente la determinazione di criteri ordinatori tra i diversi attori del sistema costituzionale si è tradotta nell'alternativa fra impostazioni ispirate alle *teorie formaliste* e impostazioni ispirate dall'*antiformalismo*[82].

La prima prospettiva, che rinviene le proprie radici nelle teorizzazioni di Austin[83], puntava a ricostruire in chiave descrittiva l'"integrità logica" del diritto positivo a partire dalla sequenza di argomenti giudiziali che, nel tempo avevano prodotto e consolidato i suoi principi sul piano applicativo. Si tratta di un approccio che muoveva dall'interno del momento giudiziale per coglierne i principi generali del diritto e ricondurli poi ad uno schema logico astratto.

Questa impostazione rigidamente formalista ha trovato riscontro nella giurisprudenza della Corte Suprema della c.d. *Lochner Era*[84],

---

[82] Il richiamo a tale ordine è il punto focale della riflessione dottrinaria del periodo, orientata alla sistematizzazione del *common law* americano e all'organizzazione concettuale delle sue fonti. Per maggiori approfondimenti cfr. *infra*, nota successiva.

[83] In merito agli approdi teorici della filosofia del diritto in quel periodo si vedano, *ex multis*: M. Lobban, *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600-1900*, in E. Pattaro, C. Roversi (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, VIII, Springer, Dodrecht, 2007, spec. pp. 155 e ss. e 189 ss. Con riferimento ai teorici della concezione formalista, su tutti, Austin e Langdell. Sul formalismo nella cultura giuridica statunitense si vedano anche A.J. Sebok, *Legal Positivism*, in *American Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008; F. Schauer, *Formalism*, 97 *Y.L.J.* 509, 1988. Per un commento al pensiero di questi autori, nella letteratura italiana, M. Barberis, *Giuristi e Filosofi. Una storia della Filosofia del Diritto*, il Mulino, Bologna, 2011.

[84] Era che prende il nome dal caso *Lochner v. New York* [198 U.S. 45 (1905)]. Le valutazioni sulla giurisprudenza della *Lochner Era* sono piuttosto controverse. Per una analisi ricostruttiva della giurisprudenza del periodo e delle dinamiche in essere fra i diversi poteri dello Stato si vedano, su tutti: E.R. Lewis, *History of American Political Thought from the Civil War to the World War*, The Macmillan Company, New York, 1937, spec. p. 101 ss.; P.L. Murphy, *The Constitution in Crisis Times, 1918-1969*, Harper & Row, New York, 1972, spec. p. 18 ss.; L.H. Tribe, *Constitutional Choices*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1986, spec. p. 169 ss. e, nella letteratura recente, D.N. Mayer, *The Myth of "Laissez-Faire Constitutionalism": Liberty of Contract During the Lochner Era*, 36 *Hastings Const. L.Q.* 217, 2009. Una voce critica si rinviene anche in H. Gillman, *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*, Duke University Press, Durham, 1993. Questo autore rifiuta l'uso del *legal formalism* come «*explanatory paradigm*». Egli sostiene, infatti, che «*[t]hat notion, that the judges were rule-bound lawyers who separated law from policy, explains little and is,*

che ha applicato il dato formale delle disposizioni legislative piuttosto meccanicamente, ritenendo le norme come oggettivamente e scientificamente desumibili da esse[85] e ispirandosi ad una concezione del *judicial review* come attività che non dovrebbe ammettere discrezionalità, ma esige fedele aderenza all'"ordine" dei principi decisionali[86].

Il formalismo interpretativo, unito ad un atteggiamento improntato al *laissez-faire* e a legittimare l'azione degli organi costituzionali ebbe l'effetto di valorizzare un ruolo "interventista" per i giudici, i quali «*treated law as frozen*»[87], come se i principi e valori espressi dai testi normativi (anche di rango costituzionale) fossero determinati e determinabili a priori secondo uno schema statico. Così, l'attivismo conservatore della Corte Suprema durante la *Lochner Era* aveva fatto leva sulle istanze del *legal formalism* per trincerarsi dietro l'evidenza testuale delle norme al fine di tutelare un ristretto nucleo di libertà individuali (prima fra tutte quella contrattuale) la cui garanzia "formale" aveva finito per inibirne qualsivoglia limitazione in favore di libertà o interessi di natura diversa[88].

Con l'avvento del XX secolo si registrò uno dei più rilevanti mutamenti nella cultura giuridico-filosofica americana: l'emergere di una logica opposta a quella formalista: quella del realismo e dell'an-

---

in any event, wrong». L'Era Lochner si intende conclusa fra il 1934 e il 1937, con le decisioni, rispettivamente, dei casi *Nebbia v. New York* [291 U.S. 502 (1934)] e *West Coast Hotel Co. V. Parrish* [300 U.S. 379 (1937)].

[85] Tale ottica, improntata ad un rigido formalismo, emerge chiaramente dalla lettura della *majority opinion* del giudice Peckham nel caso Lochner: egli si limitò a "dichiarare" il contenuto della *due process clause*, senza ricostruirlo in via interpretativa, e a prendere atto delle sue implicazioni, senza argomentarle. Sul punto, per maggiori approfondimenti si veda F. Schaurer, *Formalism*, cit., p. 509 ss.

[86] In tal senso D.N. Mayer, *The Myth of "Laissez-Faire Constitutionalism": Liberty of Contract During the Lochner Era*, cit., p. 221. In senso conforme F. Schaurer, *Formalism*, cit., p. 509 ss.

[87] K.L. Hall, P. Karsten, *The Magic Mirror: Law in American History*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 222-223. Nell'opera si descrive il «*laissez-faire constitutionalism*» come una «*combination of "Social Darwinist" laissez-faire ideology and legal formalism empowering "reactionary" appellate judges*». Cfr. anche R.H. Bork, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, Macmillan, New York, 1990. Secondo l'autore il caso Lochner rappresentò un «*unjustifiable assumptions of power by the judiciary*», p. 46.

[88] Cfr. *supra*, nota n. 84.

tiformalismo[89]. Questo mutamento di prospettiva prese l'avvio dal celebre *dissent* del *justice* Holmes nel caso *Lochner*[90]. Nonostante anch'egli avesse riconosciuto che alcuni "principi fondamentali" potessero orientare e guidare i giudici in sede di esercizio del potere di *judicial review*, le sue argomentazioni – in contrasto con gli orientamenti giurisprudenziali fatti propri dalla maggioranza della Corte Suprema e in particolar modo dal giudice Peckham, improntati al formalismo e ad una logica conservatrice – hanno introdotto nella retorica della Corte Suprema rinvii espliciti al realismo giuridico e all'antiformalismo[91]. Holmes sosteneva la necessità di approcciarsi al diritto in chiave realista e pragmatica al fine di poter individuare il significato delle norme non desumendolo da schemi razionali e logici, intrinsecamente astratti, ma a partire dallo scopo al cui perseguimento esse erano preposte e dalle loro ricadute applicative, secondo la nota idea realista per cui «*the first call of a theory of law is that it should fit the facts*»[92]. Si passò, così, ad un modello di giustizia costituzionale in cui cominciarono a trovare spazio considerazioni inerenti le ricadute delle decisioni giuridiche e, più in generale, l'impatto del diritto nel contesto sociale.

L'impostazione realista rappresentò una forma di contrasto alla prassi giurisprudenziale che la Corte Suprema aveva portato avanti fino a quel momento. Si chiedeva alla Corte di rinunciare ad ancorarsi

---

[89] Su questo mutamento di prospettiva si vedano, in generale, H. Hovenkamp, *The Political Economy of Substantive Due Process*, 40 *Stan. L. Rev.* 379, 1988; D.N. Mayer, *The Jurisprudence of Christopher G. Tiedeman: A Study in the Failure of Laissez-Faire Constitutionalism*, 55 *Mo. L. Rev.* 93, 1990.

[90] *Lochner v. New York* [198 U.S. 45 (1905)].

[91] Nella letteratura italiana, su tutti, S. Castignone, M. Ripoli, C. Faralli, *Il diritto come profezia, il realismo americano: antologia di scritti*, Giappichelli, Torino, 1990.

[92] O.W. Holmes, *The Path of the Law and the Common Law*, Kaplan, New York, 2009, p. 209. Secondo questa prospettiva il *common law* non va inteso come un sistema di regole aprioristicamente poste al fine di fornire soluzioni di carattere astratto (a problematiche di natura concreta), al contrario, esso va concepito come il prodotto di pratiche ed interessi sociali, assorbite ed espresse grazie alla mediazione dei giudici. Conseguentemente, è possibile "conoscere" il diritto e i suoi principi generali attraverso l'analisi delle decisioni giudiziali, in una prospettiva che, quindi, si pone come rovesciata rispetto a quella formalista sopra analizzata (sul punto cfr. altresì M. Lobban, *A history of the Philosophy of law in the Common Law World*, cit., spec. p. 212 ss.).

a schemi logici cristallizzati, a ricorrere al mero dato formale per ignorare il merito delle questioni o per apprezzarlo in modo "sterile", non sorreggendo tale apprezzamento con adeguate argomentazioni giuridiche. Si era acquisita la consapevolezza che la "gabbia" del formalismo, aveva finito per avallare l'arbitrio giudiziale e si avvertiva la necessità di un superamento della strategia conservatrice. Infatti, allorché si sono rese evidenti le ricadute dell'esercizio del *judicial review* sugli aspetti sostanziali dell'attività legislativa ed esecutiva[93], in dottrina si è posto il problema teorico del loro inquadramento normativo. Conseguentemente è diventata non più procrastinabile la riflessione sul ruolo che la Corte Suprema può (e deve) svolgere nell'ordinamento, in una prospettiva che contempli il suo essere controparte delle istituzioni politiche.

Questo contesto ha costituito un terreno fertile per l'emersione, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, di un dibattito costituzionalistico che si è approcciato al tema del *judicial review* in una nuova prospettiva. Rispetto alle riflessioni che avevano caratterizzato l'epoca precedente, il confronto teorico si è arricchito inglobando tutti i profili, interno ed esterno, del *judicial review*, valorizzandone le interconnessioni.

Il progressivo affermarsi delle istanze antiformaliste ha riportato alla ribalta[94] riflessioni inerenti la dimensione politica della giustizia costituzionale, le sue relazioni con le istituzioni dello Stato, e le ricadute sociali degli interventi giudiziali.

Il rinvigorirsi del dibattito, peraltro mai del tutto sopito, inerente la determinazione delle relazioni tra diritto e politica ha portato la dottrina costituzionalistica ad interrogarsi sulla possibilità di tracciare una chiara linea di confine tra l'ambito di competenza del potere politico e quello del potere giudiziario.

---

[93] L'azione di sistematica censura della legislazione riformista del *New Deal* aveva, infatti, reso evidente come la Corte Suprema, pur dichiarando formalmente di intervenire a "correggere" unicamente distonie sistemiche rappresentate da azioni del legislatore considerate "errori" manifesti di carattere formale, a livello sostanziale finiva per incidere sulle scelte "di merito" del potere legislativo. Cfr. *supra*, nota n. 37.

[94] Va ricordato che l'esistenza di una "zona grigia" al confine tra diritto e politica, entro la quale al giudice costituzionale era richiesto di muoversi in modo cauto era già nota all'epoca della redazione della Carta costituzionale e presente nella giurisprudenza della *Marshall Court*. Cfr. *supra*, cap. I del presente lavoro.

Fino a quel momento si erano fronteggiati gli approcci formalista e realista e antiformalista, ma, in entrambi i casi, l'elemento che valeva a differenziare le competenze politiche da quelle riservate alla sfera giuridica dipendeva unicamente da come venivano qualificate le questioni costituzionali da decidere. Se secondo l'approccio formalista vi poteva essere una distinzione netta fra politica e diritto – con la pretesa di circoscrivere la sfera d'azione del *judicial review* solo agli aspetti giuridici delle questioni costituzionali – al contrario, nell'ottica realista, nelle questioni costituzionali non era possibile distinguere i due ambiti, stante la necessaria connessione fra le sue sfere.

A partire degli anni Cinquanta del secolo scorso, invece, ha cominciato a farsi strada un diverso movimento teorico che ha introdotto un importante mutamento di prospettiva[95]. Con l'impostazione avanzata dalla c.d. *Legal Process Theory*, da un lato, si è data per assunta la dimensione intrinsecamente politica delle questioni costituzionali – peraltro resa evidente già dall'esperienza del *New Deal* e dalla prospettiva realista –, dall'altro si è comunque considerata la possibilità di poter riuscire ad individuare dei meccanismi in grado di consentire di evitare sovrapposizioni tra potere politico e potere giudiziario sulla gestione delle stesse.

La *Legal Process Theory* muoveva da una prospettiva che, a differenza dell'approccio formalista, non individuava il *discrimen* fra competenze politiche e competenze riservate alla sfera giuridica nel loro diverso campo di intervento, ma nelle diverse modalità di decisione. Assumeva quindi una rilevanza centrale il momento procedurale del *judicial review*, vale a dire l'insieme degli elementi intrinseci

[95] In particolare grazie alle opere di H. Wechsler, H.M. Hart, A.M.A. Sacks e P.B. Kurland. Cfr. H.M. Hart, A.M.A. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, Foundation Press, New York, 1958, ristampa a cura di W.N. Eskridge Jr, Foundation Press, New York, 2001; H. Wechsler, *Toward neutral Principles of Constitutional Law*, 73 *Harv. L. Rev.* 1, 1959; Id., *Principles, Politics and Fundamental Law*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1961; P.B. Kurland, *Equal in Origin and Equal in Title to the Legislative and Executive Brances of the Government*, 78 *Harv. L. Rev.* 143, 1964. Nella letteratura più recente: S.S. Nagel, M.G. Neef, *Decision Theory and the Legal Process*, Lexington Books, U.S., 1979; W.N. Eskridge Jr, P.P. Frickey, *The Making of "The Legal Process"*, 107 *Harv. L. Rev.* 2013, 1994.

che lo distinguono rispetto ai tradizionali processi decisionali di natura politica, e che consentono, in concreto, di mantenere il diritto separato dall'«*ad hoc in politics*»[96].

Nel 1959, H. Wechsler, replicando alle posizioni del Giudice Hand[97] (il quale aveva criticato aspramente l'attivismo *rights-oriented* della *Warren Court*, la cui attività era considerata indebitamente esorbitante le competenze del potere giudiziario e usurpatrice delle prerogative decisionali costituzionalmente riservate al legislatore) pur muovendo da posizioni critiche nei confronti di un certo tipo di attivismo giudiziario, comunque sostenne la legittimazione della Corte Suprema ad esercitare il *judicial review*. Wechsler si rifece alla considerazione secondo cui tale potere risiederebbe implicitamente nella Costituzione[98] e, conseguentemente, lo stesso sarebbe legittimo fin tanto che sia esercitato all'interno dei confini costituzionalmente tracciati.

Da questo momento in poi l'attenzione della costruzione teorica, pertanto, si è spostata verso gli aspetti procedurali, più che sostanziali, del *judicial review*, ponendo le basi della strategia proceduralista.

Secondo la *Legal Process Theory*, il problema della dimensione politica delle questioni costituzionali, soprattutto quando sollevavano questioni di *social policy*, poteva essere superato grazie all'idea che l'attività del giudice potesse, e dovesse, rapportarsi a tali questioni in modo razionale e imparziale al fine di fornire soluzioni neu-

---

[96] In tal senso: B. Friedman, *Symposium: Defining Democracy for the Next Century: Neutral Principles: A Retrospective*, 50 *Vand. L. Rev.* 503, 1997, p. 511.

[97] L'aspra critica mossa dal giudice Hand all'attivismo della Corte Warren in occasione delle *Oliver Wendell Holmes Lectures* presso l'Università di Harvard diede avvio al dibattito sulla qualità dei processi decisionali in sede esercizio del *judicial review*. Secondo Hand la Corte Suprema, considerando la Costituzione un *living document* da leggere ed implementare andando oltre il dato testuale per specificare e fornire piena attuazione ai principi costituzionali, in particolare l'eguaglianza e il *due process*, aveva esorbitato dalle competenze costituzionalmente assegnatale, invadendo l'ambito di intervento riservato al legislatore. L. Hand, *The Bill of Rights* (*The Oliver Wendell Holmes Lectures*), Harvard University Press, Cambrige, Ma., 1958.

[98] In particolare nella *Supremacy Clause* e nell'art. 3 della Costituzione. Va tuttavia precisato che se la *Supremacy Clause* si può agevolmente invocare allorché si voglia esercitare il *judicial review* su atti statali, essa non copre apertamente il potere di dichiarare incostituzionali gli atti dei poteri legislativo ed esecutivo. Per maggiori approfondimenti sul punto S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 189 ss.

trali. Tale impostazione, per quanto affascinante, scontava un limite importante rappresentato dall'idea, criticata da parte della dottrina successiva, della possibile neutralità delle decisioni giudiziarie. Neutralità ritenuta possibile se esito di un processo decisionale basato sul ricorso a principi e tecniche interpretative il cui carattere astratto li avrebbe cristallizzati in parametri di giudizio quasi asettici. Tuttavia, se è vero che questi possono essere declinati in chiave di astrazione da interessi particolaristici, è altrettanto vero che allorquando tale astrazione supera una certa soglia, si interrompe il collegamento indispensabile fra giudizio e il caso ad esso sotteso, e diventa concreto il rischio far venir meno il margine di discrezionalità giudiziale che, se si mantiene entro termini ragionevoli, è pur sempre necessario per poter adattare gli standard decisionali alle questioni di volta in volta sottoposte al giudice[99].

Comunque, al di là di questo limite di fondo, alla *Legal Process Theory* va riconosciuto il merito di aver concentrato l'attenzione degli studiosi sulla dimensione procedurale della giustizia costituzionale, creando le basi per una svolta teorica decisiva, rappresentata dalla teorizzazione bickeliana della *counter-majoritarian difficulty* la quale, come sarà analizzato nel paragrafo successivo, partendo dall'analisi del processi di decisione, ha messo in evidenza i passaggi che li possono rendere razionali e neutrali e, soprattutto, ha analizzato l'impatto degli effetti da essi prodotti.

*2.3. (*segue*):* judicial review *e democrazia. La* counter-majoritarian difficulty

Come si è anticipato nelle pagine precedenti, l'analisi sul fondamento e sulla legittimazione del *judicial review* presuppone di considerare il confronto teorico sulla natura della democrazia americana. Confronto che, nella letteratura statunitense, pare evidenziato in modo illuminante da B. Ackerman[100].

---

[99] A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., spec. pp. 49-65.

[100] B. Akerman, *We the People. Vol. 1. Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1991, pp. 9-16. Si tratta di un tema enorme che meriterebbe un lavoro monografico a sé e che in questa sede non potrà essere trattato che per

Secondo coloro i quali ritengono il *judicial review* intrinsecamente ed irrimediabilmente non compatibile con il principio maggioritario e, quindi, con un certo ideale di democrazia, la natura antimaggioritaria del giudice costituzionale[101] si pone quale dilemma di difficile superabilità[102], se non addirittura irresolubile[103].

Si è visto nel corso del paragrafo precedente che tali tematiche erano già presenti nel dibattito costituzionalistico della fine del XIX secolo, tuttavia è nella seconda metà del secolo scorso che il dibattito sulla natura del *judicial review* e sulla sua compatibilità con il principio democratico ha subito un'importante svolta, giungendo ad toccare un ampio spettro di questioni – investendone il fondamento, i limiti e gli strumenti – grazie al contributo teorico di A. Bickel.

Il merito di Bickel è quello di aver concentrato l'attenzione sul tema del rapporto fra potere politico e potere giudiziario, reimpostando secondo canoni innovativi l'analisi teorica sul sindacato di costituzionalità, specificando e sistematizzando le ragioni del disagio teorico esistente e costringendo il dibattito costituzionalistico ad affrontarle. Egli, pur ritenendo che il *judicial review* fosse una «*deviant institu-*

---

sommi capi al fine di introdurre il tema delle relazioni fra giustizia costituzionale e politica e, in particolare dell'atteggiamento del giudice costituzionale nei confronti delle *political questions.* Si ricorda che secondo A. Lijpart (*Le democrazie contemporanee*, cit., p. 19 ss.) il concetto di democrazia come oggi lo conosciamo e che si è affermato negli Stati Uniti e, in generale, nel contesto occidentale, in larga misura rappresenta il risultato dell'evoluzione di poco più di un secolo.

[101] La dottrina sul punto è sterminata. Per una ricostruzione sistematica della *counter-majoritarian difficulty* e l'evoluzione della sua analisi in sede teorica, cfr., *ex multis*, B. Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, 73 *N.Y.U.L. Rev.* 333, 1988; Id., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Recostruction's Political Court*, 91 *Geo. L.J.* 1 2002; Id., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner*, 76 *N.Y.U.L. Rev.* 1383, 2001; Id., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four, Law's Politics*, 148 *U. Pa. L. Rev.* 971, 2000; Id., *The History of the Countermajoritarian Difficulty*, *Part Five: The Birth of an Academic Obsession*, 112 *Y.L.J.* 153, 2002. Nella letteratura più risalente si vedano, altresì, E. Rostow, *The Democratic Character of Judicial Review*, 66 *Harv. L. Rev.* 193, 1952; R.A. Dahl, *Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 *Journal of Public Law* 279, 1957. Di recente, nella letteratura italiana: O. Chessa, *I giudici e il diritto*, cit., spec. p. 103 ss.

[102] A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., spec. p. 15 ss.

[103] Specialmente per quella parte della dottrina che esprime posizioni fortemente critiche nei confronti del *judicial review*. Cfr., *infra*, in questo par.

tion in the American democracy»[104], ha cercato di costruire una teoria che lo rendesse complementare rispetto alle attività politiche e compatibile con il principio democratico[105], introducendo il concetto di *counter-majoritarian difficulty* e prospettando una possibile giustificazione del sindacato di costituzionalità basata sulla differenziazione dei ruoli svolti dalla Corte Suprema e dal legislatore[106].

Bickel si rifà ad una concezione della democrazia americana caratterizzata dalla rappresentatività su base maggioritaria delle istituzioni di governo e dall'esistenza di un sistema di *checks and balances* che consente il reciproco controllo fra i diversi poteri[107], rilevando che in questo contesto lo strumento del *judicial review* non si connota come mero strumento di vincolo o controllo. Infatti, da un lato, esso non si limita a "neutralizzare" gli effetti di atti normativi illegittimi, dall'altro, non risponde perfettamente alla logica costituzionale secondo cui all'esercizio di ogni potere vi è un contropotere pronto a bilanciarlo poiché gli effetti delle sue decisioni avrebbero carattere definitivo[108].

La specificità del *judicial review* risiederebbe nella compresenza di tali elementi, e più precisamente nel fatto che la sua incidenza

---

[104] A.M. Bickel *The Least Dangerous Branch…*, cit., p. 18.

[105] Secondo l'Autore, infatti «*[d]emocratic government under law – the slogan pulls in two opposed directions, but that does not keep it from being applicable to an operative polity. If it carries the elements of explosion, it doesn't contain a critical mass of them. Yet if the crucial mass is not to be reached, there must be an accommodation, a degree of concord between the diverging elements*». A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., pp. 27-28.

[106] La tesi bickeliana, cioè, al di là del modello di *constitutional adjudication* che fonda, ha avuto un impatto dirompente sulla dottrina del tempo perché ha inquadrato e chiarito una problematica che, sottotraccia, era già al centro del dibattito teorico sul *judicial review*: quella della difficoltà di conciliare gli effetti antimaggioritari del sindacato di costituzionalità con la natura rappresentativa del sistema democratico statunitense.

[107] Cfr. *supra*, cap. I, spec. par. 2.

[108] A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., pp. 17-18. *Contra*, quanto meno in merito al carattere "non assoluto" della definitività delle decisioni della Corte Suprema, cfr. S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 194 ss.; nonché, J.H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, University of Chicago Press, Chicago, 1983. Critico sulla configurabilità quale "contropotere" per il giudice costituzionale: M. Troper, *Le nuove separazioni dei poteri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

su questioni costituzionali non sarebbe limitata dalla possibilità di "contro decisioni". Tale assunto, tuttavia, va meglio circostanziato: poiché se è vero che le decisioni del giudice costituzionale non sono impugnabili o modificabili da parte di un diverso potere dello Stato, è altrettanto vero che esistono vari strumenti, di natura politica, utili a consentire una sorta di dialogo fra i poteri, se non vere e proprie azioni di contrasto[109].

Parallelamente alla concettualizzazione della difficoltà insita nella assenza di una rappresentatività democratica in capo al giudice costituzionale, Bickel, partendo da alcune posizioni già espresse nell'ambito della *Legal Process Theory*, ha valorizzato i profili di differenziazione fra la *constitutional adjudication* e i processi decisionali che si svolgono in sede politica. Egli ha difeso il ruolo della Corte Suprema quale «*educator in enduring social values embodied in the board phrases of the constitution*», rilevando, al contempo, che la legittimazione del *judicial review* dipende in ultima misura dalla capacità della Corte Suprema di utilizzare con accortezza le «*passive virtues*» che la caratterizzano, vale a dire dalla sua capacità di evitare di intervenire in situazioni in cui una decisione su questioni costituzionali non sia assolutamente necessaria, o sia prematura, ricorrendo alle varie tecniche di non decisione di cui i giudici dispongono[110].

Bickel, cioè, ha tentato di costruire un modello teorico in cui gli effetti antimaggioritari del *judicial review* non si producono allorché le modalità di esercizio dello stesso si mantengono entro binari compatibili con l'assetto democratico grazie al ricorso ad una logica prudenziale che, in presenza di determinate condizioni dovrebbe portare il giudice costituzionale alla scelta di non decidere. Quindi, secondo tale impostazione, l'esercizio del sindacato di costituzio-

[109] Si pensi alla possibilità di non dar seguito alle decisioni, ovvero di ri-legiferare, eventualmente anche con legge costituzionale, ovvero ancora alla possibilità di influire sull'attività della Corte modificando le modalità di selezione dei giudici (come tentò di fare il presidente Roosevelt – nella letteratura italiana, sul punto, diffusamente, G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, cit., p. 1 ss.).

[110] A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., spec. pp. 69-71, 111-198. Ma cfr. anche, specialmente per la critica all'attivismo della Corte Warren, Id., *The Supreme Court and the Idea of Progress*, Yale University Press, New Haven-London, 1978 (1st. ed. 1970).

nalità delle leggi può (e finanche deve) diventare compatibile con il sistema democratico americano se il potere giudiziario riesce a valorizzare il proprio isolamento istituzionale e ad adempiere correttamente a quelle funzioni che, secondo l'assetto costituzionale, solo esso può svolgere[111].

Secondo Bickel l'intervento dei giudici, specialmente dei giudici costituzionali – grazie alla loro peculiare attitudine a misurarsi con le questioni di principio – dovrebbe essere funzionale alla risoluzione di queste e alla produzione di effetti a lungo termine, senza entrare nell'agone politico. Egli, rifacendosi, in certa misura, alle posizioni espresse già da Wechsler, ritiene, infatti, che le decisioni giudiziarie debbano individuare un punto di compromesso tra principi ed *expediency* politica per derivare principi suscettibili di applicazione uniforme, flessibili e adattabili al mutare dei contesti in cui si ricorre ad essi. Per questo «*if they cannot find such a principle, they are bound to declare the legislative choice valid. No course is open to them*»: le corti, infatti, «*must act on true principles, capable of unremitting application*», devono, cioè, dischiudere prospettive giudiziali a lungo termine, per rendere duraturi gli esiti delle *prudential* ponderazioni da cui scaturiscono[112].

Uno dei limiti della costruzione bickeliana risiede nel fatto di ritenere che l'esercizio delle *passive virtues*, che la scelta di non decidere, sia una scelta priva di ricadute nell'ordinamento. L'astenersi dal decidere non necessariamente è indice di inerzia e sicuramente non è attività priva di conseguenze. Bickel ha, probabilmente, sottovalutato le notevoli implicazioni politiche connesse all'esercizio delle *passive virtues*: un atteggiamento ingiustificatamente prudenziale, infatti, può non essere indice di un corretto esercizio del potere di *judicial review*, ma, al contrario, della volontà di mantenere l'equilibrio di assetti esistenti, avvallando eventuali distonie sistemiche, potenzialmente vulnerando diritti o interessi e, più in generale, impedendo il progresso dell'ordinamento che, nella costruzione teorica di Bickel le Corti dovrebbero contribuire a determinare.

---

[111] A.M. Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress.*, cit., p. 45.

[112] A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., p. 58, ma, in senso conforme cfr. anche pp. 25-26.

2.4. *(*segue*): i tentativi di superare la* counter-majoritarian difficulty

2.4.1. *Teorie moniste e il* rights fundationalism

Le principali teorie che hanno cercato di conciliare il sindacato di costituzionalità, e il ruolo del giudice costituzionale nell'ordinamento, con il principio democratico partono da una concezione di democrazia non rigida e formalistica, ma elastica o orientata alla integrazione fra il principio rappresentativo e la tutela dei diritti fondamentali.

Molti autori, anche contemporanei, cercando forme di conciliazione fra *judicial review* e principio democratico, continuano ad alimentare il dibattito in materia proponendo una possibile soluzione, che risponde, sostanzialmente, alla loro concezione ultima di Costituzione e democrazia[113]. Come ben evidenziato da B. Ackerman, l'analisi sul fondamento e sulla legittimazione del *judicial review* presuppone di considerare il confronto teorico sulla natura della democrazia americana che ha visto contrapporsi i sostenitori delle teorie c.d. *moniste* e i sostenitori di posizioni definibili *rights-fundationalist*[114].

La prima impostazione trova le proprie radici nell'elaborazione teorica degli albori del diritto costituzionale statunitense e qualifica la democrazia americana in termini essenzialmente rappre-

[113] Si confrontino le posizioni di B. Ackerman, *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, in 93 *Y.L.J.* 1013, 1984; Id., *We the People. Foundations*, cit., p. 1 ss.; R.H. Bork, *Il giudice sovrano. Coercing virtue*, cit., p. 1 ss.; J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, cit., p. 1 ss.; M.V. Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999; Id., *The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis*, cit., p. 1 ss.; Id., *Why the Constitution Matters*, Yale University Press, New Haven-London, 2010; F.I. Michelman, *La democrazia e il potere giudiziario*, Edizioni Dedalo, Bari, 2004; R. Dworkin, *La giustizia in toga*, cit., p. 10 ss.; Id., *I diritti presi sul serio*, cit., p. 1 ss.; J. Waldron *Law and Disagreement*, Oxford University Press, New York, 1999, nonché Id., *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 *Y.L.J.* 1346, 2006. Significativo è anche il lavoro di M.C. Dorf, *The Judiciary and the Popular Will: The Majoritarian Difficulty and Theories of Constitutional Decision Making*, 13 *U. Pa. J. Const. L.* 283, 2010.

[114] B. Ackerman, *We the People. Foundations*, cit., p. 9 ss.

sentativi. Il *judicial review* presenterebbe, così, profili di incompatibilità con il principio democratico: sarebbe un'anomalia istituzionale, un potere da neutralizzare perché affidato a organi (*in primis* la Corte Suprema[115]) che possono decidere questioni costituzionali in assenza di credenziali rappresentative. Va, tuttavia, precisato che non vi è un approccio monista unitario, poiché gli autori che vi si riconducono lo declinano in modo diverso, concependo la democrazia americana ora in chiave meramente maggioritaria, ora in chiave più inclusiva.

Secondo i sostenitori delle teorie c.d. *rights-fundationalist*, invece, la democrazia americana si fonderebbe non solo sul principio rappresentativo, ma anche sulla garanzia e l'implementazione dei diritti fondamentali[116]. Concependo la tutela dei diritti quale elemento caratterizzante un ordinamento democratico verrebbero meno le difficoltà antimaggioritarie poiché il *judicial review* troverebbe il proprio elemento giustificativo nelle funzioni di garanzia che esso è chiamato a svolgere[117]. Se nella prospettiva monista si concepisce un ruolo tendenzialmente ristretto per il giudice costituzionale, al contrario, le teorie *rights-fundationalist* ne propugnano un ruolo molto ampio. Il giudice è considerato una efficace "barriera" al pericolo che maggioranze legislative contingenti vulnerino il contenuto

[115] È ovviamente noto che il sistema di giustizia costituzionale americano è riconducibile al c.d. "modello diffuso", nell'ambito del quale a ciascun giudice è consentito sindacare la costituzionalità delle leggi, salvo il ruolo "principe" riconosciuto alla Corte Suprema che, in quanto vertice del sistema giudiziario e del principio dello *stare decisis*, ha il "diritto all'ultima parola" nelle questioni di costituzionalità.

[116] Secondo B. Ackerman (*We the People. Foundations*, cit., p. 9 ss.) alle posizioni moniste si riconducono le teorie di Ely, Bickel e Parker; mentre all'orientamento *rights-fundationalist* vanno ricondotte principalmente le costruzioni teoriche di Dworkin ed Epstein. Valorizza il collegamento fra democrazia e protezione dei diritti fondamentali anche R. Silberman Abella, *The Judicial Role in a Democratic State*, cit., p. 573 ss., affermando che: «*[t]he most basic of the central concepts we need back in the conversation is that democracy is not – and never was – just about the wishes of the majority. What pumps oxygen no less forcefully through vibrant democratic veins is the protection of rights, through courts, notwithstanding the wishes of the majority*», p. 577.

[117] In questo contesto si può palesare la difficoltà opposta: la difficoltà maggioritaria cui va incontro la normativa (di rango legislativo) che, sul piano della legittimazione, difetta delle credenziali costituzionalistiche di cui invece è dotato il *judicial review.*

indefettibile dei diritti costituzionalmente garantiti e anzi, avrebbe il ruolo di adeguare il dato legislativo ai valori costituzionali che informano l'ordinamento giuridico[118].

Nell'ambito delle teorie moniste, fra gli autori che più hanno contribuito al dibattito costituzionalistico tentando di rendere il *judicial review* compatibile con il modello di democrazia rappresentativa che connoterebbe l'ordinamento statunitense vi è sicuramente J.H. Ely il quale, nel solco dell'elaborazione dottrinaria di Bickel[119], tenta di conciliare l'esercizio del *judicial review* con il principio democratico, da intendersi non in chiave rigidamente maggioritaria, ma in senso inclusivo. Nella celebre opera *Democray and Distrust. A Theory of Judicial Review*, egli ha qualificato come procedurali le condizioni di legittimità del sistema democratico articolando un modello di *constitutional adjudication* «*participation-oriented*» e «*representation-reinforcing*»[120], teso a rafforzare gli assetti procedurali, e quindi i meccanismi rappresentativo-inclusivi che caratterizzerebbero la democrazia americana.

Secondo l'autore, la Costituzione prescriverebbe agli organi costituzionali una libera identificazione dei valori dell'ordinamento, purché attraverso strutture rappresentative e metodologie che effettivamente garantiscano rappresentanza a tutte le istanze. In questo contesto, alla Corte Suprema è consentito di sindacare (e censurare) le scelte legislative ogniqualvolta ciò sia necessario per eliminare ostacoli di natura strutturale o procedurale che sono espressione di un illegittimo uso del potere da parte della maggioranza, in quanto minanti il diritto delle minoranze a partecipare attivamente ed effettivamente al circuito delle decisioni politiche[121]. Ely, cioè, giustifica il *judicial review*, e ne risolve le difficoltà antimaggioritarie, valoriz-

---

[118] L'autore maggiormente rappresentativo di questa posizione è certamente R. Dworkin. Egli, considerando i diritti quali precondizioni di una democrazia concepita in chiave costituzionalistica ha fornito al *rights-fundationalism* i più importanti strumenti di costruzione teorica: dall'idea dei diritti come "asso piglia tutto" alla connessione tra diritto costituzionale e morale politica. Per una analisi del pensiero e delle opere di questo Autore, cfr., *infra*, le pagine successive.

[119] A differenza di Bickel, però, Ely non qualifica la democrazia americana come maggioritaria.

[120] J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, cit., p. 87.

[121] *Ibidem*, p. 73 ss.

zandone le funzioni di garanzia della tenuta procedurale del sistema democratico[122]. La Corte Suprema sarebbe chiamata, così, a «*clear the channels of political change*» ricorrendo al *judicial review* per "sorvegliare" il processo politico ed evitare che le maggioranze si arrocchino in una posizione di chiusura, approvando normative pregiudizievoli o discriminatorie verso le «*discrete and insular minorities*» sistematicamente escluse dai circuiti decisionali[123].

Tale impostazione, pur avendo riscosso molto seguito, è stata anche criticata da quella parte della dottrina che ha rilevato come il far leva sulla protezione delle minoranze non sia un argomento sufficientemente in grado di dar conto della complessità del *judicial review* e delle sue ricadute sugli assetti ordinamentali[124].

Si è rilevato, infatti, che «*the scope of judicial review cannot be read directly from some high-level concern, such as majoritarian tyranny; it turns, rather, on institutional capacities and performances*»[125].

In una prospettiva radicalmente diversa si colloca l'elaborazione teorica di R. Dworkin[126]. Questo autore specifica le condizioni di

---

[122] Questo modello di *adjudication* – in cui la giustizia costituzionale è concepita come supporto ad una democrazia equamente rappresentativa – è stata fonte di ispirazione per successivi orientamenti dottrinali e prassi giurisprudenziali che ne hanno ripreso l'idea di fondo al fine di giustificare il *judicial review* come strumento di garanzia dell'inclusività e della *fairness* procedurale del sistema politico-costituzionale. Sul punto cfr. W.F. Murphy, J.E. Fleming, S.A. Barber, *American Constitutional Interpretation*, cit., spec. p. 280 ss.

[123] J.H. Ely, *Democracy and Distrust*, cit., p. 73 ss.

[124] Si è affermato, infatti che la costruzione di Ely «*shares the stylized and asymmetrical institutionalism that afflicted the legal process school […] particularly Hart and Sacks's legal process account of statutory interpretation*» e «*is hardly a plausible description of what judicial review actually does*». Così, A. Vermuele, *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*, cit., pp. 240-241, ma in senso conforme anche M. Klarman, *What's so Great about Constitutionalism?*, 93 *Nw. U. L. Rev.* 145, 1998. Per una lettura critica del proceduralismo di Ely si veda anche L.H. Tribe, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, 89 *Y.L.J.* 1063, 1980. Secondo questo autore, un limite della costruzione teorica di Ely risiederebbe nel fatto di aver ignorato «*both substantive character of numerous constitutional commitments and the indeterminacy of many supposedly process-oriented protections without underlying substantive theory*». Nella dottrina italiana si veda O. Chessa, *I giudici del diritto*, cit., spec. p. 126 ss.

[125] A. Vermuele, *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*, cit., p. 242.

[126] Fra le sue opere, in particolare si segnalano: R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit.; *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1986;

legittimità del sistema democratico in chiave sostanziale e le fa coincidere con un sistema di valori e diritti costituzionalizzati e sottratti alla disponibilità delle scelte politiche espressione di volontà meramente maggioritarie. Nell'ottica dworkiniana, quindi, la democrazia americana è concepita come democrazia costituzionale il cui fondamento si rinviene nella garanzia un nucleo sostanziale di diritti, in particolare del diritto di ciascuno a vedersi riconosciuti eguale considerazione e rispetto[127].

La visione *rights-fundationalist* del nesso tra democrazia e costituzionalismo porta a non concepire nemmeno il problema dell'esistenza di difficoltà antimaggioritarie perché il *judicial review* è inteso come strumento non solo legittimo, ma addirittura necessario per un'efficace protezione dei diritti e, quindi, della garanzia del carattere democratico dell'ordinamento[128].

Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1997; *Law's Empire*, Hart Publishing, U.S., 2003; *Corte Suprema e garanzie nel trattamento dei terroristi*, in *Quad. cost.*, 4, 2005, p. 905 ss.; *La giustizia in toga*, cit. Per un'analisi della costruzione filosofica di Dworkin e sul suo collegamento con la sfera del diritto, nella letteratura italiana si vedano G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 89-95 nonché S. Bartole, *In margine a "Taking Rights Seriously" di Dworkin*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, X, n. 1, 1980, p. 185 ss. Cfr. altresì K.E. Sullivan, *Law as an Interpretative Concept: A Study of the Legal Philosophy of Ronald Dworkin*, 1988, in http://epublications.marquette.edu/dissertations/AAI8904261. Si veda, altresì, di recente, O. Chessa, *I giudici del diritto*, cit., spec. p. 136 ss.

[127] Rifacendosi all'elaborazione teorica di J. Rawls, Dworkin, nell'opera *I diritti presi sul serio*, ritiene che il *diritto all'equal concern and respect* sia un diritto fondamentale assiomatico, da intendersi come peculiare concezione del diritto di eguaglianza (spec. p. 223 ss.). Secondo Dworkin, da un punto di vista funzionale, i principi rappresentano i valori fondativi dell'ordinamento e ne garantiscono l'unità poiché assurgono a strumento giuridico di tutela di beni primari. Conseguentemente, se i diritti e i principi costituzionali che li tutelano rappresentano il presupposto della comunità politico-democratica, allora devono necessariamente rappresentare un vincolo per la volontà politica espressa da maggioranze contingenti. Sul punto cfr. anche G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, cit., pp. 89-95. Inoltre, nell'opera *A Bill of Rights for Britain* Dworkin, afferma che il *judicial review* non è uno strumento incompatibile con il principio democratico. Al contrario, «*because the true democracy is not just statistical democracy, in which anything a majority or plurality wants is legitimate for that reason, but communal democracy, in which majority decision is legitimate only if it is a majority within a community of equals*», p. 33.

[128] R. Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, cit., pp. 20-21. Si è detto, infatti, che, nell'ottica dworkiniana, la democra-

2.4.2. *(*segue*): la* dualist democracy *e la nuova idea del rapporto fra costituzionalismo e democrazia*

La dottrina costituzionalistica americana ha tratto molte ispirazioni sia dall'elaborazione teorica sia di Ely, sia di Dworkin, per svilupparne o contestarne le risultanze.

Alla base dei modelli proposto da questi due autori, vi è la comune constatazione della presenza di una tensione fra politica democratica (e quindi concezione di democrazia) e garanzie costituzionali. Tensione che Ely risolve orientando tali garanzie verso l'integrità procedurale della democrazia; mentre Dworkin risolve orientando la politica democratica verso l'integrità dei diritti.

In questo articolato quadro si inseriscono le riflessioni di coloro i quali hanno introdotto il concetto di *dualist democracy*, alla cui base vi sarebbe una nuova idea del rapporto tra costituzionalismo e democrazia[129]. La democrazia costituzionale si articolerebbe, al suo interno, in due livelli politici: un primo, definibile di "politica ordinaria", il cui sviluppo è affidato alle istituzioni rappresentative democraticamente elette; un secondo, di vera e propria "politica costituzionale", in cui invece si compiono le scelte inerenti gli assetti fondamentali dell'ordinamento.

---

zia si fonda sul rispetto di un'ampia gamma di diritti che sono precondizioni del processo politico democratico e trovano espressione nei principi della costituzione. In una prospettiva diametralmente opposta rispetto a quella delle costruzioni teoriche sinora esaminate, il *judicial review*, viene qui concepito come un elemento antimaggioritario, imprescindibile strumento di garanzia dei diritti fondamentali e, conseguentemente, anche garanzia della salvaguardia del *rule of the people*. In questo contesto, al giudice delle leggi deve essere riconosciuto un ruolo attivo, che si giustifica in ragione delle funzioni di tutela e garanzia per i diritti fondamentali. La Corte Suprema, pertanto, nel quadro del *moral reading* del testo costituzionale, è il foro dei principi morali che garantiscono i diritti, e, conseguentemente, la stessa democrazia: così, R. Dworkin, *A Matter of Principle*, cit., p. 35 ss. Per un'analisi più approfondita delle posizioni di Dworkin in merito al ruolo del giudice costituzionale nell'ordinamento si rinvia alle considerazioni di cui al par. successivo.

[129] Si fa riferimento al costituzionalismo dualista di B. Ackerman (*We the People*. *Foundations*, cit., p. 3 ss., sebbene la dottrina contemporanea tenda a considerare le sue posizioni come anticipatrici del c.d. *popular constitutionalism*, su cui *supra*, nota n. 72) e a quello proposto da F.I. Michelman (cfr. *infra*, note nn. 134-136). Inoltre, non può non essere ricordata anche la posizione di J. Rawls, che, nell'opera *Political liberalism* (Columbia University Press, New York, 2005 [1st ed. 1993], p. 233), afferma: «*constitutional democracy is dualist*».

Se il primo momento vede nella legge la sua forma ordinaria di svolgimento, il secondo vincola a sé il primo per l'intervento di strumenti deliberativi sovraordinati alla legge[130].

Secondo l'impostazione dualista prospettata da B. Ackerman, spezzando il nesso tra sovranità popolare e legge alla base delle concezioni moniste sopra descritte, è possibile superare le difficoltà antimaggioritarie ponendo la sovranità popolare in relazione con l'esercizio del potere costituente che promana dalla volontà del popolo di ridefinire e trasformare l'ordinamento costituzionale[131]. Distinguendo fra politica costituzionale (nell'ambito della quale il popolo agirebbe in chiave costituente) e politica ordinaria (in cui la sovranità popolare è mediata, venendo declinata in chiave rappresentativa) Ackerman concepisce, quindi, il *judicial review* come strumento che assicura che la volontà del popolo sovrano resti sempre rispettata, anche laddove essa non è espressa direttamente, ma solo in via mediata, con l'intervento dei rappresentanti politici democraticamente eletti[132].

---

[130] In questo quadro, la politica costituzionale può vincolare la politica ordinaria legando la volontà dei rappresentanti politici democraticamente eletti (che operano nell'ambito della seconda) alla volontà popolare (che, invece, si esprime nella prima).

[131] Quindi la *rule of the people* non è da considerarsi vincolata al *rule of law*, ma vi si identifica. Si identifica, cioè, con un governo costituzionale grazie ad un quadro normativo da cui derivano, per la politica ordinaria, vincoli che non minano e mortificano l'autodeterminazione del popolo, ma che, al contrario, ne sono il prodotto. Nell'azione di garanzia di tali vincoli si innesta lo strumento del *judicial review*: al giudice è richiesto di fornire una applicazione del diritto costituzionale (espressione della volontà del popolo sovrano) in senso limitativo di atti normativi che i rappresentanti politici abbiano approvato per garantire o esprimere interessi di parte (per quanto espressione della volontà della maggioranza). L'idea di fondo è che la sfera costituzionale, l'*higher law making*, non possa autolimitarsi, ma debba trovare un vincolo al di fuori di sé, nella sfera della giustizia costituzionale.

[132] La tesi di Ackerman si spiega se si considera che egli ricostruisce la storia americana evidenziando la matrice popolare delle modificazioni costituzionali al fine di rivendicare il mancato esaurimento del potere costituente del popolo sovrano nell'approvazione della Costituzione. Al contrario, la Costituzione garantirebbe quel potere, non lo esaurirebbe. Va rilevato, comunque, che la costruzione teorica di Ackerman sul fondamento del *judicial review* lascia irrisolte alcune questioni: *in primis*, non chiarisce il motivo per cui siano i giudici e non i rappresentanti del popolo a poter (e dover) fungere da garanti per il rispetto di ciò che il popolo stesso può decidere grazie agli strumenti della politica costituzionale (sul punto cfr. J. Waldron, *Review of B. Ackerman "We the People, vol. I, Foundation"*, 90 *The*

2.4.3. *(*segue*): il costituzionalismo deliberativo*

Una diversa la versione del costituzionalismo dualista, invece, a differenza di quanto sostenuto da Ackerman, cerca di trovare un punto di mediazione fra *rule of the people* e *rule of law* non ponendo l'accento sull'eccezionalità del momento costituente, ma sulla regolarità delle forme di partecipazione politica[133].

Il sostenitore di tale concezione è F.I. Michelman, il quale, nella cornice del *costituzionalismo deliberativo*, ritiene che al giudice sia richiesto di svolgere un importante ruolo di mediazione: «è il giudice che deve preservare la corrispondenza tra l'identità (costituzionale), la dignità individuale (la libertà), e le decisioni della maggioranza, sul presupposto che rispettare identità e dignità coincida con il rispettare l'autogoverno»[134].

La costruzione teorica prospettata da Michelman ha fornito un contributo significativo al dibattito statunitense sul nesso fra democrazia, costituzionalismo e giustizia costituzionale, considerando il sindacato di costituzionalità come momento costitutivo della partecipazione pubblica e del pubblico dibattito che legittima quel nesso e lo rende effettivo. L'attività ermeneutica che caratterizza l'esercizio del *judicial review*, cioè, si inserisce nel circuito della comunicazione democratica, contribuendo a rendere concreti, effettivi e operativi, i valori democratici e le garanzie costituzionali[135], sempreché contribuisca entro una dimensione epistemica ampia e inclusiva, ad

---

Journal of Philosophy 149, 1993). Una possibile risposta può essere individuata nella tendenziale sfiducia che Ackerman ripone nei confronti dei circuiti della politica ordinaria, in cui – a differenza che nel circuito politico-costituzionale, ove il coinvolgimento del popolo sovrano rende la politica strumento di autodeterminazione –, il popolo si trova in una posizione "recessiva" rispetto a quella dei suoi rappresentanti, i quali ben potrebbero perseguire interessi prevalenti (e maggioritari) secondo logiche di parte.

[133] Più in generale, sulle possibili implicazioni dell'espressione "democrazia deliberativa" e sulle diverse teorie che ad essa si riconnettono, cfr., su tutti, J. Bohman, *The Coming of Age of Deliberative Democracy*, 6 *J. Polit. Philos.* 400, 1998 e la ricca bibliografia ivi indicata.

[134] In tal senso: G. Bongiovanni, G. Palombella, *Frank I. Michelman e il significato della democrazia costituzionale*, prefazione a F.I. Michelman, *La democrazia e il potere giudiziario*, cit., p. 45.

[135] La Costituzione, infatti, fornisce standard sostanziali in grado di guidare e orientare il pubblico scambio di ragioni, senza, tuttavia, porre vincoli troppo

arricchire il ventaglio delle soluzioni disponibili per la collettività mostrandosi comunque recettivo rispetto alle sollecitazioni che provengono da essa[136]. In questa cornice, il paradigma del costituzionalismo deliberativo proposto da Michelman consente di individuare una relazione biunivoca paritaria fra politica democratica e diritti, senza che vi siano relazioni di precedenza o presupposizione fra di essi[137]. I diritti (garantiti dalle corti) sono necessari alla politica democratica come la politica democratica necessita dei diritti e, conseguentemente, non si pone un'alternativa in termini dicotomici fra scelte del legislatore e scelte dei giudici, ma si richiede la loro necessaria integrazione. Garanzie politiche e garanzie giuridiche non sarebbero alternative o in contrasto, combinandosi ed integrandosi in un sistema armonico.

2.5. *(*segue*): teorie sul* judicial review *e ruolo del giudice costituzionale nella difficile oscillazione fra* judicial restraint *e* judicial activism

2.5.1. *La cornice del problema*

Nel paragrafo introduttivo di questo capitolo si è anticipato che la problematica relativa alla legittimazione democratica della Corte Suprema statunitense è strettamente collegata non solo alla teoria della costituzione, ma anche alle teorie della giustizia costituzionale

stringenti, di modo da lasciare margine per la loro interpretazione e specificazione applicativa.

[136] F.I. Michelman, *La democrazia e il potere giudiziario*, cit., spec. p. 125 ss. Si vedano, altresì. Id., *The Supreme Court, 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government*, in 100 *Harv. L. Rev.* 4, 1986 (ove egli ha caratterizzato il procedimento decisorio interno della Corte Suprema come l'incarnazione della *polis* deliberativa).

[137] F.I. Michelman, *La democrazia e il potere giudiziario*, cit., p. 125 ss.; ma si vedano anche Id., *Justice as Fairness, Legitimacy, and the Question of Judicial Review: A Comment*, 72 *Fordham L. Rev.* 1407, 2004; Id., *IDA's Way: Constructing the Respect-Worthy Governamental System*, 72 *Fordham L. Rev.* 345, 2003, Id., *Human Rights and the Limits of Constitutional Theory*, 13 *Ratio Juris* 63, 2000; Id., *"Protecting the People from Themselves", or How Direct Can Democracy Be*?, 45 *UCLA L. Rev.* 1717, 1998.

e dell'interpretazione costituzionale nel senso che va studiata considerando il ruolo esercitato (o da esercitarsi) in concreto dal giudice costituzionale negli ordinamenti democratici.

Nel contesto statunitense sono state elaborate varie teorie inerenti il ruolo del giudice nell'ordinamento[138] e le migliori tecniche di interpretazione costituzionale funzionali a chiarire le modalità attraverso cui il giudice deve affrontare le questioni costituzionali e soprattutto gli strumenti interpretativi attraverso cui deve risolverle. La rispondenza dell'attività giudiziale ai criteri di cui all'una o all'altra

[138] Lo sviluppo di varie teorie sull'interpretazione costituzionale è fenomeno che si è evoluto a partire dalla affermazione della competenza della Corte Suprema ad effettuare il sindacato di costituzionalità delle leggi con il celeberrimo caso *Marbury v. Madison* del 1803 e ha trovato un parallelo riscontro e fonte di ispirazione nell'elaborazione, da parte degli stessi giudici della Corte, di criteri interpretativi di varia natura cui ricorrere nella soluzione delle diverse questioni sottoposte al loro esame. Lo studio del dibattito statunitense su questi temi appare di enorme interesse per gli studiosi stranieri che si occupano di giustizia costituzionale e del ruolo del giudice costituzionale nel sistema costituzionale, poiché si trovano ad affrontare problematiche simili. Il contesto statunitense è significativo anche perché il panorama dottrinale è influenzato e si arricchisce grazie alla presenza di un sistema giuridico di *common law* in cui il ruolo "attivo" del giudice – anche costituzionale – contribuisce ad una mobilità e vivacità del sistema unici al mondo. L'attivismo giudiziario che ha caratterizzato il sistema statunitense, e il parallelo avvicendarsi di diverse posizioni dottrinali finalizzate all'individuazione della corretta tecnica di interpretazione costituzionale, sono fenomeni che in parte trovano una loro giustificazione nella struttura stessa del testo costituzionale federale. Infatti, si è visto nel cap. I di questo lavoro che la Costituzione approvata a Filadelfia nel 1789 non conteneva un catalogo di diritti fondamentali che operassero quale eterolimite per il legislatore ordinario e anche il *Bill of rights* del 1791 si caratterizza per la presenza di prescrizioni e clausole dalla formulazione alquanto generale, suscettibile di diverse interpretazioni, sia da parte degli organi giudiziari, sia da parte dello stesso legislatore chiamato a darne attuazione. Infine, non esistono, nel sistema statunitense, norme regolanti i criteri di interpretazione e di approccio al testo, sia esso di rango costituzionale o legislativo. Il coesistere di questi elementi ha inevitabilmente portato i giudici, e in particolare la Corte Suprema, in quanto organo giudiziario "di chiusura" del sistema – poiché vertice del sistema giurisdizionale tanto federale quanto statale –, a supplire alla carenza di prescrizioni normative che esplicitamente regolassero varie situazioni giuridiche concrete tramite il ricorso ad una giurisprudenza spesso creativa grazie alla quale hanno trovato riconoscimento molteplici diritti individuali e collettivi privi di una espressa base di ancoraggio costituzionale (per maggiori approfondimenti sul punto, cfr. su tutti, L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 32 ss.; M. Patrono, *Studiando i diritti, il costituzionalismo sul palcoscenico del mondo dalla Magna Charta ai confine del [nostro] tempo*, Giappichelli, Torino, 2009; G.F. Ferrari, *Le libertà. Profili comparatistici*, Giappichelli, Torino, 2011).

di queste teorie (peraltro declinatesi, al loro interno, in molteplici varianti e specificazioni) fa sì che la stessa sia considerata legittima solo se esercitata entro la cornice ritenuta "valida". Pertanto, i margini di ammissibilità e intervento del *judicial review*, oltre che le possibili implicazioni e conseguenze sull'ordinamento giuridico e sui rapporti con i diversi poteri dello Stato e, in particolare del legislatore, dipendono dalle modalità con cui esso è esercitato dai giudici costituzionali.

In questo scenario assume rilevanza il dibattito relativo alle modalità con cui la Corte Suprema si relaziona con la sfera politica: se adotta un atteggiamento di forte attivismo e se si considera come l'unico potere in grado di enucleare il significato ultimo delle disposizioni costituzionali si imporrebbe *de facto* sugli altri poteri (c.d. *judicial supremacy*). Molte sono le posizioni critiche in relazione a tale ipotesi: infatti altro è riconoscere un maggiore (*judicial activism*) o minore (*judicial restraint*) margine di intervento al giudice costituzionale, altro è riconoscergli un potere esclusivo e tendenzialmente incondizionato (*judicial supremacy*)[139].

Lungo tutto l'arco della storia della Corte Suprema, specialmente a fronte di pronunce che si sono caratterizzate per la forte incisività sull'ordinamento giuridico e per l'essersi poste in aperto contrasto con la volontà espressa dal Congresso, è stato più volte censurato l'atteggiamento di attivismo giudiziario e auspicata l'adozione di un più o meno rigido *self-restraint* da parte dei giudici nel procedere al sindacato di costituzionalità delle leggi.

---

[139] Vedasi, *ex multis* L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 302 ss.; Id., *The Invisible Constitution*, Oxford University Press, New York, 2008; S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 187 ss.; K.E. Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy*, cit., p. 16 ss.; R.A. Licht, *Is the Supreme Court the Guardian of the Constitution?*, The AEI Press, Washington, 1993; C. Wolfe, *That Eminent Tribunal. Judicial Supremacy and the Constitution*, Princeton University Press, Princeton, 2004; M.V. Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, cit., p. 6 ss.; J.E. Fleming, *Judicial Review Without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously Outside the Courts*, cit., p. 1377 ss.; M.J. Perry, *The Constitution, The Courts, and Human Rights*, Yale University Press, New Haven-London, 1982; Id., *The Constitution in the Courts*, Oxford University Press, New York, 1994; J. Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 *Y.L.J.* 1346, 2006; Id., *Law and disagreement*, Oxford University Press, New York, 1999; R.H. Bork, *Il giudice sovrano. Coercing virtue*, cit., p. 69 ss.; Id., *The Tempting of America: the Political Seduction of the Law*, Macmillan, New York, 1990.

Al di là delle teorizzazioni sulla natura antimaggioritaria della giustizia costituzionale emerse già alla fine del XIX secolo[140], il dibattito costituzionalistico statunitense ha iniziato a dimostrarsi particolarmente vivace a partire dalla metà del secolo scorso, come reazione all'estremo attivismo della Corte Suprema guidata dal *Chief justice* Warren[141].

Nel corso del paragrafo 2.2. del presente lavoro si è dato conto delle posizioni critiche del giudice L. Hand nei confronti dell'attivismo *rights-oriented* della Corte Suprema[142] e delle posizioni in parte simili espresse da H. Wechsler il quale, nel solco della *Legal Process Theory*, diede origine al tentativo di individuare criteri decisionali che mantenessero l'azione giudiziale entro un ambito di asserita neutralità[143].

Si è visto che il dibattito teorico fu interessato da un importante salto qualitativo con il contributo di A. Bickel, il quale, in merito alla dinamica dei rapporti Corte Suprema – legislatore – governo federale, mutuò molte delle posizioni del giudice Frankfurter (del quale fu allievo).

Il tentativo di Bickel di conciliare il concetto di democrazia cui si ispirava con l'esercizio del *judicial review* trovava una sintesi sicuramente efficace, sebbene non priva di profili problematici, nell'esercizio, da parte del giudice costituzionale, delle c.d. *passive virtues*. Egli attribuiva alla Corte Suprema il ruolo di soggetto istituzionale in grado di contribuire ad implementare lo sviluppo dell'ordinamento e della sua fonte suprema, la Costituzione, senza ammettere,

---

[140] Cfr. *supra*, par. 2.2.

[141] Per un'analisi dell'attività della Corte Suprema sotto la guida del giudice Warren si veda la bibliografia di cui alla nota n. 146 del cap. I del presente lavoro.

[142] Cfr. *supra*, nota n. 97.

[143] Cfr. *supra*, nota n. 95. L'autore abbraccia una posizione leggermente meno rigorosa di quella espressa da Hand. Egli, infatti, ammette che la Corte Suprema possa elaborare nuovi principi argomentando a partire da disposizioni costituzionali che si caratterizzano per la conformazione elastica. Tuttavia tale attività è ritenuta ammissibile unicamente se la Corte opera secondo schemi interpretativi che non implicano scelte di valore potenzialmente non condivisibili. E in ciò sta un importante elemento di criticità della dottrina: il "potenziale innovatore" della giurisprudenza è inibito in radice poiché sono difficilmente configurabili situazioni in cui una decisione possa essere ritenuta espressione di scelte di valore universalmente condivise.

però, che la stessa potesse entrare nell'agone politico, informando la propria giurisprudenza a dei modelli astratti di *judicial review* o di convenienza contingente. Per Bickel il ruolo quasi educativo del giudice costituzionale si realizzerebbe in modo legittimo ed efficace quando esso enunci solo quei principi costituzionali informanti l'ordinamento giuridico che si siano previamente consolidati nella società[144].

2.5.2. *L'apporto delle teorie originaliste*

A partire dagli anni Sessanta, poi, il dibattito sui metodi di interpretazione e applicazione del Testo costituzionale si è arricchito di nuovi elementi con l'elaborazione delle teorie originaliste (o testualiste-originaliste)[145], accomunate dall'obiettivo di individuare il *signi-*

[144] A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., p. 49 ss.; Id., *The Supreme Court, 1960 Term. Foreword the Passive Virtues*, 75 *Harv. L. Rev.* 40, 1961.

[145] La tecnica interpretativa dell'originalismo presenta molti punti di contatto con il c.d. *textualism*, poiché entrambi si prefiggono come obiettivo l'individuazione del significato "reale" delle previsioni costituzionali. Tuttavia, la prospettiva testualista ricerca il significato oggettivo desumibile dal testo, mentre gli originalisti si concentrano sulle fonti originarie da cui far derivare tale significato. L'approccio testualista fonda la propria articolazione concettuale nell'attribuire un rilievo primario al dato letterale del testo costituzionale e si è imposto nell'ambito di quel filone del costituzionalismo americano diretto a valorizzare il dato secondo cui la Costituzione sarebbe innanzitutto un documento scritto (come dichiarato, infatti, dal giudice A. Scalia, «*[t]he text is the law and it is the text that must be observed*», in *A Matter of Interpretation Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997, p. 22). Nonostante i 200 anni di storia e la presenza di alcuni profili di criticità, il testualismo continua a godere di una certa fortuna nel panorama costituzionale americano, sia sotto il profilo del credito che riscuote a livello dottrinale (come analiticamente riportato da M.J. Perry, *The Constitution in the Courts*, Oxford University Press, New York, 1994, p. 29 ss.) sia sotto il profilo dell'accoglienza da parte di molti giudici della Corte Suprema (i maggiori sostenitori dell'approccio testualista furono il giudice Marshall, sebbene egli si sia segnalato per un'adozione non sempre rigorosa e rigida di tale criterio; i giudici Hugo Black, Clarence Thomas e Antonin Scalia. Quest'ultimo, tuttavia, viene considerato, da parte della dottrina, un aderente alle posizioni originaliste in luogo di quelle testualiste). Il metodo testualista si è modulato in diverse varianti interpretative, a seconda del margine di discrezionalità lasciato all'interprete e delle diverse sfumature nell'approccio al testo costituzionale. Nella sua accezione più rigorosa, il testualismo è stato associato ad un certo atteggiamento conservatore e ad una politica di *self-restraint* da parte dei giudici sebbene non ne siano mancate varianti caratte-

ficato originario del testo costituzionale ricercando l'*original intent* dei padri fondatori[146].

---

rizzate da un approccio maggiormente liberale. In primo luogo vi è la corrente che, nel processo tendente a definire la portata normativa di una disposizione costituzionale ha valorizzato la ricerca del *plain meaning* del testo e, comunque, la necessaria perfetta aderenza al dato letterale. Si tratta di una corrente spesso associata anche a quello che viene definito il "*clause-bound textualism*", metodo teso a considerare il testo costituzionale come composto da una serie di disposizioni e clausole più o meno tra loro indipendenti (principale sostenitore di un approccio siffatto è stato H.L. Black il quale, nel suo celebre testo *A Constitutional Faith* [Knopf, New York, 1968], applicando tale teoria al dato letterale del primo emendamento per sostenere la natura assoluta dei diritti da esso riconosciuti, precisò che «*I simply believe that – Congress shall make no law – means Congress shall make No laws*», p. 45). Ulteriore corrente interpretativa è rappresentata dal c.d. *modern textualism* o *contestualismo*, ai sensi del quale il significato del testo costituzionale viene desunto dalla generale struttura del testo. Questa variante interpretativa è stata definita anche "*textual structuralism*", in ragione del fatto che si finalizza l'attività del pratico del diritto all'interpretazione delle varie disposizioni costituzionali come un complesso organico, ovvero come collocate all'interno di un sistema. Simile al concetto appena descritto è anche quello del "*purpositive textualism*": si tratta di un approccio che, sebbene di matrice testualista, propugna una maggior libertà per l'interprete atteso che è teso ad offrire una interpretazione costituzionale teleologicamente orientata, ovvero diretta alla ricerca dei propositi e degli obiettivi stabiliti dalla norma. Variante del testualismo è anche la tecnica interpretativa definita *intratextualism* ed elaborata, dal punto di vista concettuale, da A.R. Amar in un suo celebre saggio pubblicato nel 1999 (*Intratextualism*, 112 *Harv. L. Rev.* 747). Si tratta di un metodo di approccio al testo costituzionale ai sensi del quale al fine di comprendere il significato di un determinato termine o di una espressione è opportuno e necessario analizzare complessivamente l'uso che dei medesimi viene fatto in altre parti del testo: la portata normativa delle singole disposizioni costituzionali viene, cioè, fatta derivare o individuata avendo riguardo a come esse si inseriscono nel sistema costituzionale, finalizzando questo processo ermeneutico alla determinazione di un significato omogeneo ed armonico. La dottrina che provvede a descrivere, valorizzare o criticare l'approccio testualista è sterminata. Su tutti, si vedano, C.K. Dougherty, *Textualism*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, V, Gale 2008, p. 41 ss., J.T. Molot, *The Rise and Fall o Textualism*, 106 *Colum. L. Rev.* 1, 2006; P. Killebrew, *Where Are All The Left-Wing Testualists*?, 86 *N.Y.U.L. Rev.* 1895, 2007. Per maggiori approfondimenti sul punto si vedano anche: W.F. Murphy, J.E. Fleming, S.A. Barber, *American Constitutional Interpretation*, cit., spec. p. 404 ss.; L.H. Bloom, *Methods of interpretation*, cit., p. 1 ss.

[146] L'originalismo non è un filone dottrinario perfettamente omogeneo, infatti a partire dai medesimi presupposti si sono declinate plurime varianti della teoria che portano a concepire margini di intervento diversi per il giudice. Generalmente si distinguono 2 correnti principali: il c.d. *soft originalism* e il c.d. *hard originalism*. Secondo i sostenitori del c.d. *soft originalism* dal testo costituzionale vanno enucleati i termini di raffronto, strumentali alla comprensione delle prescrizioni normative in essa contenute; diversamente i sostenitori del c.d. *hard originalism* orientano

L'approccio originalista, individuando i propri elementi strutturali nella pretesa di una stretta aderenza al testo costituzionale e nel recupero del significato originario attribuito dai *framers*, tende ad esprimere una certa volontà conservatrice funzionale alla salvaguardia degli assetti esistenti e dello *status quo*. Questo rilievo ha trovato un qualche riscontro anche nella realtà atteso che, sebbene il metodo originalista sia stato interessato da fasi alterne, a partire dagli ultimi tre decenni, in virtù anche di una tendenza della Corte orientata verso un approccio di matrice conservatrice, è stato interessato da una nuova stagione di fortunata diffusione nella giurisprudenza della Corte Suprema[147].

---

la loro ricerca non solo per ottenere soluzioni a problematiche di ordine generale, ma anche a singoli specifici problemi. All'interno dell'originalismo sembrano coesistere tre aspetti: in primo luogo si ha una parificazione della Costituzione al testo legislativo atteso che l'individuazione del significato normativo delle disposizioni costituzionali può aversi solo sulla base della lettura del testo e dell'individuazione della volontà originaria dei *framers*. Secondariamente, questa impostazione determina una concezione formalistica del concetto di democrazia e di separazione dei poteri. Infatti è solo il legislatore e non anche il giudice a poter intervenire a modificare od adeguare la portata normativa delle disposizioni costituzionali all'evoluzione della società. Infine, si ha la valorizzazione estrema dell'importanza del valore riconosciuto alla tradizione, intesa come limite alla trasformazione dell'impianto originario articolato dai Costituenti. Per maggiori approfondimenti si vedano: M.S. Flaherty, *Originalism*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, III, Gale, 2008, p. 465 ss. W.F. Murphy, J.E. Fleming, S.A. Barber, *American Constitutional Interpretation*, cit., spec. p. 410 ss.; L.H. Bloom, *Methods of interpretation*, cit., p. 57 ss.; G. Huscroft, B.W. Miller, *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge University Press, Cambridge, Ma., 2011. Un recente tentativo di trovare un punto di mediazione fra *originalism* e *living constitutionalism* è stato proposto da J. Balkin (*Living Originalism*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 2011). Questo Autore ha affrontato alcuni temi centrali del dibattito costituzionalistico statunitense (come il ruolo della storia nell'interpretazione, il mutamento costituzionale, la legittimazione democratica, sia delle corti, sia del sistema politico globalmente inteso) suggerendo una possibile competibilità fra *originalism* e *living constitutionalism*. In particolare, secondo Balkin l'*originalism* deve essere volto a ricercare l'*original meaning* delle norme costituzionali, il significato semantico dei concetti, senza ridursi ad un'analisi dell'*original intent* dei *founding fathers*.

[147] Trovando un seguito particolare fra i giudici Scalia e Thomas. Del primo, in particolare, si ricorda la ricca produzione letteraria che ha contribuito non poco alla definizione dei contorni dell'originalismo e delle sue possibili implicazioni (cfr. *supra*, nota n. 80), il secondo, invece, ha chiarito le proprie posizioni in C. Thomas, *Toward a "Plain Reading" of the Constitution. The Declaration of Independence in Constitutional Interpretation*, 30 *How. L.J.* 983, 1987. Per una lucida critica alle

La peculiare impostazione di metodo che caratterizza i sostenitori dell'originalismo riverbera effetti diretti sulla concezione del ruolo rivestito dalla *Supreme Court.* Secondo la prospettiva originalista il sindacato di costituzionalità delle leggi è ammissibile se funzionale e finalizzato alla individuazione di una griglia di protezione del significato originario del dettato costituzionale. Facendo propria una visione "contrattualista" e formalista della Carta fondamentale, si rigettano, cioè, tutte le teorie che attribuiscono al giudice costituzionale il potere di aggiornare la Costituzione ai mutamenti socio-politici[148].

Uno dei padri dell'originalismo e strenuo contestatore dell'attivismo giudiziario è R.H. Bork (la cui nomina alla Corte Suprema non si perfezionò proprio per le sue idee "integraliste" e conservatrici), il quale, nell'opera *Il giudice sovrano*, critica aspramente l'ingerenza del potere giudiziario nelle competenze del legislativo[149].

Su posizioni simili, sebbene non altrettanto radicali, si collocano anche le teorizzazioni di Berger, Epstein, Monaghan, Scalia e Wolfe[150].

---

posizioni di Scalia cfr. A. Vermuele, *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*, cit., spec. p. 244 ss.

[148] In questo contesto le teorie originaliste limitano la propria indagine alla mera verifica della precedente sussistenza di una loro plausibile protezione e ciò riverbera rilevanti conseguenze in ordine al riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali. Infatti, l'approccio originalista osterebbe all'enucleazione di nuovi diritti nell'ambito del tessuto delle disposizioni costituzionali, non essendo l'adeguamento dell'ordinamento giuridico alle trasformazioni della società e della politica una funzione che possa plasmarsi attraverso l'opera della giurisprudenza. In tal senso D.M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 7 ss.; ma cfr. anche W.F. Murphy, J.E. Fleming, S.A. Barber, *American Constitutional Interpretation*, cit., p. 410 ss.

[149] Si vedano, su tutti, R.H. Bork, *Il giudice sovrano. Coercing virtue*, cit., p. 29 ss.; Id., *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, cit., p. 143 ss.; Id., *Neutral Principles and some First Amendment Problems*, 47 *Ind. L.J.* 1, 1971.

[150] Cfr., *ex multis*, R. Berger, *Government by Judiciary*, cit., p. 10 ss.; Id., *Federalism: the Founders' Design*, University of Oklahoma Press, Norman, 1987; R.A. Epstein, *The Classical Liberal Constitution: The Uncertain Quest for Limited Government*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 2013; H.P. Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, 88 *Colum. L. Rev.* 757, 1988; Id., *Doing Originalism*, 104 *Colum. L. Rev.* 32, 2004; C. Wolfe, *That Eminent Tribunal. Judicial Supremacy and the Constitution*, cit., p. 1 ss. Con riferimento a A. Scalia, invece, si rinvia alla bibliografia indicata *supra*, alla nota n. 80.

Improntate alla valorizzazione di un atteggiamento di *self-restraint*, e alla più generale critica dello strumento del *judicial review*, sono anche le posizioni di Waldron (il quale, a sua volta, riprende alcune teorie già espresse da Tushnet[151]). Infatti, Waldron in molte sue opere ha definito il *judicial review* come «*inappropriate as a mode of final decision making in a free and democratic society*»[152].

2.5.3. *Il* minimalism *di C. Sunstein*

Una posizione peculiare è quella di C. Sunstein, il quale, aderendo alla corrente dei c.d. *minimalisti* (a sua volta parte della più ampia corrente del c.d. *common law constitutionalism*[153]), sostiene la necessità di un atteggiamento di deferenza e *restraint* del potere giudiziario rispetto alle dinamiche dei rapporti fra poteri[154]. Secon-

---

[151] M.V. Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, cit., spec. p. 6 ss. e 154 ss.

[152] J. Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 *Y.L.J.* 1346, 2006, p. 1348. Secondo l'autore, inoltre, il «*judicial review is vulnerable to attack on two fronts. It does not, as is often claimed, provide a way for a society to focus clearly on the real issues at stake when citizens disagree about rights; on the contrary, it distracts them with side-issues about precedent, texts, and interpretation. And it is politically illegitimate, so far as democratic values are concerned: By privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights*», p. 1353. Fra le sue opere si veda anche: Id., *Law and disagreement*, cit., spec. p. 209 ss. e 282 ss., in cui, dopo aver descritto le proprie posizioni in merito al nesso fra *judicial review* e diritti, definisce ciò che considera *Constitutional democracy*.

[153] Su cui, si veda, *ex multis*, A. Vermulele, *Common Law Constitutionalism and the Limits of Reason*, in 107 *Colum. L. Rev.* 1482, 2007.

[154] Fra le principali opere di C.R. Sunstein si segnalano: Id., *The Supreme Court, 1995 Term. Foreword: Leaving Things Undecided*, in *Harv. L. Rev.* 1995; nonché, Id., *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1998; Id., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, New York, 1998; Id., *On Case at a Time, Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 2001; Id., *Are judges political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Brookings Institution Press, Washington DC, 2006; Id., *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, il Mulino, Bologna, 2009. Questo autore, nell'opera *The Partial Constitution* (spec. p. 95) imposta un modello di interpretazione che prescrive ai giudici di desumere il significato delle norme di principio a partire dal contenuto sostanziale

do questo autore, il *judicial minimalism* si realizzerebbe quando le Corti, e in particolar modo la Corte Suprema, si pronunciano «*no more than necessary to justify an outcome*», lasciando «*as much as possible undecided*»[155]. Egli, inoltre, ritiene che spesso il *judicial activism* non sia una modalità di azione "fisiologica" del giudice costituzionale, ma sia ricollegabile alle situazioni in cui a livello istituzionale i processi di decisione politica sono «*defective in some way*»[156].

2.5.4. *Il variegato quadro del* non-interpretivism

I sostenitori di teorie interpretative che non si rifanno alle posizioni originaliste sono espressione di una categoria estremamente variegata in cui i diversi presupposti di partenza portano a concepire e legittimare un ruolo tendenzialmente "attivista" per il giudice costituzionale, specie quando ciò sia ritenuto necessario per la protezione dei diritti costituzionali.

Il *judicial review* è ritenuto compatibile con il principio democratico, o perché quest'ultimo è declinato in modo inclusivo, o perché esso viene tendenzialmente concepito come una combinazione fra principio maggioritario e garanzia dei principi e diritti fondamentali.

Si è visto che, secondo la costruzione teorica prospettata da Ely[157], il giudice costituzionale può contribuire a "rafforzare" l'effettività del principio democratico dando voce anche alle istanze delle minoranze. Conseguentemente, solo se la sua attività resta nell'ambito di questa funzione, il suo interventismo e attivismo possono essere ritenuti legittimi. Ely, infatti, partendo dalle argomentazioni del giudice Stone nella celebre *footnote* n. 4 al caso *United States v. Ca-*

---

minimo della Costituzione e articola il nucleo assiologico della Costituzione americana in uno spettro di valori strutturali e sostanziali che connotano gli assetti del sistema costituzionale in senso deliberativo e specificano anche alcuni obiettivi fondamentali ai quali cittadini e istituzioni devono tendere (fra cui, soprattutto quello dell'eguaglianza politica).

[155] C.R. Sunstein, *The Supreme Court, 1995 Term. Foreword: Leaving Things Undecided*, cit., p. 6.

[156] C.R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, cit., p. 179.

[157] Cfr. *supra*, par. 2.4.

rolene Products Co.[158], ha inteso accogliere una prospettiva che tende a considerare il giudice delle leggi come un attore preposto alla valorizzazione del carattere rappresentativo del processo politico, in grado di vigilare e contrastare le situazioni in cui le dinamiche del sistema politico mostrano di tendere e svilupparsi in modo non conforme alla cornice costituzionale[159].

Egli si è inserito nel dibattito sull'interpretazione costituzionale prendendo le distanze dalle teorie esistenti[160] e concependo il *judicial review* come uno strumento che non deve spingersi ad orientare la democrazia americana verso "valori" specifici[161], ma che la può rafforzare dal punto di vista strutturale. In quest'ottica, un atteggiamento attivista del giudice costituzionale è legittimo allorché sia necessario, come si è visto, «*clear the channels of political change*»[162], al fine di consentire alle minoranze di partecipare effettivamente ai processi decisionali di natura politica, vale a dire, quando sia necessario contrastare azioni lesive di diritti che per loro natura consentono lo svolgimento dei processi politici in senso realmente rappresentativo.

2.5.5. *Le seduzioni del* moral reading

Altro autore sostenitore dell'attivismo giudiziario, specie quando sia necessario apprestare efficace tutela ai diritti fondamentali è R. Dworkin. Il paradigma interpretativo cui si rifà questo autore parte da una concettualizzazione del diritto costituzionale come connesso alla morale e connota in senso assiologico sia la qualità normativa dei principi costituzionali, sia gli argomenti utilizzati per

---

[158] [304 U.S. 144 (1938)].

[159] Dal raggio d'azione della Corte restano esclusi i profili sostanziali dell'assetto democratico e i valori politici su cui questo si fonda, perché la loro specificazione viene riservata alla volontà rappresentativa delle istituzioni politiche. Ely propugna un approccio al *judicial review* che sia «*participation oriented*» e «*representation reinforcing*» (in *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, cit., p. 87).

[160] Da lui definite interpretativiste e non interpretativiste. J.H. Ely, *Democracy and Distrust…*, cit., p. 15 ss.

[161] Per una disamina: W.F. Murphy, J.E. Fleming, S.A. Barber, *American Constitutional Interpretation*, cit., p. 131.

[162] Cfr. *supra*, nota n. 123.

giustificare il *moral reading* della Carta fondamentale. Partendo dalla ben nota distinzione fra concetti e concezioni del diritto, egli sostiene che il giudice sia chiamato a sviluppare i primi tralasciando i secondi, che rappresenterebbero il prodotto di scelte e implicazioni personali[163]. Dworkin, cioè, ha richiamato l'attenzione teorica sulle specificità delle norme costituzionali di principio e sulle loro implicazioni applicative finendo per introdurre nel discorso teorico americano l'alternativa più radicale all'impostazione originalista[164].

Secondo Dworkin l'interprete è chiamato a "scoprire" i principi costituzionali (che preesistono alle decisioni politiche assunte dalla maggioranza) attraverso una pratica interpretativa che è pratica razionale orientata verso la costruzione di concezioni morali "adeguate" e corrette, specificando le condizioni di accettabilità dei suoi esiti[165]. Il *moral reading* del testo costituzionale, che si sviluppa attraverso processi ermeneutici "razionalmente" fondati, porta a ritenere che la presenza di prassi giurisprudenziali che innovino la giurisprudenza costituzionale su certi temi, dando ingresso a "nuovi principi", e ponendosi in eventuale contrasto con le decisioni assunte in sede politica, non minerebbe il principio democratico e l'esercizio della funzione legislativa, poiché tali nuovi indirizzi sarebbero preesistenti nella sostanza del sistema ordinamentale, precondizioni dei processi decisionali democratici.

Comunque la teoria dworkiniana, pur concependo il *judicial review* come strumento che non solo può, ma anche deve prevalere sulla volontà politica maggioritaria, non va intesa nel senso di riconoscere al giudice un illimitato potere decisionale, né tanto meno la facoltà di decidere arbitrariamente. Non si vuole minare l'essenza del carattere rappresentativo della democrazia americana: ai giudici non è consentito di "manipolare" il diritto al fine di assecondare intendimenti personali, per quanto ritenuti rispondenti a *social policies* che l'ordinamento dovrebbe promuovere[166].

---

[163] R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 1 ss. Per un commento, nella letteratura italiana recente: O. Chessa, *I giudici del diritto*, cit., p. 136 ss.

[164] In tal senso: G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*. II. *La Costituzione democratica*, cit., p. 322.

[165] Per un commento: G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 196 ss.

[166] R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., spec. pp. 37-79 e 333-39.

In questo contesto, il giudice costituzionale è investito di un compito particolarmente gravoso. E una delle critiche che, sia gli aderenti alle posizioni originaliste, sia gli aderenti all'impostazione proceduralista, sia sostenitori dell'attivismo giudiziario hanno mosso alla costruzione teorica di Dworkin è quella di aver costruito un modello di *judicial review* in cui ai giudici è consentito di «*practising politics rather than enforcing the law*»[167].

Uno dei profili di debolezza della teoria di Dworkin risiede nel fatto di lasciare un enorme potere al giudice: i principi desumibili dal testo costituzionale sono molti e in potenziale conflitto fra loro[168] e probabilmente i giudici non sono «*well equiped to engage in theoretically ambitious tasks without also believing that political theory is itself problematic or useless*»[169]. Essi infatti, nello svolgere l'attività di *moral reading* del testo costituzionale secondo il modello dworkiniano, possono giungere ad esiti interpretativi e applicativi anche diametralmente opposti. La teoria di Dworkin, cioè, non fornirebbe al giudice chiare e oggettive indicazioni in merito al *method of reasoning* cui essi dovrebbero ricorrere in sede di definizione delle singole questioni[170].

2.5.6. *Una "visione" sistemica": Tribe, Posner, Beatty a confronto*

Favorevole ad un attivismo giudiziario funzionale allo sviluppo del sistema costituzionale è anche L.H. Tribe.

---

[167] D.M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, cit., p. 29, ma cfr., *ex multis*, H.L.H. Hart, *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, 5 *Ga. L. Rev.* 969, 1977; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978; L.D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, cit., p. 1 ss.

[168] Va precisato, comunque, che «Dworkin ritiene che i diversi insiemi o quadri di principi possano in astratto candidarsi alla funzione di «spiegazione-giustificazione» delle norme date, sicché a parità di forza esplicativa della maggior massa di quelle norme, va preferito il quadro che risponde meglio a un ideale morale di giustizia. Questo ideale coincide con un principio supremo di eguaglianza, in base al quale ogni persona ha il diritto ad essere trattata dall'ordinamento giuridico con eguale considerazione (*concern*) e rispetto (*respect*). Così G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, II, *La Costituzione democratica*, cit., p. 322.

[169] In tal senso: A. Vermuele, *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*, cit., p. 243.

[170] Così: D.M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, cit., p. 29.

Questo autore si è discostato sia dalle tesi originaliste, sia dalla teoria dworkiniana, sia dalla concezione di democrazia procedurale patrocinata da Ely, per prospettare un modello di *constitutional adjudication* in cui il giudice, nel decidere un caso concreto, deve porsi in un'ottica sistemica, considerando tutto il testo costituzionale e ogni possibile implicazione o conseguenza della decisione sulla complessiva architettura costituzionale.

Similmente a Bickel, egli considera la giurisprudenza della Corte Suprema veicolo per lo sviluppo dell'ordinamento giuridico, tuttavia, questa posizione non deriva da una impostazione conservatrice, ma, al contrario, dall'analisi, in chiave positiva e progressista, delle innovazioni costituzionali apportate dai *supreme justices* nel corso della storia costituzionale americana[171].

Sostenitore, almeno entro certi limiti, del *judicial activism* è anche R. Posner. Teorico della scuola Chicago che ha dato vita al movimento della *law and economics*, e sostenitore le *legal pragmatism*[172], anche in opere recentissime[173] Posner ha contestato l'impostazione formalista che continua a trovare un certo seguito, sia in dottrina, sia in giurisprudenza, per auspicare un ritorno al *legal realism* grazie al quale il giudice costituzionale, partendo dal fatto, possa considerare le questioni da una prospettiva di ordine sistemico e, conseguentemente, fornire la soluzione ritenuta migliore perché funzionale a garantire la massimizzazione del benessere collettivo.

Questo autore, già negli anni Novanta del secolo scorso, si era augurato che la dottrina cessasse di sforzarsi di sviluppare teorie sull'interpretazione costituzionale e sul "miglior" metodo di *constitutional adjudication*, poiché esse, alla prova dei fatti, si mostra-

---

[171] Specialmente ad opera delle corti Warren e Burger. Cfr. L.H. Tribe, *The Invisible Constitution*, cit., p. 1 ss.; Id., *American Constitutional Law*, cit., p. 23 ss.; Id., *Constitutional Choices*, cit., p. 1 ss.; Id., *A Constitution We are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role*, 97 *Harv. L. Rev.* 433, 1983.

[172] W.F. Murphy, J.E. Fleming, S.A. Barber, *American Constitutional Interpretation*, cit., p. 10 ss.

[173] R.A. Posner, *Reflection on Judging*, cit., p. 1 ss. Egli aveva auspicato che la dottrina cessasse di sforzarsi di sviluppare teorie sull'interpretazione costituzionale e sul "miglior" metodo di *adjudication*, poiché esse si mostravano fallaci nella risposta alle «*pratical demands of judging*» e non in grado di considerare nella giusta misura «*the detail of public policy*».

vano fallaci nella risposta alle «*pratical demands of judging*» e non in grado di considerare nella giusta misura «*the details of public policy*»[174].

Posizioni simili a quelle di Posner, almeno per quel che concerne il rifiuto di molte delle teorie della costituzione e dell'interpretazione costituzionale elaborate negli Stati Uniti – ritenute inadeguate a fornire una spiegazione soddisfacente del modo in cui è esercitata (o va esercitata) l'attività di *judicial review* – è D.M. Beatty[175]. Secondo l'autore il difetto delle varie concezioni dottrinarie risiederebbe nell'astrattezza, nel voler definire modelli teorici da "calare dall'alto" nel sistema costituzionale vivente, pretendendo che questo in qualche modo vi si conformi. Egli, consapevole del fatto che ai giudici costituzionali è richiesto di confrontarsi con questioni in cui il *discrimen* fra diritto, politica e morale non è sempre chiaro, sostiene che il modo migliore per costruire una teoria costituzionale sia utilizzare un metodo induttivo che consideri le modalità con cui in concreto i giudici costituzionali esercitano il *judicial review*. Richiamandosi alla *common law methodology*, Beatty afferma che «*[t]he great genius of this ancient legal tradition is its pursuit of theory and overarching principles from the bottom up*» e considera tale approccio una soddisfacente risposta alla tensione che esiste fra concezioni della democrazia che si limitano a valorizzare la sovranità popolare, criteri rappresentativi, ed esercizio del sindacato di costituzionalità. Si è proposto, così, un radicale mutamento di prospettiva: se le dottrine tradizionali si relazionavano con il *judicial review* (condannandolo o giustificandolo) a partire dalle concezioni di Costituzione o democrazia accolte, secondo il suo modello, è opportuno «*drowing out […] implication for democracy*» solo all'esito delle decisioni, valutando *ex post* il contributo giudiziale allo sviluppo della democrazia[176].

---

[174] R.A. Posner, *Against Constitutional Theory*, 73 *N.Y.U. L. Rev.* 1, 1998, p. 7. In precedenza le posizioni antiformaliste di Posner erano state ben declinate anche in: Id., *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1993; Id., *What Has Pragmatism to Offer Law?*, 63 *S. Cal. L. Rev.* 1653, 1990.

[175] D.M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, cit., spec. cap. I.

[176] *Ibidem*, p. 34.

2.5.7. *Qualche osservazione conclusiva*

Da questo articolato contesto teorico, che si è cercato di tratteggiare in alcune sue linee essenziali per evidenziare le relazioni che non possono non sussistere fra giustizia costituzionale e politica, si evince che a fronte di posizioni fortemente critiche nei confronti del *judicial review* o di alcune modalità di esercizio dello stesso, non sono mancate posizioni tese a valorizzare l'indubbio ruolo che la Corte Suprema americana ha avuto e continua ad avere nell'architettura costituzionale del Paese. Non manca, poi, chi si spinge oltre e considera l'azione dei giudici costituzionali come un aspetto essenziale di ogni ordinamento giuridico democratico e il *judicial review* una componente fondamentale del principio di indipendenza dei giudici, percependolo come un elemento indispensabile e funzionale alla preservazione del sistema democratico, un elemento di equilibrio della forma di governo, imprescindibile affinché si possa apprestare una efficace protezione dei diritti fondamentali contro l'esercizio arbitrario del potere da parte degli attori politici e sociali[177].

[177] Su tutti, E. Chemerinsky, il quale considera il giudice costituzionale il *final interpreter of the Constitution* (Id., *Constitutional Law. Principles and Policies*, cit., p. 31 ss.) e, conseguentemente, il suo ruolo e l'esercizio del *judicial review*, non in contrasto con il principio democratico, ma anzi, necessario alla sua implementazione: cfr. Id., *Interpreting the Constitution*, Preager, 1987; Id., *The Price of Asking the Wrong Question: an Essay on Constitutional Scholarship and Judicial Review*, 62 *Tex. L. Rev.* 1207, 1984 In quest'ultimo lavoro l'autore afferma che «*[…] this inquiry into the legitimacy of judicial review is futile and dangerous. The inquiry is futile because, if democracy is defined to require that all value choices be made by electorally accountable officials, then noninterpretative judicial review by definition is not acceptable in a democracy. The inquiry is dangerous because it accepts the conservative critics' definition of democracy and thereby legitimize their premise that judicial review is unjustified unless it is made consistent with majority rule. The inevitable failure to reconcile on interpretative Court review with this definition of democracy undermines the legitimacy of countless Supreme Court decisions […]. The real question for debate is how much discretion the Court should have in interpreting the meaning of the Constitution. […]. The debate about the proper scope of judicial discretion must focus on the purposes the Constitution should serve in society and the values the constitution should protect*», pp. 1209-1210 e 1261. Un grande sostenitore dell'attivismo giudiziario è anche M.J. Perry, il quale sostiene che il *constitutional policy making* della Corte Suprema, al fine di leggere in chiave estensiva le disposizioni del *Bill of Rights* vada sicuramente giustificato. Cfr. M.J. Perry, *The Constitution, The Courts, and Human Rights*, cit., spec. p. 91 ss. e Id., *The Constitution in the Courts*, cit., spec. pp. 15 ss. e 192 ss.

3. *La Corte costituzionale italiana e il dibattito dottrinale in tema di legittimazione dell'organo di giustizia costituzionale: un'introduzione*

Anche il nostro ordinamento si è caratterizzato per un vivace dibattito in merito alla natura apparentemente non democratica dell'organo che esercita il sindacato di costituzionalità delle leggi, sebbene, come è noto, a differenza di quanto avvenuto nell'ordinamento statunitense, in Italia si tratta di una competenza che la Costituzione annovera espressamente fra le funzioni proprie del giudice delle leggi.

Dall'approvazione della Carta fondamentale, e dall'inizio dei lavori della Corte costituzionale, sono molti gli autori che si sono posti il problema di fornire una giustificazione alla carenza di legittimazione democratica dell'organo di giustizia costituzionale: e volendo tentare una sistematizzazione delle posizioni espresse, si può sostenere che siano due le principali linee di pensiero, innestandosi su queste alcune posizioni mediane o trasversali.

Una prima impostazione è rivolta principalmente alla ricerca di elementi etero-legittimanti l'azione della Corte costituzionale, vale a dire esterni ad essa e al suo operare (quali ad esempio il consenso sociale, o i valori superiori – metademocratici e metagiuridici – che il giudice costituzionale persegue)[178].

Un diverso orientamento, invece, si pone secondo un'ottica che si potrebbe definire funzionale e strutturale: così come solleva il problema della mancanza di legittimazione democratica della giustizia costituzionale, allo stesso modo sembra quasi annullarlo, rifiutarlo addirittura, trovando nella stessa essenza di giudice costituzionale, nella sua intrinseca autorevolezza e nel ruolo in concreto assunto nel quadro dell'architettura costituzionale, la ragion d'essere di organo non democraticamente eletto[179].

---

[178] Per una ricostruzione della tematica si vedano: A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 5 ss. e la dottrina ivi citata; nonché E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, il Mulino, Bologna, 1996.

[179] Cfr. V. Crisafulli, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*,

Infine, come si è detto, non mancano alcune posizioni mediane, che provano variamente a risolvere il problema della carenza di legittimazione democratica dell'organo di giustizia costituzionale invocando elementi, sia endogeni, sia esogeni, alle attività e funzioni da esso svolte e facendo riferimento agli scopi cui sarebbe preposto[180].

Secondo autorevole dottrina «non si può ignorare il dato della natura apparentemente non democratica, anzi di fisiologico "contraltare alla democrazia" delle funzioni svolte dalle corti che – a differenza di quanto forse taluno vorrebbe – sono un necessario limite costituzionale nei confronti della democrazia maggioritaria pura»[181], svolgendo sempre le Corti una funzione imprescindibile nel processo dialettico con i poteri dello Stato e, in particolare, con il legislatore.

Parrebbe, così, un dato tendenzialmente condiviso, nel quadro del dibattito dottrinale italiano, la consapevolezza che nessun modello di giustizia costituzionale può astrattamente configurarsi come pienamente e pacificamente conforme, o comunque compatibile, con il principio democratico (declinato secondo l'accezione formale classica), atteso che la Corte costituzionale non è un organo rappresentativo[182]. A tal proposito si è segnalato come, anche se il sindacato di costituzionalità fosse configurato diversamente, cioè secondo un modello diffuso – con conseguente attribuzione a ogni giudice ordinario del potere di sindacare la costituzionalità delle leggi –, non per questo l'antinomia sarebbe evitata, essendosi osservato che «non è forse l'intero sistema della giurisdizione estraneo al principio democratico? Non è forse quello dei giudici (di qualsiasi giudice) un potere privo di legittimazione democratica ed irresponsabile?»[183]. Tuttavia, l'antinomia in parola, pur essendo propria di tutte le costi-

---

Giuffrè, Milano, 1977, p. 130 ss.; Id., *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, il Mulino, Bologna, 1984 (1 ed. 1978), p. 69 ss.; M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984.

[180] C. Mezzanotte, *Corte Costituzionale e legittimazione politica*, Giuffrè, Milano, 1984; ma anche: G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2009.

[181] In tal senso G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 97; Id., *Principi e voti*, Einaudi, Torino, 2005; Id., *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 335 ss.

[182] Si veda la c.d. "teoria realista" espressa da V. Crisafulli., *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, cit., p. 69 ss.

[183] *Ibidem*, p. 73.

tuzioni liberal-democratiche, si risolverebbe in una contraddizione solo apparente o comunque superabile.

Si è sostenuto, infatti, che «in realtà se osserviamo le cose serenamente la giustizia costituzionale non tanto rappresenta un'antinomia quanto piuttosto un'alterazione dello schema democratico-parlamentare, ma un'alterazione intenzionalmente posta in essere dai costituenti in funzione di un preciso disegno politico, nel quale si esprime al più alto livello quella componente liberale e quindi garantista che qualifica il regime democratico costituzionalmente adottato. Bisogna riconoscere, infatti, che la mancanza di legittimazione democratica che si riscontra nella nostra Corte costituzionale è inevitabile ed anzi in qualche misura necessaria per assicurare l'effettiva estraneità del controllore rispetto ai controllati.

Se le assemblee legislative e la Corte costituzionale derivassero ugualmente dall'investitura popolare, e tanto più se quest'ultima fosse diretta ed esclusiva emanazione di quelle, si realizzerebbe bensì un alto grado di omogeneità politica e quasi un *continuum* tra i due poteri, ma a prezzo di affievolimento del controllo che finirebbe per assomigliare ad un autocontrollo»[184].

La Corte costituzionale diventerebbe così, a livello fattuale, un elemento di equilibrio del sistema, la cui attività, sebbene non ritenuta compatibile, dal punto teorico, con il principio democratico-maggioritario, in via di fatto rappresenterebbe un elemento imprescindibile per la democraticità dell'ordinamento, caratterizzando e definendo l'essenza stessa della nostra forma di governo.

Sul punto sono assai efficaci e sempre attuali le parole di Cappelletti. Egli, a fondamento della legittimazione delle Corti costituzionali, ha sottolineato come la nozione di democrazia non possa essere ridotta ad una semplice idea maggioritaria, trattandosi di concetto che «significa anche partecipazione; e significa tolleranza e libertà». Anzi, secondo la sua visione, «un giudiziario ragionevolmente indipendente dagli estri, magari momentanei, della maggioranza, può dare un grande contributo alla democrazia; e molto può ad essa contribuire un giudiziario sufficientemente attivo, dinamico e creativo, sì da esser capace di assicurare vuoi la preservazione di

[184] *Ibidem*, pp. 73-74.

un sistema di *checks and balances* di fronte alle cresciute branche politiche, e vuoi anche adeguati controlli nei confronti di quegli altri centri – non governativi o quasi governativi – di potere, che sono così tipici delle nostre società contemporanee»[185].

Altra dottrina ha, poi, valorizzato il fatto che i rapporti fra giustizia costituzionale e assemblee rappresentative sono definiti secondo una visione organicistica e antivolontaristica della Costituzione: vi sarebbe una interpretazione del testo costituzionale in termini di prevalenza rispetto al potere legislativo, esercitando la Corte costituzionale un ruolo di garanzia, indirizzo e guida nei confronti del legislatore[186].

Inoltre, il ricorso da parte della Corte costituzionale a modalità di interpretazione sistematica fondate essenzialmente sulla tecnica della ponderazione e bilanciamento dei principi e valori costituzionali consentirebbe di avvertire che: «attraverso un'opera apparentemente ermeneutica, l'organo di garanzia tenderebbe a trasformarsi, […] in potere costituente in seduta permanente, il custode della costituzione si trasfigura in realtà […] in moderatore dei conflitti sociali»[187].

Si è altresì sostenuto che la dilatazione e la creazione di strumenti operativi, aventi carattere non soltanto decisorio, e l'uso discrezionale che ne fa l'organo di giustizia costituzionale, costituirebbero indici rivelatori della natura anche politica del controllo di costituzionalità e della collateralità/complementarietà del ruolo della Corte costituzionale rispetto al potere legislativo, atteso che nulla «toglie che essa abbia e non possa non manifestare una sua valenza politico-legislativa» esprimendo «il suo ruolo politico di mediatrice degli interessi sostanziali e di moderatrice dei conflitti»[188].

Secondo tale impostazione, Corte costituzionale e legislatore sa-

---

[185] M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, cit., pp. 95-96.

[186] F. Modugno, *Corte Costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, Bologna, 1982, p. 19 ss.

[187] L. Mezzetti, *La giustizia costituzionale: storia, modelli, teoria*, cit., p. 171 ss.; F. Modugno, *Corte Costituzionale e potere legislativo*, cit., p. 19 ss.; C. Mezzanotte, *Corte Costituzionale e legittimazione politica*, cit., p. 69 ss.

[188] L. Mezzetti, *La giustizia costituzionale: storia, modelli, teoria*, cit., pp. 171-172; F. Modugno, *Corte Costituzionale e potere legislativo*, cit., p. 19 ss.; ma

rebbero organi che congiuntamente si trovano a dare concretezza e svolgimento al testo costituzionale, tuttavia non sono mancate voci critiche sul punto. Si è sostenuto, infatti, che «la Costituzione sarebbe, insomma, non un vincolo esterno, che pone limiti insuperabili, ma si manifesta indifferente rispetto a ciò che si svolge all'interno, bensì una forza interna, animatrice di tutta quanta l'attività legislativa […] il ruolo vero della Corte sarebbe, dunque di partecipare al processo rivolto a rendere effettiva tale forza interna, in un processo che, come è chiaro, non ha nulla di giurisdizionale, se non ci si fa ingannare dalle nude ed illusorie apparenze, ma ha tutto di politico, nel senso almeno in cui è politica l'attuazione della Costituzione»[189].

La dottrina sopra citata, riconducibile al novero della visione contrattualistica-volontaristica degli accennati rapporti, nel tratteggiare le possibili forme di coinvolgimento della Corte costituzionale nell'esercizio di funzioni proprie o collegate al potere legislativo, distingue fra la produzione immediata di regole di diritto non legislativo (Corte legislatore) attraverso sentenze-legge e la partecipazione al processo legislativo (Corte co-legislatore) attraverso sentenze indirizzo[190].

È stato osservato che «il controllo di costituzionalità, con tutto ciò che presuppone e comporta, è un limite, quanto al principio su cui si fonda, e quanto al contenuto della sua azione, al principio maggioritario. In una Costituzione non monistica, che accoglie in sé diversi principi ispiratori, l'organo investito della funzione di controllo non partecipa conseguentemente di un fondamento analogo di quello degli organi politicamente attivi ove si esprime la maggioranza»[191].

Tale dottrina ritiene che non sussistano ragioni istituzionali positive che giustifichino una compressione della sfera discrezionale del legislatore da parte dell'organo di giustizia costituzionale, considerando legittime solo quelle forme di indirizzo al legislatore con-

---

cfr. anche A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Giuffrè, Milano, 2000.

189 Cfr. G. Zagrebelsky, *La Corte Costituzionale e il legislatore*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 103 ss., spec. p. 150; Id., *La giustizia costituzionale*, cit., p. 38 ss.

190 *Ibidem*, p. 103 ss.

191 *Ibidem*, p. 103 ss.

sistenti nell'affermazione ed esplicitazione di obblighi direttamente derivanti dalla Costituzione.

È stata, infatti, sottolineata la fondamentalità della «distinzione netta tra il ruolo degli organi di produzione legislativa e il ruolo del giudice di costituzionalità, con il conseguente apprezzamento delle diversità di organizzazione, nei due casi, come espressione di un'irriducibile diversità di funzioni: l'una quella legislativa, libera sul piano giuridico-costituzionale, fino al punto in cui non incontra il limite della Costituzione; l'altra, vincolata e posta là dove sta il limite di compatibilità con la costituzione di tutte le possibili politiche che l'attuale quadro costituzionale è idoneo a recepire»[192].

Si è, poi, ulteriormente considerato che «tale visione non entra in rotta di collisione con l'accentuato carattere programmatico della Costituzione italiana e risulta, anzi, funzionale al recupero almeno parziale, nell'ambito dello Stato sociale di diritto, delle caratteristiche di certezza, stabilità e obiettività del diritto che l'impatto dello Stato sociale interventista aveva contribuito ad erodere pericolosamente»[193].

In questo contesto si è auspicata «la creazione di una nuova istanza, legata a valori più stabili, che possa recuperare, su un piano non solo formale ma anche sostanziale, le caratteristiche di obiettività della legge, travolte in misura crescente dalle esigenze dello Stato sociale interventista. In quest'ottica, si ritiene facilmente giustificabile la scelta a favore di una configurazione giurisdizionale e non politica dell'organo di garanzia costituzionale e così pure il collegamento del controllo di costituzionalità delle leggi con l'esercizio della funzione giurisdizionale comune e quindi con la garanzia delle posizioni soggettive che neppure le esigenze di intervento sociale dell'epoca attuale consentono di sacrificare»[194].

La Corte costituzionale, pertanto, dovrebbe attenersi ai valori costituzionali e renderli oggetto di interpretazione animata da coscienza storica, senza per questo esorbitare dal proprio ambito di intervento costituzionalmente definito.

---

[192] *Ibidem*, pp. 150-151.

[193] L. Mezzetti, *La giustizia costituzionale: storia, modelli, teoria*, cit., p. 1 ss.

[194] G. Zagrebelsky, *La Corte Costituzionale e il legislatore*, cit., p. 154.

In relazione a ciò, si è argomentato che «la corte può mostrare nei fatti la specificità e l'essenzialità della funzione […] una funzione di richiamo a valori di insieme tanto più importante quanto maggiore è la tendenza della funzione politica in senso stretto a disperdersi in decisioni mediatrici caso per caso, in cui è difficile scorgere l'esistenza di un qualsiasi progetto»[195].

Una Corte, quindi, come soggetto che opera in funzione di integrazione e di unità[196]: soggetto chiamato a tenere unita la comunità politico-sociale in virtù di principi assiologicamente orientati, che trovano espressione nel testo costituzionale. Non, quindi, una Corte "antimaggioritaria" (oppositrice) o "maggioritaria" (fiancheggiatrice del potere politico), bensì una Corte che opera come "contropotere", vincolata unicamente allo scopo di preservare l'unità costituzionale[197].

A parere di chi scrive, quindi, il problema della legittimazione democratica delle Corti è un problema che non può essere affrontato unicamente secondo una prospettiva teorica astratta, poiché le apparenti antinomie che emergono a livello di concettualizzazione dogmatica paiono porsi con minor evidenza se si osserva, secondo il prisma della giurisprudenza costituzionale, il contributo e il ruolo dei giudici costituzionali alla definizione dell'architettura costituzionale.

Il rapporto costantemente attivo fra momento della politica e momento della giurisdizione, lungi dal minare la legittimità del giudice costituzionale, rappresenta una connotazione strutturale di tutti i sistemi di giustizia costituzionale. Così, se essi nascono dal diverso dosaggio storico di questi due momenti, si può definire efficace quel sistema che, in concreto, nel farsi continuo dell'ordinamento, «riesce ad individuare un giusto punto di equilibrio in grado di evitare tanto la "politicizzazione" della giurisdizione che la "giurisdizionalizzazione" della politica»[198].

Quindi, se «è certo che tutte le Corti costituzionali parlano alla sfera politica con il linguaggio dei giudici e parlano alla sfera giu-

---

[195] *Ibidem*, pp. 155-156.

[196] G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., spec. p. 377 ss., nonché G. Azzariti, *Concezione della democrazia e opinione pubblica: la Corte costituzionale tra conflitti plurali e unità costituzionale*, cit., p. 879 ss.

[197] G. Azzariti, *Concezione della democrazia e opinione pubblica…*, cit., p. 879 ss.

[198] E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 31.

diziaria prospettando i valori che emergono dal tessuto sociale mediante la politica»[199], il loro porsi su una linea di confine fra diritto e politica, implica la sostanziale ineliminabile ambiguità delle tecniche proprie della giustizia costituzionale.

In questo contesto, assumerebbe importanza primaria (e legittimante) il funzionamento "pragmatico" del modello di giustizia costituzionale italiano: le motivazioni delle decisioni dei giudici costituzionali, ancorate alle norme e ai principi costituzionali, la rinuncia a mediazioni che competono agli altri poteri dello Stato, la rinuncia a voler blandire il mutevole corso dell'opinione pubblica, l'ancoraggio delle decisioni a motivazioni giuridicamente stringenti e giustificate, al testo costituzionale e ai suoi valori[200].

4. *Alcune riflessioni d'insieme: parallelismi fra Italia e Stati Uniti*

Per concludere e trarre le fila di quanto argomentato sinora, nonostante il quadro qui tracciato del dibattito nazionale e statunitense in merito alle teorie sulla giustizia costituzionale e sull'interpretazione costituzionale non dia conto in modo analitico di tutte le varianti e implicazioni, esso comunque permette di prospettare alcune valutazioni critiche.

Sebbene i sistemi giuridici statunitense e italiano siano profon-

[199] *Ibidem*, p. 32. L'autore prosegue precisando che «la legittimazione di un organo di giustizia costituzionale trova anche la sua spiegazione, sul piano sostanziale, nella storia e nella cultura giuridica di un determinato paese, in elementi che risultano legati all'accumulazione giurisprudenziale, all'autorevolezza dei precedenti, alla trasparenza degli argomenti addotti a sostegno delle pronunce, che, per la materia trattata, devono poter trovare una rispondenza nel senso comune che si esprime attraverso i comportamenti della collettività. Il fatto è che l'opinione pubblica che accetta una norma costituzionale come regola fondamentale non può non sostenere anche l'azione dell'organo che tale norma è chiamato a rendere viva e operante, almeno fino a quando tale azione si presenti in sintonia con l'idea di costituzione che la collettività avverte come necessaria ai fini della stabilità istituzionale e della convivenza pacifica».

[200] Sul punto, cfr.: F. Sorrentino, *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., p. 929 ss., ma in senso sostanzialmente conforme G. Azzariti, *Concezione della democrazia e opinione pubblica: la Corte costituzionale tra conflitti plurali e unità costituzionale*, cit., p. 879 ss.

damente diversi fra loro, nondimeno sussistono alcune similitudini e parallelismi la cui valorizzazione è utile al fine di comprendere meglio le complesse relazioni fra giustizia costituzionale e politica.

In entrambi i sistemi vi è una continua tensione fra la sfera della giustizia costituzionale e quella della politica[201]. Tensione che si ritiene naturale, connaturata all'essenza stessa di un sistema democratico e, come tale, da valorizzare.

Il limite di molte delle teorie descritte nel corso dei paragrafi precedenti è quello di muovere da modelli ideali di Costituzione e democrazia, cui si tenta di far corrispondere un modello ideale di giustizia costituzionale da ritenersi compatibile o meno con il principio democratico a seconda dei presupposti concettuali di partenza. Tuttavia, come ben evidenziato da L.H. Tribe, con argomentazioni che sono condivisibili anche al di fuori del contesto statunitense, le dissertazioni inerenti la legittimazione del *judicial review* sono, in ultima battuta metagiuridiche-filosofiche, storiche e, in senso ampio, politiche[202] – e, pertanto, non completamente inquadrabili secondo parametri e criteri interpretativi propri del diritto.

Inoltre, pare opportuno ricordare un dato intuitivamente evidente, ma non per questo meno significativo: nell'ambito dei sistemi di giustizia costituzionale esiste una reale (e imprescindibile) differenziazione tra controllori e controllati e, dunque, la legittimazione costituzionale dell'organo incaricato di garantire la Costituzione non dovrebbe potersi contestare per la mancanza di un collegamento diretto con il popolo (sovrano) attraverso le procedure elettorali.

Infatti, se è vero che ponendosi in una prospettiva meramente teorica ed astratta, non solo la Corte Suprema e la Corte costituzionale

---

[201] Si concorda con quella dottrina, infatti, che, in relazione alla tensione fra Corti e poteri dello Stato ha affermato che «*[i]f court's ruling were always satisfactory to the other branches, it woud raise suspiction that the court was not properly fulfilling its role in the democracy. Thus, criticism if the court's rulings is proper and benefits the court itself, for this criticism helps to guard the guardians. Indeed, the constant tension between the judicial branch and the other branches stems from their distinct roles. […] The legislative viewpoint is political; the judicial viewpoint is a legal one. Other branches seek to attain efficiency; the Courts seek to attain legality*». Così A. Barak, *The Judge in a Democracy*, cit., p. 216. Sulla "tensione" si veda, altresì R.A. Dahl, *How Democratic is the American Constitution*, Yale University Press, New Haven-London, 2001.

[202] L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., pp. 24-28.

italiana non godono di alcuna investitura popolare diretta ma, anzi, in entrambi i casi le modalità di scelta dei loro componenti sono di natura politica (USA) o parzialmente politica (Italia); tuttavia, è altrettanto vero che, se si eccettuano alcuni casi limite, nel complesso e in concreto, tali organi operano come imprescindibili garanti del principio democratico, consentendo e garantendo il pluralismo all'interno dell'ordinamento, nonché inserendosi "in positivo", sia nella dinamica maggioranza parlamentare – opposizione, sia nell'ambito della definizione dei rapporti fra i diversi poteri dello Stato.

La legittimazione dell'organo di giustizia costituzionale andrebbe, quindi, riferita alle funzioni da svolgere e si concorda con chi ha affermato che «per essere servi e custodi della Costituzione bisogna essere giuridicamente diversificati da chi è chiamato ad approvare le leggi. Le legittimazioni, dunque, debbono essere *secundum quid*; esse non possono paragonarsi che in relazione alla medesima funzione ed al suo esercizio»[203].

I giudici costituzionali possono infatti «dare un loro importante contributo alla generale rappresentatività del sistema» offrendo accesso «al *judicial process* – e dare, quindi, una protezione, a gruppi che non sono invece in grado di ottenere accesso al *political process*»; rappresentando, cioè, un arricchimento delle garanzie pluralistiche proprie di ogni ordinamento democratico[204].

Inoltre, i rischi di "contaminazione" politica dei membri della

---

[203] L. Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 517.

[204] M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, cit., p. 88. Sul punto, per la dottrina americana, cfr. M. Shapiro, *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Englewood Cliffs, Pretient Hall, N.J., 1966. In merito al possibile rapporto fra giudici costituzionali e "opinione pubblica", si ritiene doveroso suggerire come sia opportuno che l'azione della giustizia costituzionale sia insensibile alle manifestazioni di immediato consenso o dissenso espresse dalla società, anche se è pur vero che i giudici non operano in una sfera impermeabile alle istanze della società civile, anzi, spesso si mostrano più attenti e pronti della politica a coglierne le varie sfumature. Si ritiene ci si debba accostare al concetto di "coscienza sociale" con una grande cautela: se è inevitabile che in alcuni casi le argomentazioni del giudice delle leggi siano riconducibili anche a criteri metalegali di decisione, il criterio del consenso sociale non si dovrebbe considerare un elemento di legittimazione del giudice costituzionale, non rientrando nella sua funzione quella di ritenersi portavoce, in qualche modo, della coscienza sociale (spesso, peraltro, dagli umori volubili). Un ruolo di questo tipo, cioè quasi di un maieuta, non sembra plausibile nelle moderne (frammentate e pluraliste) società in cui viviamo. Trattasi, inoltre, di criterio co-

Corte costituzionale o dei membri della Corte Suprema, sebbene talvolta paventati, non paiono, poi, così concreti.

Per quanto riguarda il nostro Paese, a livello generale e in un'ottica diacronica, la Corte muta abbastanza frequentemente la propria composizione interna, cosicché non pare forte il rischio che decisioni "politicizzate", eventualmente frutto di (remote) distonie del sistema, si cristallizzino e rimangano immutate nel tempo, sussistendo, al contrario, una costante relazione con il legislatore e gli altri poteri, un rapporto in continuo divenire che, nonostante le frizioni possibili, non può che essere positivo in un'ottica di complessiva implementazione della democraticità dell'ordinamento. Analogamente, negli Stati Uniti, la previsione della permanenza in carica dei giudici della Corte Suprema «*during good behaviour*», vale ad evitare che le forze politiche possano "condizionare" l'intera composizione della Corte e, conseguentemente, influenzarla politicamente[205].

Infine, si condividono le argomentazioni di chi ha affrontato il tema della legittimazione democratica del giudice costituzionale non considerando un unico elemento, ma offrendo una visione complessiva degli aspetti che contribuiscono a fondare (in concreto, oltre che in una prospettiva astratta) la legittimazione ed azione dell'organo di giustizia costituzionale nel sistema, dando conto di tutti gli elementi che coesistono e che, operando complessivamente, garantiscono la democraticità dell'ordinamento[206].

Tale dottrina, riferendosi al sistema di giustizia costituzionale italiano, considera la Corte costituzionale un elemento indispensabile, specialmente in quanto privo di legittimazione democratica diretta, poiché solo in tal modo è in grado di garantire l'equilibrio fra il polo della sovranità popolare e quello della supremazia assiologica della Costituzione. I giudici costituzionali sono soggetti che, in quanto non eletti direttamente dal popolo, possono agire nell'interesse generale del popolo, a

---

munque non risolutivo: le decisioni non potrebbero mai dar conto di tutte le istanze che animano la società civile.

[205] Sui rapporti fra il tema della legittimazione democratica e le procedure di nomina dei giudici costituzionali non si dirà in questa sede, tuttavia, il tema è rilevante e si rimanda alla bibliografia indicata, *supra*, alla nota n. 28 oltre che, per quel che concerne l'ordinamento statunitense, a K.T. McGuire, *New Directions in Judicial Politics*, Routlege, New York, 2012.

[206] A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 10 ss.

prescindere dalle possibili pressioni legate a situazioni contingenti. Inoltre, l'esecuzione delle decisioni costituzionali non è di dominio del giudice costituzionale e, comunque, il potere legislativo rimane libero di dar seguito o meno alle sue decisioni e finanche di opporvisi, eventualmente anche attraverso l'esercizio del potere di revisione costituzionale.

Similmente, negli Stati Uniti, il paradigma deliberativo, valorizzando il *judicial reiview* come momento costruttivo del pubblico dibattito che legittima il nesso tra democrazia e costituzionalismo, ha fornito un contributo importante alla teoria costituzionale e alla teoria sulla giustizia costituzionale, rendendo effettivo quel nesso e legittimando l'azione della Corte Suprema. Il tema della (carenza) di legittimazione democratica del giudice costituzionale si è, infatti, declinato secondo nuove linee argomentative che, muovendo dall'analisi empirica delle prassi giurisprudenziali e dalla considerazione degli importanti esiti che queste hanno raggiunto, riconoscono al giudice costituzionale la capacità di fornire un apporto fondamentale alla garanzia dei diritti così come all'eguaglianza politica. Si è, quindi, proposto un concreto superamento della problematica, valorizzando in chiave normativa il ruolo del giudice delle leggi quale attore fondamentale del processo democratico-costituzionale.

Peraltro, la storia della giurisprudenza costituzionale, sia statunitense sia nazionale, fa emergere chiaramente le criticità ed i limiti insiti nelle costruzioni teoriche che puntano a risolvere le problematiche connesse all'esercizio del *judicial review* facendo leva unicamente o sulla politica democratica o sulla protezione dei diritti e principi fondamentali. L'unica soluzione che pare soddisfacente è quella orientata ad implementare concezioni pluraliste tese a implementare ed integrare la tutela dei principi e diritti fondamentali con i processi politici.

Ed infatti, le prassi giurisprudenziali, sia della Corte Suprema americana, sia della Corte costituzionale italiana, se globalmente considerate, mostrano come le due corti siano molto attive sul fronte del rafforzamento delle garanzie costituzionali dei diritti, senza tralasciare, però, il versante del rafforzamento dell'assetto rappresentativo del sistema politico.

La continua tensione fra il giudice costituzionale e gli altri poteri dello Stato è vitale per la democraticità dell'ordinamento poiché ne consente la realizzazione attraverso l'integrazione fra prospettiva

politica – espressa dai poteri dello Stato, *in primis*, il legislatore – e prospettiva giuridica – propria dei giudici, i quali sono ben consapevoli di tale tensione, ne considerano le implicazioni e, pur ponendosi formalmente al di fuori dell'agone politico, contribuiscono a determinare i contorni della forma di governo.

Per quel che concerne l'Italia, la Corte costituzionale, sia nella definizione dei propri rapporti con il potere legislativo – in particolare tratteggiando i contorni della sfera riservata alla discrezionalità di quest'ultimo – sia nella definizione dei conflitti di attribuzione fra i diversi poteri dello Stato, ha consentito di implementare la democraticità dell'ordinamento, consentendo l'attuazione e la protezione del testo costituzionale, anche eventualmente supplendo a carenze della politica[207].

Negli Stati Uniti, la giurisprudenza della Corte Suprema ha dato consistenza a gran parte dell'invisibile normativo che è parte sostanziale della Costituzione, senza, tuttavia, comprimere le istanze di autogoverno che la carta costituzionale valorizza[208]. I giudici costituzionali, esplicitando l'*invisible constitution*, hanno contribuito, più di ogni altro attore istituzionale, a definire la Costituzione sostanziale e ciò, al di là delle critiche mosse nei confronti della c.d. *judicial supremacy*, è un dato che incontestabilmente risulta dall'analisi empirica della prassi giurisprudenziale[209]. A livello ordinamentale, questo processo ha avuto notevoli ripercussioni, interessando, sia la configurazione dei rapporti fra sfera politica e sfera riservata all'intervento del giudice costituzionale, sia l'articolazione dei rapporti interni al sistema di governo federale e a quella inerente i rapporti tra federazione e Stati[210].

---

[207] Cfr. *infra*, cap. VI.

[208] Così: L.H. Tribe, *The Invisible Constitution*, Oxford University Press, New York, 2008, spec. pp. 9 e 45 ss.

[209] Dalla seconda metà del secolo scorso la Corte Suprema americana è impegnata attivamente a conciliare le due dimensioni del diritto costituzionale, quella dei diritti fondamentali e quella inerente la "politica democratica" (che specifica le condizioni di legittimità del processo democratico e il nucleo di libertà politiche costituzionalmente protette) cercando di integrarle e renderle complementari. Facendo leva principalmente sulla *due process clause* e sul principio di eguaglianza, ma anche utilizzando in modo accorto la *political question doctrine*) la Corte Suprema ha enucleato *l'invisible Constitution*, definendo i contorni della costituzione sostanziale e i caratteri della forma di governo americana.

[210] Sul punto nella letteratura italiana più recente C. Bologna, *Stato federale e "National Interest"*, BUP, Bologna, 2010; A. Pin, *La sovranità in America. Il fe-*

Alla prova dei fatti, la Corte Suprema, spesso interpretando in modo elastico l'ambito del proprio intervento legittimo, da un lato, si è imposta, sia sul potere legislativo, sia su quello esecutivo, anche come soggetto garante dei diritti fondamentali; sotto diverso profilo, ha progressivamente esteso il proprio potere decisionale anche a vicende politiche che si svolgono in una fase antecedente a quella legislativa o esecutiva[211].

Dalle brevi considerazioni sopra svolte risulta già chiaro come sia negli Stati Uniti, sia in Italia, il limite di *political question* che rappresenta il confine fra ciò che può, e deve, essere di competenza del giudice costituzionale e ciò che, invece, resta di competenza delle decisioni frutto di processi politici è un limite mobile, non definibile a priori secondo schemi fissi. Dipende, infatti, dai contesti di riferimento e dal modo di operare degli organi costituzionali. Come in una sinfonia classica l'ordinato svolgersi della melodia è il frutto del necessario il rispetto di parametri armonici che devono rispondere a un ordine logico complessivo, così in un ordinamento giuridico, il rispetto e l'implementazione della democraticità dello stesso è il frutto dell'operare sinergico ed equilibrato dei diversi poteri, che si modulano variamente a seconda delle contingenze.

La prassi giurisprudenziale di entrambi i paesi mostra come l'asse dei rapporti tra politica e diritto si sposti continuamente, specialmente allorché la politica non è in grado di (o non vuole) trovare soluzioni tempestive a problematiche contingenti. I giudici costituzionali hanno conquistato, così, spazi operativi che la teoria costituzionale non sempre è in grado di giustificare prontamente, specialmente alla luce di situazioni eccezionali della più varia natura e che sono individuabili nell'inceppamento dei meccanismi che regolano la vita politica; nelle rivendicazioni di nuovi diritti in ambiti "sensibili" come quello bioetico; nelle ipotesi di vuoti normativi o omissioni legi-

---

deralismo di fronte alla Corte suprema dalle origini alla crisi economica contemporanea, Cedam, Padova, 2012.

[211] Oramai, infatti, il processo che culmina nell'espressione delle maggioranze legittimate a governare è in buona parte costituzionalizzato. Si pensi alle decisioni inerenti la definizione delle circoscrizioni elettorali, il finanziamento dei partiti politici, e, più in generale, all'uso "strumentale" della *political question doctrine.* Cfr. *infra*, capp. IV e V del presente lavoro.

slative ingiustificate; in situazioni di pericolo tale (come l'emergenza rappresentata dalla lotta al terrorismo internazionale) che impongono di riconsiderare le modalità di tutela di alcuni diritti fondamentali (dalla libertà personale alla privacy).

Tutti questi aspetti stimolano il confronto teorico sul ruolo che i giudici costituzionali hanno assunto, sia nell'ordinamento statunitense, sia in quello italiano, mantenendo attuali le riflessioni sulla natura e la misura dei poteri ad essi riconosciuti in sede di esercizio delle proprie competenze e, conseguentemente, sull'individuazione dei limiti cui sono sottoposti, primo fra tutti, quello di *political questions.*

Capitolo III

TECNICHE DI SELEZIONE DEI CASI E QUESTIONI POLITICHE. IL CONTESTO STATUNITENSE E PROFILI DI SIMILITUDINE E DIFFERENZIAZIONE CON QUELLO ITALIANO

> *«Il potere dei giudici federali è immenso, ma si tratta di un potere essenzialmente morale. Essi sono onnipotenti fino a che il popolo acconsente a obbedire alla legge; non possono più nulla, quando la disprezza. Ora, il potere morale è il più difficile da usarsi, perché è impossibile dire esattamente dove siano i suoi limiti. Spesso il restare entro questi limiti è pericoloso, quanto l'oltrepassarli»*[1].

Sommario: 1. Le possibili tecniche di selezione dei casi nell'ordinamento statunitense. – 1.1. Considerazioni generali. – 1.2. (segue): la *case or controversy clause*. – 1.3. (segue): l'*adversity* e il divieto di rendere *advisory opinions*. Inquadramento del tema e parallelismi con l'ordinamento italiano. – 1.4. (segue): concretezza del giudizio e *doctrines of justiciability*. – 2. La selezione dei casi alla luce del composito prisma dello *standing*. – 2.1. Il contesto definitorio. – 2.2. (segue): lo *standing* e «*its secrets rules*». – 2.3. (segue): aspetti critici. – 2.4. (segue): *statutory limits* allo *standing*. – 2.5. La *standing doctrine* nella giurisprudenza più recente. Sviluppi coerenti? – 2.6. Le difficoltà di razionalizzazione: una *doctrine in a state of some confusion*. 3. Il "tempo" della decisione: *ripeness e mootness*. – 3.1. Il controverso concetto di "maturità della questione". – 3.2. *Mootness*: «*the doctrine of standing in a time frame*». – 4. *Doctrines of justiciability* e *constitutional issues*: alcuni profili di similitudine fra Stati Uniti e Italia. – 4.1. Tecniche di selezione dei casi: esistenza di un coefficiente di politicità intrinseca? – 4.2. Selezione dei casi e decisioni processuali nel contesto nazionale.

---

[1] A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, Utet, Torino, 2007, p. 180.

1. *Le possibili tecniche di selezione dei casi nell'ordinamento statunitense*

1.1. *Considerazioni generali*

Come si è illustrato nel capitolo II del presente lavoro, il potere di definire il significato normativo delle disposizioni legislative riconosciuto a giudici la cui nomina non è direttamente espressione della sovranità popolare ha dato origine all'irrisolto (e per certi versi irrisolvibile) dibattito in merito alle modalità con cui tale potere può essere esercitato, e se i limiti esistenti siano da considerarsi sufficienti o, sotto diverso profilo, necessari.

Nell'ordinamento statunitense i poteri dei giudici federali sono condizionati al rispetto di tre ordini di limiti che si combinano variamente: si tratta di limiti di ordine interpretativo, di ordine legislativo e limiti inerenti la c.d. *justiciability* della questione. I primi portano a indagare sulle modalità di interpretazione del testo costituzionale, modulandosi secondo un ventaglio di opzioni che va dall'approccio che riconosce spazi di intervento molto limitati al giudice a quello che, al contrario gli accorda ampi margini interpretativi (e finanche creativi) nel processo ermeneutico che consente di dedurre le norme dagli enunciati costituzionali. I secondi, definiti anche *congressional limits*, si riferiscono alla possibilità che il potere legislativo circostanzi i margini di intervento della giurisdizione federale. Infine i *justiciability limits* ineriscono una serie di *doctrines*, di matrice giurisprudenziale, funzionali a circoscrivere il novero delle questioni che le corti federali possono definire nel merito. Le *doctrines of justiciability* rappresentano, cioè, l'insieme di quelle dottrine che prevedono i requisiti in presenza dei quali un caso sottoposto all'esame di una corte federale e, in particolar modo della Corte Suprema, può essere deciso. L'importanza di tale insieme di regole è rappresentata dal fatto che esse hanno una valenza non meramente procedurale, operando, invece, quali strumenti di cui la Corte Suprema si serve per definire gli ambiti del *judicial review*[2] e, più in generale, del

[2] Ciò acquista maggior consistenza allorché si considera l'evoluzione in senso pubblicistico che ha interessato la Corte Suprema (e, in generale, le corti statuni-

judicial law-making[3]. Benché concetti tecnico-giuridici, le *doctrines*

tensi) nel secolo scorso, in parallelo con la definizione di un ruolo sempre più interventista dello Stato, specialmente a partire dal *New Deal*. La letteratura americana si è diffusamente soffermata sull'evoluzione del modello processuale statunitense in senso *pubblicistico* (c.d. *public law litigation*), in cui il processo si discosta dalla concezione tradizionale (di *private law litigation*) perché non può limitarsi ad una decisione relativa alle parti in causa, ma si fa carico di effetti regolativi anche a parti estranee al processo. Sfuma il requisito dell'*injury* (su cui *infra*, nota n. 81) e si valorizza anche la mera violazione di una previsione normativa costitutiva di diritti o interessi diffusi (soprattutto a partire dal saggio di A. Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 *Harv. L. Rev.* 1281, 1976). La Corte Suprema si è servita delle *doctrines of justiciability* anche per tutelare interessi "nuovi", quali gli interessi diffusi, intervenendo per questa via nella "politica del diritto". Inoltre, se l'evoluzione in senso pubblicistico della tutela degli interessi individuali non è certo un fenomeno limitato all'esperienza statunitense, tuttavia in questo contesto ordinamentale pare potersi sostenere che tale questione si palesi in modo significativo, stante il duplice ruolo di giudice di costituzionalità e di giudice di ultima istanza della Corte. L'evoluzione della *standing doctrine*, in particolare, ha risentito di ciò e si mostra come particolarmente complessa (cfr. *infra*, par. n. 2) e un efficace modo per interpretarla è «*through the lens of the models of dispute resolution (or private rights) and law declaration (or public rights)*»: in tal senso M.E. Solimine, *Congress, Separation of Powers and Standing*, 59 *Case W. Res. L. Rev.* 1023, 2009, spec. p. 1026. Per una panoramica su tali modelli, *ex multis*, R.H. Fallon, jr. *et al.*, *Hart and Wechsler's*, *The Federal Courts and the Federal System*, Foundation Press, U.S., 2009, pp. 72-76; L.W. Yackle, *Federal Courts*, Carolina Academic Press, Durham, 2008, spec. pp. 16-29; E. Chemerinsky, *Federal Jurisdiction*, Wolter Kluwer, U.S., 2011 (6th ed.), p. 45 ss. e, più nello specifico, J.R. Siegel, *A Theory of Justiciability*, 86 *Tex. L. Rev.* 73, 2007, spec. p. 122 ss.; M.E. Mansfield, *Standing and Ripeness Revisited: The Supreme Court's "Hypotetical" Barriers*, 68 *N.D. L. Rev.* 1, 1992, spec. p. 7 ss.

[3] La dottrina americana su questi temi è molto ampia. Fra gli scritti più rilevanti si segnalano: E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, Wolter Kluwer, U.S., 2011, p. 48 ss.; Id., *Federal Jurisdiction*, cit., p. 43 ss.; S.A. Lindquist, F.B. Cross, *Measuring Judicial Activism*, Oxford University Press, New York, 2009, spec. cap. II; J.R. Siegel, *A Theory of Justiciability*, cit., p. 73 ss.; M.H. Redish, *The Federal Courts in the Political Order: Judicial Jurisdiction and American Political Theory*, Carolina Academic Press, Durham, 1991; S. Bandes, *The Idea of a Case, 42 Stan. L. Rev.* 227, 1990; E. Chemerinsky, *A Unified Approach to Justiciability*, 22 *Conn. L. Rev.* 677, 1990; L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, 1988, p. 67 ss.; D.L. Shapiro, *Jurisdiction and Discretion*, 60 *N.Y.U. L. Rev.* 543, 1985; M.V. Tushnet, *The Sociology of Article II: a Response to Professor Brilmayer*, 93 *Harv. L. Rev.* 1698, 1980; L. Brilmayer, *The Jurisprudence of Article III: Perspectives on the "Case or Controversy" Requirement*, 93 *Harv. L. Rev.* 297, 1979, Id., *Judicial Review, Justiciability and the Limits of the Common-Law Method*, 57 *B.U.L. Rev.* 807, 1977; H.P. Monaghan, *Constitutional Adjudication: The Who and When*, 82 *Y.L.J.* 1363, 1973. Anche nella letteratura italiana vi sono alcuni significativi studi su questi temi. In particola-

of justiciabiliy sono diventate «*an elementary question of democratic theory*»[4].

Esse, inoltre, pur essendo tutte di matrice giurisprudenziale, si possono differenziare a seconda che trovino la propria fonte di legittimazione unicamente nel dato normativo di cui all'art. III della Costituzione federale, ovvero siano il frutto di una «*prudent judicial administration*» (c.d. *prudential doctrines*)[5]. La differenza non è di poco conto, poiché nel primo caso è la Costituzione – seppur secondo i margini declinati dalla Corte Suprema – a tratteggiare i confini della giurisdizione federale imponendole limiti di natura sostanziale: sia elencando alcune tipologie di materie o alcune parti processuali[6], sia vincolando la "giustiziabilità" di un caso alla presenza del requisito della concretezza, richiedendo la materiale sussistenza di *cases and controversies*[7]. Nel secondo caso, invece, è la Corte Suprema che, in presenza di determinate circostanze, ritiene opportuno non esercitare il *judicial review*. Mutano, di conseguenza, i poteri e gli spazi di intervento del legislatore che, in presenza di *justiciability limits* che derivino dall'interpretazione dell'art. III della Costituzione, non potrà intervenire se non nelle forme previste per la revisione costituzionale; mentre esso potrà sempre disciplinare le *prudential restrictions* di cui sopra. Si precisa, comunque che, in entrambi i casi, i *justiciability limits* rispondono alla grammatica giudiziale che la Corte Suprema ha costruito negli anni e spesso si declinano come

---

re si segnalano i lavori di: A. Sperti, *Corti Supreme e conflitti fra poteri. Spunti per un confronto Italia-USA sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 57 ss.; P. Bianchi, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Giappichelli, Torino, 2000, spec. p. 63 ss.; V. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1999, spec. pp. 15 ss. e 133 ss.

[4] L. Fisher, *Constitutional Dialogues, Interpretation as Political Process*, Princeton University Press, Princeton, 1988, ristampa 2014, p. 85.

[5] E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 48.

[6] A dire il vero tali vincoli avrebbero natura indiretta poiché l'ambito di giurisdizione delle corti federali deve essere definito da atti del Congresso pertanto, essi opererebbero più come vincoli per quest'ultimo piuttosto che come vincoli alle corti. In tal senso L.H. Tribe, *American constitutional law*, cit., p. 67 ss.

[7] L'art. III della Costituzione degli Stati Uniti d'America circoscrive la giurisdizione ad un ristretto numero di *cases* in cui la Corte Suprema ha competenza *ratione materiae* e ad un certo ambito di *controversies* in cui, invece, la competenza è individuata *ratione personae*, avendo quale riferimento, cioè, le parti in causa.

una combinazione "fluida" di entrambi gli aspetti (*constitutional* e *prudential*) indicati[8]. La genericità delle prescrizioni costituzionali ha consentito alla Corte Suprema di delineare l'insieme delle *doctrines of justiciability*, provvedendo a definirne la portata e i contenuti secondo una traiettoria evolutiva che nel tempo non sempre si è rivelata lineare o chiara[9].

[8] È questo il caso della *standing doctrine* e della *ripness doctrine*. In relazione ad altre *doctrine of justiciability*, su tutte, la *political question doctrine*, la Corte Suprema non ha chiarito la natura del limite (se *constitutional* o *prudential*). Cfr. *infra*, capp. IV e V.

[9] Qualsiasi tentativo di periodizzazione della giurisprudenza della Corte Suprema, non può che essere considerato in termini relativi. Un'interessante panoramica dei diversi approcci al tema della *justiciability*, in connessione con la *separation of power doctrine* e il ruolo delle corti in una società democratica, la si rinviene in R.P. Pushaw jr, *Justiciability and Separation of Powers: A Neo-federalist Approach*, 81 *Cornell L. Rev.* 393, 1996, ma cfr. anche J.H. Siegel, *A Theory of Justiciability*, cit., p. 73 ss. e S.G. Calabresi, *Some Normative Arguments for the Unitary Executive*, 48 *Ark. L. Rev.* 23, 1995, spec. p. 56 ss.; J.G. Roberts, *Article III Limits on Statutory Standing*, 42 *Duke L.J.* 1219, 1993. Più di recente M.E. Solimine, *Congress, Separation of Powers and Standing*, cit., p. 1023 ss. In termini critici: G. Metzger, *The Interdependent Relationship Between Internal and External Separation of Powers*, 59 *Miss. L.J.* 423, 2009; H. Elliott, *The Functions of Standing*, 61 *Stan. L. Rev.* 459, 2008.

È opportuno precisare fin da ora che la Corte Suprema, specialmente sotto la guida del *chief justice* Warren, ricorse ad un'interpretazione elastica ed estensiva delle *doctrines of justiciability* per perseguire una politica funzionale all'estensione degli ambiti di sindacato della Corte. Successivamente, con la Corte guidata dal *chief justice* Burger si verificò invece un'inversione di tendenza improntata ad un atteggiamento di *self-restraint* e la Corte provvedette a precisare i contenuti delle *doctrines of justiciability* ricollegandole direttamente, quanto al fondamento costituzionale, ad una lettura più rigida del presupposto del "*case and controversies*" di cui all'art. 3. Per una valutazione dell'operato delle Corti Warren e Burger, cfr. *ex multis*, M.L. Stearns, *Standing at the Crossroads: The Roberts Court in Historical Perspective*, 83 *Notre Dame L. Rev.* 875, 2008, spec. p. 891 ss. e 896 ss.; J.R. Siegel, *A Theory of Justiciability*, cit., p. 73 ss.; C.R. Sunstein, *Standing and the Privatization of Public Law*, 88 *Colum. L. Rev.* 1432, 1988, ma anche, in termini più generali, R.G. McCloskey, *The American Supreme Court*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010 (1st ed. 1960), p. 147 ss.; T.M. Vestal, *Warren Earl*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, V, Gale, 2008, p. 169 ss.; A. Wohl, *Warren Court*, in *Encycolpedia of the Supreme Court of the United States*, V, Gale, 2008, p. 173 ss.; J. Greenbaum, *Giustizia Costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, Giuffrè, Milano, 1992; nonché G.F. Ferrari, *La Corte Suprema degli Stati Uniti durante la presidenza Burger (1969-1986)*, in *Giur. cost.*, 6, 1987, p. 1896 ss.; Id., *Separazione dei poteri e forma di governo nella recente giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Jus*, 3, 1984, p. 274 ss.

Le strategie decisionali di cui si avvale la Corte Suprema sono estremamente variegate e di complessa ricostruzione[10] e, in

[10] Oltre alle *doctrines of justiciability*, la Corte Suprema, e anche le altre corti federali hanno sviluppato ulteriori tecniche interpretative al fine di esercitare forme di *restraint* e di calibrare il proprio intervento graduando i tempi della decisione. Si fa riferimento ai c.d. *postponement* e *second look*, tecniche che consentono al giudice di pronunciare decisioni a carattere interlocutorio, consentendo al potere legislativo di riponderare alcune questioni controverse, anche alla luce delle osservazioni dei giudici (sul punto, nella letteratura italiana, V. Barsotti, *L'arte di tacere…*, cit., spec. p. 16 ss.). Inoltre, come si approfondirà nei paragrafi che seguono, le corti federali hanno il potere, entro certi limiti, di perimetrare i confini della propria *jurisdiction* e questo consente loro anche di evitare di pronunciarsi ricorrendo ad una delle varie *doctrines of avoidance* di matrice giurisprudenziale, ai sensi delle quali non possono essere decise questioni costituzionali che possono essere altrimenti definite. In questo modo si favorisce quello che può essere definito un dialogo fra istituzioni evitando (o quantomeno rimandando) un contrasto aperto con il legislatore specialmente nelle ipotesi di *unenumerated rights*. La decisione probabilmente più significativa per l'elaborazione di criteri in presenza dei quali la Corte Suprema dovrebbe astenersi dal decidere una controversia nel merito (*avoidance doctrine)* è il caso *Ashwander v. Tennessee Valley Auth.* [297 U.S. 288, 347 (1936)] ove, il giudice Brandeis, nella sua *concurring opinion* ha "riepilogato" alcune *prudential rules* in presenza delle quali è opportuno esercitare un *judicial self-restraint* evitando di pronunciarsi sulla costituzionalità di una legge. Tuttavia già nel secolo precedente, il *Chief justice* Marshall aveva riscontrato la necessità di evitare determinate categorie di pronunce rilevando come «*[n]o questions can be brought before a judicial tribunal of greater delicacy than those which involve the constitutionality of a legislative act. If they become indispensably necessary to the case, the court must meet and decide them; but if the case may be determined on other points, a just respect for the legislature requires, that the obligation of its laws should not be unnecessarily and wantonly assailed*», *Ex parte Randolph* [20 F. Cas. 242], 254, 1833, in https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F.Cas/0020.f.cas/0020.f.cas.0242.pdf. Più in generale, l'idea che in alcune situazioni il giudice debba (quantomeno per ragioni di opportunità) porsi in una posizione di *restraint* (almeno temporaneo) e, quindi, l'idea di un *judicial review of legislation* "mite", e finanche diretto ad inserirsi in un circuito dialogico con il legislatore è un'idea che, nella letteratura americana trova origine in A.M. Bickel (*The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven-London, 1962, nonché A.M. Bickel, H.H. Wellington, *Legislative Purpose on the Judicial Process: The Lincoln Mill Case, 71 Harv. L. Rev.* 1, 1957), per esser poi precisata da H.H. Wellinghton (in *Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication*, 83 *Y.L.J.* 221, 1973; Id., *Interpreting the Constitution. The Supreme Court and the Process of Adjudication*, Yale University Press, New Haven-London, 1991, spec. p. 77 ss.); ma anche da G. Calabresi (in *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press, Cambridge Ma., 1982, spec. p. 16 ss.) e successivamente ulteriormente sviluppata da R.A. Burt (in *The Constitutional Conflict*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambrid-

questa sede, si ritiene opportuno definirle almeno nei loro tratti essenziali per segnalare come l'aver attribuito alla Corte il potere discrezionale di selezione dei casi da analizzare nel merito non solo ha posto alcune difficoltà teoriche di non poco conto, solo in parte risolte dalla dottrina, ma non ha nemmeno eliminato tutte le problematiche inerenti il sovraccarico del ruolo[11], sebbene ne-

---

ge, Ma., 1991, spec. p. 21 ss.). Per ulteriori approfondimenti si rimanda alla bibliografia di cui al cap. II del presente lavoro, spec. par. 2.

La c.d. *avoidance doctrine* deriva dal canone del *judicial self-restraint* e si inserisce nel più ampio dibattito sul ruolo del *judicial review* e sull'allocazione delle competenze fra i vari poteri dello Stato, da un lato, e fra Federazione e Stati, dall'altro. Si palesano, così, profili di sovrapposizione fra l'*avoidance doctrine* e altre *doctrines of justiciability* (specialmente lo *standing* o la *ripeness* – cfr. *infra*, parr. 2 e 3). Per maggiori approfondimenti su questi profili si vedano, *ex multis*: D.L. Shapiro, *Jurisdiction and Discretion*, cit., p. 543 ss.; E. Chemerinsky, *Federal Jurisdiction*, cit., p. 733 ss.; L.A. Kloppenberg, *Avoiding Constitutional Questions*, 35 *B.C.L. Rev.* 1003, 1994, spec. p. 1016 ss. Nella letteratura italiana, su tutti V. Barsotti, *L'arte di tacere…*, cit., pp. 16 ss. e 219 ss., nonché P. Bianchi, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, cit., spec. p. 63 ss.

[11] Va precisato che la Corte Suprema (e non anche le corti federali) svolge la più massiccia selezione dei ricorsi in sede di valutazione della *petition of certiorari*. Dal 1925 la Corte ha esercitato una quasi completa discrezionalità nella formazione del proprio *docket* con il *writ of certiorari*, strumento ereditato dalla tradizione giuridica inglese, funzionale a ridurre, dal punto di vista quantitativo, il carico di lavoro della Corte, poiché attraverso il diniego del *writ* essa può evitare di decidere questioni di scarso rilievo o particolarmente controverse (insiste su quest'ultimo aspetto A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., spec. p. 12 ss.). Prima del 1925, infatti, la Corte Suprema era tenuta a decidere molti casi in qualità di giudice d'appello. Nel 1925, tuttavia, il Congresso approvò il *Judiciary Act* riducendo sensibilmente il *right of appeal* e, conseguentemente, determinando una riduzione del *mandatory docket*. Con la riforma del 1988, inoltre, il Congresso ha eliminato la maggior parte delle residue ipotesi di *mandatory appeals*. Attualmente l'accesso alla Corte Suprema è disciplinato dall'art. 28 dell'U.S. Code, Chapter 81 (§§ 1251 ss.). Su questi temi, *ex multis*, M.M. Cordray, R. Cordray, *The Supreme Court's Plenary Docket*, 58 *Wash. & Lee L. Rev.* 737, 2001, ma anche, più di recente: K.M. Scott, *Shaping the Supreme Court's Federal Certiorari Docket*, 27 *Justice System J.* 191, 2006; R.J. Owens, D.A. Simon, *Explaining the Supreme Court's Shrinking Docket*, 53 *Wm. & Mary L. Rev.* 1219, 2012. Sull'evoluzione storica dell'ordinamento giudiziario federale, su tutti, E.C. Surrency, *History of the Federal Courts*, Oceana Publications, New York, 1987 e, più di recente, R.H. Fallon, jr. *et al.*, *Hart and Wechsler's, The Federal Courts and the Federal System*, cit., p. 20 ss.; E. Chemerinsky, *Federal Jurisdiction*, cit., p. 43 ss.; L.W. Yackle, *Federal Courts*, cit., p. 27 ss. Sulle implicazioni del diniego del *writ of certiorari*, sebbene risalente è comunque significativo il contributo di J.J. Hanus, *Denial of Certiorari and Supreme*

gli ultimi anni si sia registrata una significativa contrazione dello stesso[12].

Inoltre, in sede di valutazione delle *doctrines of justiciability*, è opportuno ricordare la necessità di non incorrere nell'errore di appiattire le funzioni svolte dalla Corte Suprema al solo sindacato di costituzionalità delle leggi, poiché, come è noto, una parte importante delle sue pronunce è riconducibile alla permanenza dei caratteri che ne fanno un organo giudiziario competente a decidere in ultima istanza le controversie sottoposte al suo esame, cosicché il ricorso alle tecniche di selezione dei casi spesso non ha nulla a che vedere con l'esercizio del sindacato di costituzionalità.

Court Policymaking, 17 *Am. U. L. Rev.* 41, 1967, nonché quello di P. LINZER, *The Meaning of Certiorari Denials*, *79 Colum. L. Rev.* 1227, 1979.

Spesso le modalità di gestione del *docket*, sono indice di attivismo della Corte: se, ad esempio, sotto la guida dei *justices* Warren e Burger, la Corte Suprema si caratterizzò per il notevole numero di questioni decise, le successive Corti Rehnquist e, almeno per ora, Roberts, si sono distinte per la flessione del numero dei casi decisi. Per maggiori approfondimenti sul punto: S.A. LINDQUIST, F.B. CROSS, *Measuring Judicial Activism*, cit., spec. p. 105 ss., nonché, A. HELLMAN, *Case Selection in the Burger Court: A Preliminary Inquiry*, 60 *Notre Dame L. Rev.* 974, 1985; R.J. OWENS, D.A. SIMON, *Explaining the Supreme Court's Shrinking Docket*, cit., p. 1219 ss. È grazie ad una lenta evoluzione che il *writ of certiorari* è venuto ad assumere il ruolo e l'importanza che ha oggi. Se è praticamente l'unico mezzo per accedere alla Corte Suprema, probabilmente, lo si deve «alla trasformazione della giurisdizione accompagnata da un sempre crescente potere dei giudici di scegliere i casi cui accordare il riesame», trasformazione che «ha progressivamente mutato la natura della Corte: nata come terza istanza è diventata un vero "giudice supremo" e "soprattutto" in alcuni periodi un "giudice costituzionale" e forse il potere di scelta dei casi, incidendo sul ruolo della Corte, ha modificato anche il tipo di *judicial review* da questa operato, rendendolo più astratto: decidendo pochi casi selezionati con cura, il giudizio tende a svolgersi prevalentemente sui valori e sulle norme e non più e non tanto sul singolo caso. Il completo controllo da parte della corte della propria agenda ha attenuato il rapporto fra *judicial review* e il requisito del *case and controversies*»: così V. BARSOTTI, *L'arte di tacere…*, cit., pp. 63-64; ma v. anche p. 196. Evidenziano il collegamento fra il *writ of certiorari* e la tradizione giuridica anglosassone P. BIANCHI (*La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, cit., spec. cap. II), nonché F. TIRIO (*Il Writ of Certioriari davanti alla Corte suprema: principi, strategie, ideologie*, Giuffrè, Milano, 2000). Va fin da ora anticipato che, anche qualora venga concesso il riesame di una questione, non necessariamente la Corte Suprema provvederà a pronunciare una decisione che inerisca il merito della stessa, dovendosi valutare l'applicabilità delle varie *doctrines of justiciability* o l'opportunità di applicare le varie tecniche di *abstension.*

[12] Su quest'ultimo aspetto, e sulle ragioni "ideologiche" ad esso sottese, dettagliatamente: R.J. OWENS, D.A. SIMON, *Explaining the Supreme Court's Shrinking Docket*, cit., p. 1219 ss.

1.2. *(*segue*): la* case or controversy clause

Nel paragrafo precedente si è anticipato il legame che sussiste fra le *doctrines of justiciability* e il limite del *case or controversy requirement* posto dall'art. III della Costituzione alle corti federali. Si tratta di un legame che non è agevole esplicitare sotto il profilo contenutistico e tale incertezza si riscontrava già all'epoca della redazione della Costituzione federale, quando gli stessi padri fondatori avevano risolto in termini tautologici (e probabilmente scontati, per l'epoca) il rapporto fra l'oggetto della giurisdizione e la giurisdizione stessa, definendo il primo come l'insieme delle «questioni di natura giudiziaria»[13].

Nel corso dei secoli la nozione di *justiciability* si è caricata di implicazioni e sfumature non prevedibili e la stessa Corte Suprema ha riconosciuto come essa sia difficilmente definibile e perimetrabile a priori: qualificandola come un «*concept of uncertain meaning and scope*», dai confini variamente modulabili. La *justiciability* è stata, quindi, ritenuta un concetto legale dai contenuti non fissi o suscettibili di verifica scientifica[14] e tale indeterminatezza di significato e portata si desume chiaramente dall'analisi dei vari ambiti in cui le Corti federali ne hanno negato la sussistenza[15].

Il legame fra *justiciability* e la *case or controversy clause* è stato esplicitato dalla giurisprudenza secondo molteplici direttrici[16] e,

---

[13] In tal senso Madison alla *Convention*, per spiegare il significato della clausola. Così riportato da M. Farrand, *The Records of Federal Convention of 1787*, II, 1911, p. 430, citato da G.R. Nichol, *Injury and the Disintegration of Article III*, 74 *Cal. L. Rev.* 1915, 1986, p. 1919. Anche nei decenni successivi i termini *cases* e *controversies* non hanno ricevuto una qualificazione definitoria precisa: per lungo tempo i due concetti sono stati ritenuti pressoché intercambiabili secondo uno schema che rievocava un'endiadi: in tal senso J.B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 *Harv. L. Rev.* 129, 1893.

[14] Sul punto, *Poe v. Ullman* [367 U.S. 497, 509 (1961)], ove si è affermato che la *justiciability* non è «*[…] a legal concept with a fixed content or susceptible of scientific verification. Its utilization is the resultant of many subtle pressures* […]».

[15] Va precisato che sussistono differenze nel modo di interpretare e utilizzare le *doctrines of justiciability* da parte della Corte Suprema e da parte delle corti federali. Sul punto, su tutti, R.H. Fallon, jr. *et al.*, *Hart and Wechsler's, The Federal Courts and the Federal System*, cit., p. 72 ss.; L.W. Yackle, *Federal Courts*, cit., p. 16 ss.; E. Chemerinsky, *Federal Jurisdiction*, cit., p. 45 ss.

[16] Molte delle definizioni fornite dalla giurisprudenza paiono, però, tautologiche. Ad esempio, il *justice* Frankfurter osservava che «*[t]he jurisdiction of the fe-*

a tal proposito, particolarmente efficaci paiono le argomentazioni espresse dal justice Warren nel caso *Flast v. Cohen* da cui si desume che con il termine *justiciability* si ricomprende una duplice limitazione posta dalla *doctrine* in esame, che da un lato impone il rispetto del carattere *adversary* del giudizio e dall'altro definisce il ruolo della Corte Suprema nei confronti degli altri poteri dello Stato[17]. Dal *case or controversy requirement* di cui all'art. III Cost., pertanto, si desumono due regole, ad un tempo complementari e differenti, che devono essere rigorosamente osservate. In primo luogo, questi due termini circoscrivono la competenza delle Corti federali a questioni presentate in un contesto di conflittualità[18] e secondo forme che le facciano ritenere definibili all'esito di un procedimento giudiziario; sotto diverso profilo, l'espressione in analisi contribuisce a circoscrivere il ruolo riconosciuto al potere giudiziario in un ordinamento giuridico in cui si concepisce in termini tendenzialmente rigidi il principio di separazione dei poteri al fine di assicurare che le corti

---

deral courts can be invoked only under circumstances which to the expert feel of lawyers constitute a "case or controversy". The scope and consequences of the review with which the judiciary is entrusted over executive and legislative action require us to observe these bounds fastidiously», in *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath* [341 U.S. 123, 150 (1951)].

[17] [392 U.S. 83, 95 (1968)]. «[…] *As is so often the situation in constitutional adjudication, those two words have an iceberg quality, containing beneath their surface simplicity submerged complexities which go to the very heart of our constitutional form of government. Embodied in the words "cases" and "controversies" are two complementary but somewhat different limitations. In part those words limit the business of federal courts to questions presented in an adversary context and in a form historically viewed as capable of resolution through the judicial process. And in part those words define the role assigned to the judiciary in a tripartite allocation of power to assure that the federal courts will not intrude into areas committed to the other branches of government. Justiciability is the term of art employed to give expression to this dual limitation placed upon federal courts by the case-and-controversy doctrine*». Cfr. altresì il caso *Franks v. Bowman Transportation Co*., Inc. [424 U.S. 747 (1976)].

[18] Conflittualità che deve persistere durante tutte le fasi del processo, atteso che, come di recente ribadito dalla Corte Suprema, l'«*actual controversy*» che legittima le parti a stare in giudizio «*must exist not only "at the time the complaint is filed", but through "all stages" of the litigation*»: *Already, LLC v. Nike Inc.* [568 U.S._(2013), *slip opinion*, p. 4 (testo della decisione reperito in http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-982_i425.pdf) ma in senso conforme anche, *ex multis*, *Alvarez v. Smith* [558 U.S. 87, 92 (2009)] e *Arizonans for Official English v. Arizona* [520 U.S. 43, 67 (1997)].

federali non esorbitino dalle sfere di competenza loro assegnate[19]. Secondo la Corte Suprema, infatti, l'art. III della Costituzione federale, richiedendo che si possa adire una corte federale al fine di far valere una «*personal*» e «*particularized injury*», ha lo scopo di tutelare «*vital interests going to the role of the Judiciary in our system of separated powers*»[20], assicurando, di conseguenza, che il potere giudiziario rispetti «*the proper –and properly limited – role of the court in a democratic society*»[21]. Va fin da ora anticipato che, se ciò è vero

[19] Questi concetti, vale a dire il perimetrare i confini del potere giudiziario e l'evitare che lo stesso esorbiti la sfera di competenza prevista, sono tipici di una giurisprudenza costituzionale, quale quella statunitense, incardinata su due principi di riferimento: quello della separazione dei poteri e quello di un governo con poteri limitati. Per maggiori approfondimenti cfr. anche, *supra*, par. 2 del cap. I del presente lavoro. In giurisprudenza, si richiamano le argomentazioni del giudice S.D. O'Connor la quale ha sottolineato che il «*"case or controversy" requirement defines with respect to the Judicial Branch the idea of separation of powers on which the Federal Government is founded*» e le varie dottrine elaborate al fine di definire tali *requirements*, impongono di considerare (e comprendere) il «*proper – and properly limited*» ruolo di corti non espressione della sovranità popolare: *Allen v. Wright* [468 U.S. 737, 752 (1984)], ma anche *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc.* [454 U.S. 464, 471-476 (1982)] e *Warth v. Seldin* [422 U.S. 490, 498 (1975)]. Da ultimo si veda anche *Clapper Director of National Intelligence et al. V. Amnesty International USA et al.* [568 U.S._(2013)] *slip opinion* (testo della decisione reperito in http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-1025_ihdj.pdf). Pare opportuno ricordare che tra i principali sostenitori di una concezione della *justiciability* come declinazione della *separation of power doctrine* vi è il giudice A. Scalia, come si evince da un suo celebre saggio in materia di *standing* (A. Scalia, *The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers*, 17 *Suffolk U.L. Rev.* 881, 1983) ma in senso parzialmente difforme: S. Bandes, *The Idea of a Case*, cit., p. 227 ss. Cfr., altresì, R.J. Pushaw Jr, *Justiciability and Separation of Powers: A Neo-federalist Approach*, 81 *Cornell L. Rev.* 393, 1996 e gli autori indicati *supra*, nota n. 9. Per una ricostruzione (e una acuta critica) delle diverse posizioni teoriche relative alle funzioni delle *doctrines of justicibility*, si veda, nella letteratura recente, J.R. Siegel, *A Theory of Justiciability*, cit., p. 73 ss. Per una lettura critica, quantomeno con riferimento alla *standing doctrine*: H. Elliott, *The Functions of Standing*, 61 *Stan. L. Rev.* 459, 2008.

[20] Di recente la Corte Suprema ha ribadito ciò in un discusso caso deciso il 26 giugno 2013, *Dennis Hollingsworth et al. v. Perry et al.* [570 U.S._(2013)], *slip opinion*, relativo ai *same sex marriages* (testo della decisione in: http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-144_8ok0.pdf.).

[21] *Ex multis: DaimlerChrysler Corp.* v. *Cuno* [547 U.S. 332, 341 (2006)]. Parzialmente critico su questo punto J.R. Siegel, *A Theory of Justiciability*, cit., p. 73 ss. Recentemente, autorevole dottrina ha rilevato come «*[a] fundamental idea behind justiciability doctrines is that the mere fact of an asserted, or actual, illegal-*

dal punto di vista teorico, tuttavia, analizzando la prassi giurisprudenziale, tali asserzioni non implicano una non ingerenza nelle scelte di tipo politico, al contrario: come si specificherà in sede di analisi delle singole *doctrines of justiciability*, di fatto, il loro uso è spesso stato espressione di precise scelte di valore della Corte Suprema e ha inciso profondamente nella articolazione dei rapporti con i diversi poteri, specialmente il legislativo, contrastando o sostenendo scelte di carattere eminentemente politico.

1.3. *(*segue*): l'*adversity *e il divieto di rendere* advisory opinions*. Inquadramento del tema e parallelismi con l'ordinamento italiano*

Passando ad esaminare i caratteri che deve avere una questione per divenire oggetto di un giudizio nel merito, il primo elemento che va considerato è l'*adversity*. La Corte ha provveduto a tracciare le linee essenziali di tale requisito già in un caso del 1892, *Chicago & Grand Trunk R. Co. v. Wellman*[22], preoccupandosi, nei decenni successivi, di

---

ity is not sufficient for courts to act. This idea is a distinctive one, not followed by all constitutional democracies, in some of which courts stand as more general monitors of the legality of the actions of other branches […] Justiciability doctrines also reflect instincts for institutional self-protection for the courts, of a kind with which Bickel's arguments for avoidance of decision were concerned»: V.C. Jackson, *Symposium*: *Standing in the Roberts Court: Standing and the Role of Federal Courts: Triple Error Decisions in Clapper v. Amnesty International USA and City of Los Angeles v. Lyons*, 23 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 127, 2014, p. 131. Cfr. anche L. Fisher, *Constitutional Dialogues*, *Interpretation as Political Process*, Princeton University Press, Princeton, 1988, ristampa 2014, spec. p. 85.

[22] [143 U.S. 339, 345 (1892)] «*[…] The theory upon which, apparently, this suit was brought is that parties have an appeal from the legislature to the courts; and that the latter are given an immediate and general supervision of the constitutionality of the acts of the former. Such is not true. Whenever, in pursuance of an honest and actual antagonistic assertion of rights by one individual against another, there is presented a question involving the validity of any act of any legislature, State or Federal, and the decision necessarily rests on the competency of the legislature to so enact, the court must, in the exercise of its solemn duties, determine whether the act be constitutional or not; but such an exercise of power is the ultimate and supreme function of courts. It is legitimate only in the last resort, and as a necessity in the determination of real, earnest and vital controversy between individuals. It never was the thought that, by means of a friendly suit, a party beaten in the legislature could transfer to the courts an inquiry as to the constitutionality of the legislative act*». Ma già in precedenza, la Corte aveva stabilito di poter inter-

definirne la portata. Così, non è ritenuto suscettibile di essere deciso ogni caso che «[...] *is not in any real sense adversary* […]». Un caso, cioè, in cui non vi sia «*the honest and actual antagonistic assertion of rights' to be adjudicated*», considerata una garanzia essenziale all'integrità del processo giudiziale, indispensabile al fine della definizione di questioni costituzionali[23]. È necessaria, quindi, la presenza di una controversia reale e concreta, che inequivocabilmente necessiti dell'intervento del giudice affinché sia apprestata tutela ai diritti di cui si lamenta una indebita compressione[24]. Il requisito della "concretezza", inteso quale limite per l'intervento della giurisdizione federale, conforterebbe così il rispetto del principio di separazione dei poteri, preservando le corti, e in particolar modo la Corte Suprema, da un problematico coinvolgimento in un'attività di consulenza ausiliaria concepita prevalentemente a favore del potere esecutivo[25]. Peraltro, anche negli Stati ove non vige il divieto di rendere *advisory opinions*, l'attività di consulenza ausiliaria dei giudici non si svolge nel quadro dell'esercizio della funzione giurisdizionale, ma su un piano diverso: i giudici operano in qualità di soggetti competenti a fornire al potere esecutivo un *advice* su una questione di legittimità in materia giuridica, a titolo individuale[26].

Dal carattere *adversary* del caso sottoposto all'esame della Corte discende, quindi, il generale divieto di rendere *advisory opinions*[27]. Si

---

venire in questioni che coinvolgessero *adverse party*: si vedano, a tal proposito, i casi *South Spring Hill Gold Mining Co. v. Amador Medean Gold Mining Co.* [145 U.S. 300, 301 (1892)]; *Cleveland v. Chamberlain* [66 U.S. 419, 425-426 (1961)].

[23] *United States v. Johnson* [319 U.S. 302 (1943)].

[24] Sul punto, *Poe v. Ullman* [367 U.S. 497, 510 (1961)], ove si fa riferimento ad una «*real and substantial controversy which unequivocally calls for adjudication of the rights claimed*». Ma cfr. anche *Craig v. Boren* [429 U.S. 190, 191-192 (1976)], a *standing case*, che, tuttavia mostra profili significativi in punto di *adversity requirement* e *justiciability*. Va precisato, comunque, che non osta al carattere *adversary* del giudizio la pronuncia di decisioni aventi carattere declaratorio. Ciò che non è ammessa è la proposizione (e conseguentemente, la decisione) di domande aventi carattere meramente astratto e speculativo: così *Aetna Life Insurance Co v. Haworth* [30 U.S. 227 (1937)].

[25] M. Gobbo, *La funzione consultiva delle Corti negli ordinamenti anglosassoni*, Libreria Bonomo Editrice, Bologna, 2004, p. 64 ss., ma parzialmente *contra* J.R. Siegel, *A Theory of Justiciability*, cit., p. 73 ss.

[26] Per l'indicazione degli Stati che in cui sono ammesse le *advisory opinions*: M. Gobbo, *La funzione consultiva delle Corti negli ordinamenti anglosassoni*, cit., p. 64 ss., spec. note nn. 8 e 9.

[27] Sul punto si veda, innanzitutto il contributo di F. Frankfurter (*A Note on Advisory Opinions*, 37 *Harv. L. Rev.* 1002, 1924), inerente il rapporto tra *advisory*

tratta di un limite che trova le proprie radici nell'*Hayburn's Case*, in cui una giovanissima Corte Suprema affrontò la questione della *justiciability* e statuì che i c.d. "*non-judicial duties*" non potessero essere annoverati fra le competenze delle corti federali in quanto attività dalla natura non giudiziale poiché «[…] *neither the legislative nor the executive branches can constitutionally assign to the judicial any duties but such as are properly judicial, and to be performed in a judicial manner*», essendo stabilito in Costituzione che «*the government thereof is divided into three distinct and independent branches, and that it is the duty of each to abstain from, and to oppose, encroachments on either*»[28].

I primi casi di rifiuto di rendere *advisory opinion* furono, pertanto, giustificati in termini di necessario mantenimento dell'assetto di separazione dei poteri stabilito in Costituzione. Successivamente, ad oltre cento anni dall'*Hayburn's Case*, la Corte provvide a ridefi-

---

opinions e giurisdizione federale. Questo autore (spec, pp. 1003-1006) ritiene che le *advisory opinions* distorcerebbero l'esercizio della funzione giurisdizionale richiedendo alle corti di pronunciarsi su questioni non concluse e definite, prive del quadro fattuale che, in questioni costituzionali fondamentali, rappresenta il "cuore" del caso. In aggiunta, l'ammissibilità di siffatte *opinions* potrebbe minare la «responsabilità creativa» del legislatore, il quale tenderebbe ad affidarsi alle posizioni dei giudici senza effettuare quel processo di valutazione e scelta politica espressione della sua discrezionalità. In quest'ottica un'*advisory opinion* si muoverebbe in un'atmosfera di «irrealtà e sterile isolamento», separato dall'«impatto di attualità e dall'intensità dell'immediatezza». Per maggiori approfondimenti sul tema si vedano anche (in ordine cronologico): L. Yackle, *Advisory Opinions*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the Unites States*, I, Gale, 2008, p. 34 ss.; P.M. Kannan, *Advisory Opinions by Federal Courts*, 32 *U. Rich. L. Rev.* 769, 1998; N.K. Katyal, *Judges as Advicegivers*, 50 *Stan. L. Rev.* 1709, 1998; A.J. Mikva, *Why Judges Should be Not advicegivers: A Response to Professor Neal Katyal*, 50 *Stan. L. Rev.* 1825, 1998; G.N. Stevens, *Advisory Opinionis. Present Status and Evaluation*, 34 *Geo. Wash. L. Rev.* 1, 1959; Aa.Vv., *The Advisory Opinion and the United States Supreme Court*, 5 *Fordham L. Rev.* 94, 1936, reperito in http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol5/iss1/7; E.F. Albertsworth, *Advisory Function in Federal Supreme Court*, 23 *Geo. L.J.* 643, 1935. Quest'ultimo autore, in particolare, concentra parte della propria analisi sugli effetti che le *advisory opinions* avrebbero sui rapporti fra potere giudiziario e legislatore e auspica il venir meno del loro divieto (spec. p. 668).

[28] [2 U.S. 409, 414 (1792)]. Per una ricostruzione dell'origine del divieto di rendere *advisory opinions* e per un commento all'*Hayburn's Case* si vedano anche, oltre alle opere indicate alla nota precedente: M. Marcus, R. Tier, *Hayburn's Case: A Misinterpretation of Precedent*, 1 *Wis. L. Rev.* 527, 1988; D.P. Currie, *The Constitution in the Supreme Court 1789-1801*, 48 *U. Chi. L. Rev.* 819, 1981, spec. pp. 828-829; e Id., *The Constitution in the Supreme Court: The First Hundred Years, 1789-1888*, University of Chicago Press, Chicago, 1992.

nire i contorni di quella sua prima statuizione nel caso *Muskrat v. United States* e, argomentando a partire dal testo di cui all'art. III Cost., precisò di non poter rendere «*opinions in the nature of advice concerning legislative action*»[29]. Dalla metà del secolo scorso, poi, si è registrata un'evoluzione del concetto di *advisory opinions* e ne è stato giustificato il divieto non solo invocando il limite di natura eteronoma sopra indicato, ma anche "autolimiti", discendenti dalla necessità di rispettare i caratteri propri della funzione giudiziale e un certo grado di *self-restraint*[30]. Inoltre, non sono mancate pronunce in cui si è offerta un'interpretazione piuttosto discrezionale dei contorni di tale divieto, a testimonianza dell'uso strumentale e *latu sensu* politico che spesso la Corte Suprema ha fatto di questo concetto, al fine di potersi pronunciare – o di non decidere – determinate controversie[31].

---

[29] [219 U.S. 346, 348 (1911)]. Questo caso è forse quello che meglio esprime la posizione della Corte in merito all'impossibilità di rendere *advisory opinions*. Secondo i *supreme justices*: «*[t]his court cannot be required to decide cases over which it has not jurisdiction because other cases are pending involving the same point of law; to do so would require it to give opinions in the nature of advice concerning legislative action […] As we have already seen, by the express terms of the Constitution, the exercise of the judicial power is limited to "cases" and "controversies". Beyond this it does not extend, and unless it is asserted in a case or controversy within the meaning of the Constitution, the power to exercise it is nowhere conferred*». Per maggiori approfondimenti su questo caso: AA.VV., *The Advisory Opinion and the United States Supreme Court*, cit., spec. p. 104 ss.

[30] Ad es.: *United States v. Fruehauf* [365 U.S. 146, 158 (1961)]. In questo caso le *advisory opinions* furono definite come «*[s]uch opinions, such advance expressions of legal judgment upon issues which remain unfocused because they are not pressed before the Court with that clear concreteness provided when a question emerges precisely framed and necessary for decision from a clash of adversary argument exploring every aspect of a multifaceted situation embracing conflicting and demanding interests, we have consistently refused to give*». Secondo E. CHEMERINSKY (*Constitutional Law*, cit., p. 59), il divieto di rendere *advisory opinions* «*is at the core of Article III*». In un precedente caso del 1945, poi, la Corte Suprema aveva già argomentato in merito all'impossibilità di rendere decisioni tese a risolvere questioni dal carattere astratto o meramente ipotetico: *Alabama State Fed. Of Labor v. McAdory* [325 U.S. 450, 461 (1945)]. Più in generale si può sostenere che il divieto di rendere *advisory opinions* si declini anche come una modalità di conformazione delle *justiciability doctrines*.

[31] Cfr., ad esempio i casi *Steffel v. Thompson* [415 U.S. 452 (1974)]; *Ellis v. Dyson* [421 U.S. 426 (1975)]; *United States v. Nixon* [418 U.S. 683 (1974)]; *Larson v. Valente* [456 U.S. 228 (1982)]. Spesso il divieto di rendere *advisory opinions* si ricollega alla *ripeness doctrine* e alla *mootness doctrine* (su cui *infra*, par. 3), come ben evidenziato dal caso *Muskrat v. United States* sopra citato. Questo caso fu

Va, peraltro, ricordato che alla base del divieto di rendere *advisory opinions* da oltre un secolo si pone anche il timore che il riconoscimento di un eventuale potere consultivo in capo alla Corte Suprema possa, da un lato, sminuire il carattere *adversary* che deve avere l'attività giurisdizionale[32] e, dall'altro, comportare il suo ingresso nell'arena politica[33]. Tuttavia la dottrina, già negli anni Trenta del secolo scorso, ha sminuito la portata di tale timore rilevando come, comunque, la maggior parte dell'attività della Corte Suprema, specialmente in sede di esercizio del *judicial review*, potenzialmente costringe i *supreme justices* a fornire risposte a questioni che implicano il dovere di dirimere controversie le cui possibili soluzioni vedono coinvolte istanze politiche o sociali che propugnano opposte visioni, riflettendo il sentire di più o meno ampie porzioni della comunità sociale[34], e quindi definibili *latu sensu* politiche. Pertanto, la medesima dottrina, ponendosi in contrasto con le posizioni più rigorose[35], si è spinta fi-

---

ritenuto non *ripe* poiché la Corte sostenne che, di fatto, gli Stati Uniti non fossero interessati ad una reale risoluzione della controversia, ma ad ottenere un parere sulla legittimità dell'azione del Congresso.

[32] In ragione della natura non vincolante e non definitiva delle *advisory opinions*. Nella letteratura italiana, in chiave critica: P. Bianchi, *Giustizia Costituzionale negli Stati Uniti*, in Aa.Vv., *Esperienze di Giustizia Costituzionale*, tomo I, Giappichelli, Torino, 2000, p. 31 ss.

[33] Aa.Vv., *The Advisory Opinion and the United States Supreme Court*, cit., spec. p. 110 ss. e bibliografia ivi indicata, spec. alla nota n. 114. Secondo tale dottrina: «*[t]hat the advisory opinion will accentuate the pressure and impact of political issues upon the Court is an argument that cannot be buttressed by statistical proof*».

[34] A tal proposito può essere utile ricordare la distinzione fra *political questions* e *political controversies.* Con la prima espressione – peraltro mai definita compiutamente – sembra si possano ricomprendere solo tematiche di un certo rilievo "politico", quali la sovranità o l'assetto della forma di governo. Tematiche su cui la Corte Suprema spesso ha ritenuto di non doversi pronunciare per ragioni di opportunità. Con la seconda espressione, invece, ci si riferirebbe a situazioni concrete che involgono la c.d. *pratical politics* ed eventi di natura circostanziata. Sul punto, per maggiori approfondimenti: M.F. Weston, *Political Questions*, 38 *Harv. L. Rev.* 296, 1925, e diffusamente, *infra*, il capitolo successivo. In giurisprudenza, su tutti, *Luther v. Borden* [48 U.S. 1 (1849)]. Si veda, altresì, Aa.Vv., *The Advisory Opinion and the United States Supreme Court*, cit., p. 110. In quest'ultima opera si afferma, peraltro, che: «*[t]he Supreme Court, more than any other tribunal, is far from being a disembodied legal machine cut off from terrestial human affairs. It is, itself, a composite of social pressures, using its representative judgment to balance those pressures to which it responds*».

[35] F. Frankfurter, *A Note on Advisory Opinions*, cit., p. 1002 ss.

nanche ad auspicare l'ammissibilità di *advisory opinions* concependole come elemento in grado di instaurare un "circuito virtuoso" nei rapporti fra potere legislativo e giudiziario[36].

La questione rimane aperta fra gli studiosi e si è chiaramente palesata la difficoltà di prospettare ricostruzioni teoretiche dal carattere definitivo, pur nella consapevolezza che chiarire la posizione in merito allo *status* delle *advisory opinions* è particolarmente rilevante ai fini della costruzione della *justiciability doctrine*. In tempi relativamente recenti si è, peraltro, prospettata una visione che ricerca un punto di mediazione fra le due opzioni contrapposte sopra indicate. Risiedendo l'essenza della funzione giudiziaria non tanto (o quantomeno non solo) nelle circostanze procedurali della decisione giudiziale, quanto nella sua sostanza e in particolare, nelle tipologie di questioni che la Corte si troverà ad esaminare, lo *status* delle *advisory opinions* non andrebbe inteso in astratto, ma secondo una prospettiva concreta, che tenga conto dello scopo che si persegue allorché si intende ammetterle o meno. In questo quadro il perseguimento concreto dell'utilità sociale di una decisione è ritenuto essere un principio guida per lo studioso[37]. Secondo tale dottrina, quindi, vi sarebbero sia argomenti a favore dell'ammissibilità delle *advisory opinions*, sia elementi che farebbero ritenere preferibile una non decisione su determinate questioni. In relazione al primo profilo, la possibilità di rendere *advisory opinions* consentirebbe non solo di risparmiare risorse pubbliche[38], ma talvolta permetterebbe di definire una questione in assenza della "pressione" che spesso un caso concretamente pendente porta con sé[39]. In relazione al secondo

---

[36] E.F. Albertsworth, *Advisory Function in Federal Supreme Court*, cit., p. 643 ss.; su posizioni più caute, Aa.Vv., *The Advisory Opinion and the United States Supreme Court*, cit., p. 94 ss. Favorevoli all'abolizione del divieto di rendere *advisory opinions* sono anche W.M. Landes, R.A. Posner (*The Economics of Anticipatory Adjudication*, 23 *J. Legal Stud.* 683, 1994), i quali valorizzano il potenziale interpretativo della Corte Suprema anche in sede consultiva, rilevando la possibilità di far diminuire le ipotesi di errori giudiziari da parte delle corti federali inferiori e, più in generale, una miglior gestione delle risorse.

[37] In tal senso: J.R. Siegel, *A Theory of Justiciability*, cit., pp. 129-130.

[38] Una decisione assunta in sede giudiziale "costerebbe" meno rispetto ai processi di decisione politica.

[39] Come osservato da Holmes nel suo *dissent* al caso *Northern Securities Co. v. United States* [193 U.S. 197, 364 (1904)]: «*[g]reat cases, like hard cases, make*

profilo, invece, se le corti potessero pronunciarsi su ogni questione possibile, la società sarebbe privata dei benefici che possono derivare dal lasciare alcune questioni irrisolte[40]. Ed infatti è noto che la Corte Suprema si è ben guardata dal pronunciarsi in via definitiva alcune questioni[41] e fintantoché manca l'ultima parola su di esse, il sistema resta flessibile e si può cercare di volta in volta un punto di compromesso[42]. In ragione di tali considerazioni la dottrina ha proposto una posizione di compromesso secondo la quale le *advisory opinions* non dovrebbero essere né vietate in via categorica (in ragione della loro potenziale utilità sociale), né ammesse indiscriminatamente, in assenza, cioè, di una qualche forma di limite o disciplina che consenta di arginare e di evitare eventuali questioni pretestuose o di carattere meramente astratto e teorico[43], che potrebbero finan-

---

bad law. For great cases are called great, not by reason of their real importance in shaping the law of the future, but because of some accident of immediate overwhelming interest which appeals to the feelings and distorts the judgment». Contrariamente a tale posizione, tuttavia, si è rilevato come l'attività di *judicial review* condotta in sede di giurisdizione consultiva potrebbe determinare un'interpretazione meramente astratta della Costituzione, senza che il giudice sia in grado di mettere in luce la reale complessità delle questioni (ipotetiche) sottoposte al suo esame. Inoltre siffatta attività comporterebbe una mera interpretazione delle disposizioni costituzionali più che delle norme ad esse sottese, con la conseguenza che il giudice rischierebbe di esorbitare dai limiti propri della sua funzione per invadere le competenze proprie del potere legislativo, unico organo titolare del potere di fornire l'interpretazione autentica. Sul punto, M. Gobbo, *La funzione consultiva delle Corti negli ordinamenti anglosassoni*, cit., p. 61 ss.

[40] Diffusamente in tal senso: C.R. Sunstein, nell'opera *On Case at a Time, Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 2001.

[41] Ad esempio in merito al potere del Congresso di limitare la giurisdizione delle corti o in merito a determinati aspetti inerenti gli obblighi informativi del potere esecutivo nei confronti del Congresso. Per maggiori approfondimenti sul punto, *ex multis*: J.R. Siegel, *A Theory of Justiciability*, cit., p. 128 ss.

[42] Secondo tale dottrina, sebbene le *doctrines of justiciability* e, più concretamente, «*[t]he requirement of "actual injury redressable by the court*», hanno quale obiettivo «*to assure that the legal questions presented to the court will be resolved, not in the rarified atmosphere of a debating society, but in a concrete factual context conducive to a realistic appreciation of the consequences of judicial action*» (*Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State Inc.* [454 U.S. 464, 472 (1982)]), a volte, una pronuncia resa in quella «*rarified atmosphere of a debating society*» è in grado di «*produce the soundest results*». Così J.R. Siegel, *A Theory of Justiciability*, cit., p. 131.

[43] J.R. Siegel, *A Theory of Justiciability*, cit., p. 130 ss.

che minare l'autorevolezza dell'autorità giurisdizionale e l'indipendenza che ne deriva[44].

In ogni caso, nonostante ad oggi continui ad esser preclusa alle corti federali la possibilità di rendere *advisory opinions*[45], nulla vieta che i giudici possano trovare il modo di manifestare un *advice* agli organi politici, sia in via indiretta[46], sia inserendo all'interno delle *opinions* rese in sede giudiziale degli *obiter dicta*[47]. Può accadere, in particolare, che la Corte, in sede di *judicial review of legislation*, ritenga opportuno non pronunciarsi nel merito, preferendo indicare al legislatore le modalità attraverso cui provvedere a definire una *constitutional question*[48] secondo dinamiche che ricordano le tecniche decisorie adottate nelle c.d. sentenze monitorie, mediante le quali la Corte costituzionale italiana "ammonisce" il legislatore circa i problemi di legittimità che potrebbero riguardare una legge[49]. Appare quindi evidente come le difficoltà teoretiche con cui si sono

---

[44] Sul punto sono molto chiare le considerazioni di J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1981, spec. pp. 44 ss. e 63 ss. Nella dottrina italiana, si vedano S. Volterra, *L'indipendenza del giudice negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1970; M. Gobbo, *La funzione consultiva delle Corti negli ordinamenti anglosassoni*, cit., p. 61 ss.

[45] Non così in alcune esperienze statali. Cfr. sul punto, e in termini critici, M.A. Topf, *State Supreme Court Advisory Opinions as Illegitimate Judicial Review*, 1 *Detroit College of Law at Mich. St. L. Rev.* 101, 2001; cfr. altresì C.M. Carberry, *The State Advisory Opinion in Perspective*, 44 *Fordham L. Rev.* 81, 1975.

[46] Cfr. W.F. Murphy, *Elements of Judicial Strategy*, University of Chicago Press, Chicago, 1964, spec. pp. 132-155.

[47] Ad esempio nei casi *Duke Power Co. v. Carolina Env. Study Group* [438 U.S. 59, 82, 103 (1978)] e *Bellotti v. Baird* [433 U.S. 622, 651, 656 (1979)]. Sul punto E.F. Albertsworth, *Advisory Functions in Federal Supreme Court*, 23 *Geo. L.J.* 643, 1935; critico su questa prassi G.B. Bell, *Style in Judicial Writing*, 15 *J. Pub. L.* 214, 1966.

[48] P.M. Kannan, *Advisory Opinions by Federal Courts*, cit., p. 792 ss.

[49] Sul punto, *ex multis*, L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento. Sentenze indirizzo e attività legislativa*, Cedam, Padova, 1987. Su questa tipologia di decisioni e sulle implicazioni ad essa connesse cfr. anche, in generale, A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Giuffrè, Milano, 2000; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, spec. p. 147 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, spec. p. 381 ss.; M. Belletti, *Il giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi e gli atti con forza di legge*, in L. Mezzetti, M. Belletti, E. D'Orlando, E. Ferioli, *La Giustizia Costituzionale*, Cedam, Padova, 2007, spec. p. 429 ss.

dovuti confrontare, sia i *supreme justices*, sia la dottrina statunitense, presentano alcuni profili di similitudine con la nostra esperienza costituzionale[50].

Se la Corte Suprema non può decidere nel merito questioni di costituzionalità che abbiano carattere meramente astratto o ipotetico, potendo esercitare il *judicial review* unicamente laddove sia impossibile definire altrimenti la questione[51] e si lamenti la concreta lesione di diritti, similmente, nel nostro ordinamento, la Corte costituzionale, in sede di giudizio in via incidentale[52], ha da tempo escluso l'ammissibilità[53] di tutte quelle questioni che abbiano un caratte-

---

[50] Su cui più diffusamente, *infra*, al par. n. 4.

[51] *Ashwander v. Tennessee Valley Authority* [297 U.S. 288, 347-348 (1936)]: nel senso di imporre alla Corte Suprema di verificare, prima di procedere alla declaratoria di incostituzionalità di una norma, se sia correttamente possibile una interpretazione della legge attraverso la quale la questione possa essere evitata, e se, più in generale, esistano altri ambiti in cui il caso possa trovare una definizione. La giurisprudenza richiamata, cioè, palesa in modo piuttosto chiaro la propria sensibilità, sia verso il mantenimento di un equilibrio fra i poteri dello Stato secondo una prospettiva che si potrebbe definire di carattere interorganico, sia per quanto concerne l'assetto dello Stato federale. Cfr. altresì *Edward J. DeBartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Bldg. and Const. Trades Council* [485 U.S. 568, 575 (1988)] e *Rust v. Sullivan* [500 U.S. 173 (1990)].

[52] Parimenti, stante la natura ibrida del processo costituzionale nazionale, l'instaurazione del giudizio di costituzionalità è funzionale alla messa in opera di un meccanismo di garanzia obiettiva dal carattere generale, ma viene subordinata alla sussistenza del requisito della rilevanza, che si sostanzia nell'utilità della questione per la risoluzione del giudizio *a quo*. In questo si palesa il rapporto di pregiudizialità costituzionale: le finalità generali rappresentate dalla garanzia costituzionale si aggiungono alla matrice concreta della q.l.c.: essa origina da una controversia attuale e concreta alla cui risoluzione è finalizzata. Ed è analizzando tale rapporto di pregiudizialità costituzionale che si possono osservare alcune analogie fra l'esperienza italiana e quella statunitense.

[53] La Corte costituzionale ricorre spesso a decisioni processuali al fine non decidere questioni che si ritengono avere una natura meramente ipotetica. Cfr. *ex multis*, G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 285 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 182 ss.; R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 51 ss.; L. Carlassare, *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte Costituzionale*, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 27 ss., spec. p. 60, nota n. 75; M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Cedam, Padova, 1984, p. 112.

re meramente eventuale, ipotetico o teorico[54] o che siano svincolate da concrete esigenze applicative, risultando, al contrario, ascrivibili all'intento di servire ragioni di carattere politico o scientifico e, pertanto, coincidenti con una vera e propria *litis ficta*[55]. Similmente, anche in sede di definizione di conflitti di attribuzione, la Consulta insiste sul carattere residuale, concreto ed ineliminabile del conflitto[56].

1.4. *(*segue*): concretezza del giudizio e* doctrines of justiciability

Più in generale, alla definizione ed integrazione del requisito della concretezza del giudizio, oltre al divieto di rendere *advisory opinions*, concorrono le altre *doctrines of justiciability*: vale a dire lo *standing*, funzionale ad individuare la sussistenza della legittimazione e dell'interesse ad agire[57]; la *ripeness*, ai sensi della quale si richiede che la pretesa azionata in giudizio abbia carattere concreto e non si basi su argomentazioni di carattere meramente speculati-

[54] Che si sostanzia nel divieto di rendere *advisory opinions*. Si fa riferimento a questioni aventi natura meramente teorica, ipotetica o scientifica. Cfr. *ex multis* la sent. n. 171 del 1996 secondo la quale «le questioni di costituzionalità prospettate in via ipotetica sono improponibili»; ma anche l'ordinanza n. 34 del 2001 secondo cui laddove «una questione di legittimità costituzionale è sollevata in via ipotetica, in vista di una possibile evenienza futura e incerta» tale questione «in quanto priva del necessario requisito della rilevanza, deve essere dichiarata manifestamente inammissibile (v., tra molte, le ordinanze nn. 237 del 1999, 459, 165 e 34 del 1998; sent. n. 336 del 1995)». Ma si vedano, altresì, le sentt. nn. 65 del 1964; 256 del 1982, 89, 100 e 208 del 1983; 139 del 1984; 227, 365 e 423 del 1996; e le ordd. 175 del 2003 o 147 del 2013.

[55] La Corte ricorre spesso a decisioni processuali al fine non decidere questioni che si ritengono avere una natura meramente ipotetica. È la stessa conformazione del giudizio in via incidentale a richiedere che la decisione della Corte sia funzionale al soddisfacimento di interessi concreti rispetto ai quali la decisione sulla costituzionalità della norma impugnata si pone come strumentale. Cfr. *ex multis*, G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 285 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 182 ss.; R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, cit., p. 51 ss.; L. Carlassare, *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte Costituzionale*, cit., p. 27 ss., spec. p. 60, nota n. 75; M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, cit., p. 112.

[56] P. Veronesi, *A proposito di rilevanza: la Corte come giudice del modo di esercizio del potere*, in *Giur. cost.*, 1, 1996, p. 478 ss.; Id., *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1999.

[57] Su cui, *infra*, par. 2.

vo[58]; e la *mootness*, che riflette la complementare esigenza di valutare che lo scorrere del tempo o la successione degli eventi non abbia fatto venir meno il carattere concreto della controversia[59]. Alle *doctrines of justiciability* appena richiamate va, poi, aggiunta la controversa *political question doctrine* che, come si approfondirà nel capitolo successivo, nella sua configurazione originaria rispondeva ad una concezione tendenzialmente rigida del principio di separazione dei poteri, imponendo la non decisione di dispute la cui risoluzione competesse ad altri poteri dello Stato[60], ma che, negli anni, si è evoluta sino a diventare una delle *doctrines* più politicamente orientate di cui la Corte si sia servita.

Riepilogando, secondo la giurisprudenza della Corte Suprema non sarebbero «*justiciable*» le questioni in cui le parti «*seek adjudication of only a political question*» – in cui la Corte esclude di avere competenza funzionale a decidere controversie di natura concreta che si prestano ad una definizione in sede politica –[61], ovvero in cui si stimoli unicamente «*an advisory opinion*»[62]; o quelle in cui la

---

[58] Su cui, *infra*, par. 3.1.

[59] Su cui, *infra*, par. 3.2.

[60] L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 69. Si deve al *chief justice* Taney la teoria secondo cui la Corte Suprema non può spingersi a decidere *political questions*, considerandosi tali quelle per cui fa difetto un parametro giuridico di risoluzione certo. Va, peraltro, ricordato che spesso la Corte Suprema, pur essendo astrattamente in presenza dei presupposti per applicare la *political question doctrine*, ha preferito non spingersi alla definizione nel merito di questioni sottoposte al proprio esame argomentando in punto di assenza di *standing*; ricorrendo, cioè, ad un'altra (e forse meno "politicamente" problematica) *doctrine of justiciability* (su cui, *infra*, al par. 2). Per maggiori approfondimenti sul crescente uso della tecnica dello *standing* come dottrina applicata anche in sostituzione della *political question doctrine*: K. Breedon, *Remedial Problems at the Intersection of the Political Question Doctrine, the Standing Doctrine, and the Doctrine of Equitable Discretion*, 34 *Ohio N.U.L. Rev.* 523, 2008; M.V. Tushnet, *Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine*, in N. Mourtada-Sabbah, B.E. Cain (a cura di), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Lexington Books, Lanham, 2007, p. 47 ss., nonché L. Sandstrom Simadr, *Standing Alone: Do We Steel Need a Political Question Doctrine?*, 100 *Dickinson L.R.* 303, 1996.

[61] Cfr. ad es. *Nixon v. United States* [506 U.S. 224, 228-229 (1993)] e *Luther v. Borden* [48 U.S. 1, 46-47 (1849)]. Su questi aspetti, cfr. diffusamente, *infra*, capp. IV e V.

[62] Sia il limite di *political question*, sia il divieto di rendere *advisory opinions*, rispondono alla medesima *ratio*. È stato ben rilevato, infatti, che entrambi rappre-

questione non sia *ripe*[63] oppure, al contrario, «*has been mooted by subsequent developments*»[64]; o ancora «*when there is no standing to maintain the action*»[65]. Come sarà approfondito nelle pagine che seguiranno, nonostante gli sforzi di dottrina e giurisprudenza per tracciare line distintive nette fra le varie *doctrines of justiciability*, inevitabilmente esse presentano aree di sovrapposizione reciproca[66] che se, da un lato, rendono il bagaglio di strumenti tecnici a disposizione del giudice estremamente flessibile, dall'altro comportano alcune difficoltà teorico-ricostruttive di non poco conto. Nell'applicazione dei diversi criteri sopra indicati la Corte Suprema non sempre ha prestato attenzione a quanto sottolineato dalla dottrina costituzionalistica prevalente o agli indirizzi espressi dal legislatore e quindi, in sede di decisione sulla sussistenza o meno della "giustiziabilità" di una questione, essa pare esercitare un potere sostanzialmente discrezionale, seppur ancorato ad alcuni parametri normativi. Tale tendenza è stata oggetto di numerose critiche in letteratura[67]: critiche che nel tempo hanno contribuito a stimolare, nella prassi giuri-

---

sentano «i termini di uno *schema simmetrico*, rispettivamente *ex post* ed *ex ante* rispetto alla positività della decisione degli organi di indirizzo espressa tanto, in senso stretto, in un atto formale di natura legislativa, quanto *latu sensu*, in un comportamento costituzionalmente rilevante». Così R. Toniatti, *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 24-25.

[63] Ad esempio *United Public Workers v. Mitchell* [330 U.S. 75, 89-90 (1947)].

[64] *Flast v. Cohen* [392 U.S. 83, 95 (1968)], ma anche *DeFunis v. Odegaard* [416 U.S. 312, 316 (1974)].

[65] *Flast v. Cohen* [392 U.S. 83, 95 (1968)]. Cfr. altresì *Sierra Club v. Morton* [405 U.S. 727, 731-732 (1972)] e *Frothingham v. Mellon* e *Massachusetts v. Mellon* [262 U.S. 447, 488-489 (1923)].

[66] Come rilevato dalla stessa Corte Suprema nel caso *Warth v. Seldin* [422 U.S. 490, 499 n. 10 (1975)]: «*[t]he standing question thus bears close affinity to questions of ripeness – whether the harm asserted has matured sufficiently to warrant judicial intervention – and of mootness – whether the occasion for judicial intervention persists*».

[67] *Ex multis* si possono ricordare: R.H. Fallon jr (*Of Justiciability Remedies and Public Law Litigation: Note on the Jurisprudence of Lyons*, 59 *N.Y.U. L. Rev.* 1, 1984), il quale biasima l'allora crescente uso della discrezionalità nella selezione dei casi al fine di ridimensionare il margine di intervento del potere giudiziario federale nei giudizi amministrativi; nonché M.H. Redish (*Abstention, Separation of Powers and the Limits of the Judicial Function*, 94 *Y.L.J.* 71, 1984), il quale critica l'*abtension doctrine* cui ricorrerebbe la Corte Suprema federale invocando i principi del federalismo. Analogamente, S. Reinhardt (*Limiting Access to the Federal Courts*, 6 *Whittier L. Rev.* 967, 1984) critica la dottrina in questione troppo fun-

sprudenziale, lo sviluppo di raffinate tecniche interpretative funzionali ad evitare lo scontro diretto con gli altri organi costituzionali e rinforzato alcune forme di *self-restraint*[68]. Inoltre, la Corte Suprema ha adottato una linea d'intervento che solo talvolta si è coniugata, mentre più spesso ha surclassato, i suoi sforzi di attribuire un valore sostanzialmente politico a molte indicazioni esclusivamente costituzionali[69]. Ma la *cases and controversies doctrine*, e, conseguentemente, le *doctrines of justiciability*, sono anche, in definitiva, una forma di autovalutazione attraverso cui la Corte Suprema può continuamente ridiscutere e ridefinire i confini del proprio potere in un'ottica di flessibilità e costante evoluzione[70]. Attraverso le modalità di impiego degli strumenti di non decisione di cui dispone, la Corte Suprema ha esercitato (ed esercita) un'attività che può essere definita di *policymaking*, sebbene essa, quantomeno nelle sue conformazioni più conservatrici, sia ben attenta a dichiarare il contrario[71].

---

zionale ad una manipolazione e ad eventuali interpretazioni restrittive in materia di diritti civili.

[68] Per una ampia ed analitica ricognizione in merito si veda D.L. Shapiro, *Jurisdiction and Discretion*, cit., p. 543 ss. Per una rassegna degli strumenti di cui dispone la Corte Suprema per esercitare il *self-restraint* si veda anche H.J. Abraham, *The Judicial Process*, Oxford University Press, New York, 1998, 7th ed., spec. p. 348 ss., nonché cfr., *supra*, note nn. 2,3 e 9, e cap. II, spec. parr. nn. 2 ss. In giurisprudenza, particolarmente significative sul punto sono le argomentazioni espresse dal giudice Brandeis nella sua *concurring opinion* al caso *Ashwander v. Tennessee Valley Authority* [297 U.S. 288, 346-347 (1936)].

[69] Sul punto. *Allen v. Wright* [468 U.S. 737, 750 (1984)], e il commento di C.D. Floyd, *The Justiciability Decisions of the Burger Court*, 60 *Notre Dame L. Rev.* 862, 1985.

[70] Riscostruisce brillantemente la dottrina e la giurisprudenza sul punto L. Brilmayer, *The Jurisprudence of Article III: Perspectives on the "Case or Controversy" Requirement*, cit., p. 297 ss. In senso critico si veda M.V. Tushnet, *The Sociology of Article II: a Response to Professor Brilmayer*, cit., pp. 1698. Più di recente R.H. Fallon *et al.*, *Hart and Wechsler's, The Federal Courts and the Federal System*, cit., p. 1 ss.

[71] Anche di recente, il *chief justice* Roberts, noto per le sue posizioni conservatrici e per la direzione di una Corte Suprema in cui paiono molto forti le posizioni originaliste, riferendosi ai limiti di cui all'art. III Cost., ha affermato che la *case and controversies doctrine* «*ensures that we act as judges, and do not engage in policymaking properly left to elected representatives*»: *Dennis Hollingsworth et al. v. Perry et al.* [570 U.S._(2013)], *slip opinion*, p. 2. Già prima di lui il *justice* Brandeis avrebbe dichiarato che «*the most important thing we do is not doing*», così citato in L. Fisher, *Constitutional Dialogues, Interpretation as Political Process*, cit., p.

La scelta di non decidere (e, a volte, di decidere), infatti, non è una scelta neutra e può avere un diverso impatto sull'assetto istituzionale a seconda della tecnica concretamente impiegata e delle argomentazioni espresse[72]. Manipolando le varie *doctrines of justiciability* la Corte Suprema riesce ad modellare le modalità di esercizio del potere di *judicial review*, rendendole rispondenti ad un modello più o meno astratto di *constitutional adjudication*, e conseguentemente, spostando il fulcro del giudizio dai fatti alle norme, accentuando, di conseguenza, le caratteristiche di astrattezza (e di "politicità") del processo di *constitutional adjudication*[73] secondo una traiettoria che non pare poi così distante da quella che si può osservare con riferimento alle tecniche interpretative cui è a volte ricorsa la Corte costituzionale italiana[74].

---

85 (il quale a sua volta riporta una citazione di A.M. Bickel [*The unpublished Opinions of Mr. Justice Brandeis*, 17, 1957]).

[72] Le motivazioni in base alle quali la Corte Suprema decidere di non decidere un caso sottoposto al suo esame possono avere un impatto significativamente diverso sugli assetti istituzionali. Infatti, altro è rifiutare di concedere il *writ of certiorari* (sui cui effetti cfr. J.J. Hanus, *Denial of Certiorari and Supreme Court policymaking*, cit., p. 41 ss.; nonché P. Linzer, *The Meaning of Certiorari Denials*, cit., p. 1227 ss.), altro è dichiarare *dismissed* un caso per carenza di *standing*, o perché non *ripe*, o perché *moot* o, infine, perché ascrivibile alle *political questions* che la Corte Suprema non può decidere. Come si è già in parte anticipato, ma si spiegherà meglio nelle pagine che seguiranno, la scelta di non decidere (o di decidere) una determinata questione risponde a delle logiche ed interessi di natura contingente definibili *latu sensu* politiche. Sull'uso strumentale delle varie *doctrines of justiciability* si vedano, in generale L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 67 ss.; E. Chemerinsky, *Constitutional law*, cit., p. 68; R.H. Fallon, *jr. et al.*, *Hart and Wechsler's*, *The Federal Courts and the Federal System*, cit., p. 70 ss.; L.W. Yackle, *Federal Courts*, cit., p. 16 ss.; E. Chemerinsky, *Federal Jurisdiction*, cit., p. 45 ss.; L.H. Tribe, *Constitutional Choices*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1986, p. 99 ss., ma anche J.R. Siegel, *A Theory of Justiciability*, cit., p. 73 ss., nonché la bibliografia indicata *infra*, parr. 2 e 3, in relazione allo *standing*, alla *ripeness* e alla *mootness doctrine*.

[73] In questo modo, come si approfondirà nei parr. successivi, la Corte Suprema è spesso è riuscita ad operare quale vero e proprio giudice costituzionale (definendo questioni ritenute di interesse generale, nonostante fossero palesemente *moot* o non *ripe*), valorizzando i profili attinenti la risoluzione di questioni di principio e, conseguentemente discostandosi dalla stretta aderenza ai fatti di causa e, quindi, dal proprio ruolo di giudice ordinario di ultima istanza.

[74] Soprattutto in alcuni periodi storici, come il periodo fra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta. Cfr. R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991, spec. p. 8 ss.; L. Pegoraro,

2. *La selezione dei casi alla luce del composito prisma dello* standing

2.1. *Il contesto definitorio*

Il termine *standing* si riferisce ai concetti di interesse e legittimazione ad agire[75] e la *doctrine of standing* è una delle tecniche di selezione dei casi più controversa, che consente alla Corte Suprema di esercitare la massima discrezionalità nella scelta delle questioni su cui pronunciarsi[76].

La nozione di *standing* si è molto evoluta e definita nel tempo[77],

---

I rapporti della Corte costituzionale con il legislatore dopo lo smaltimento dell'arretrato, in R. Romboli, *La giustizia costituzionale…*, cit., p. 185 ss.; R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale: 1990-1992*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 140-142. Evidenza i parallelismi fra giurisprudenza statunitense e italiana V. Barsotti, *L'arte di tacere…*, cit., spec. p. 287 ss.

[75] Ma sulla non perfetta coincidenza del concetto di *standing* con i concetti di interesse e legittimazione ad agire, cfr. V. Barsotti, *L'arte di tacere…*, cit., p. 144 ss. e P. Bianchi, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, cit., spec. p. 73 ss., e Id., *Il contraddittorio davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in V. Angiolini (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi. Atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 279 ss.

[76] Significative sono le parole del *justice* Douglas il quale nel caso *Association of Data Processing Service Organizations, Inc. v. Camp* [397 U.S. 150, 151 (1970)] ha affermato che «*[g]eneralizations about standing to sue are largely worthless as such. One generalization is, however, necessary and that is that the question of standing in the federal courts is to be considered in the framework of Article III which restricts judicial power to "cases" and "controversies"*».

[77] La storia dell'evoluzione della *standing doctrine*, peraltro, non è affatto incontestata, al contrario. Comunque, uno dei modi consueti attraverso cui analizzare siffatta evoluzione complicata è attraverso la lente del modello di risoluzione delle controversie (o c.d. *private rights' model*) e intervento legislativo (c.d. *public rights' model* – su cui anche *supra*, nota n. 2). Per un'analisi in termini generali: cfr. R.H. Fallon, *jr. et al.*, *Hart and Wechsler's*, *The Federal Courts and the Federal System*, cit., p. 72 ss.; L.W. Yackle, *Federal Courts*, cit., p. 16 ss.; Si vedano, altresì: G.R. Nichol Jr, *Justice Scalia, Standing, and Public Law Litigation*, 42 *Duke L.J.* 1141, 1993; D.M. Driesen, *Standing for Nothing: The Paradox of Demanding Concrete Context for Formalist Adjudication*, 89 *Cornell L. Rev.* 808, 2004, spec. p. 834 ss.; F.A. Hessick, *Standing, Injury in Fact, and Private Rights*, 93 *Cornell L. Rev.* 275, 2008, spec. p. 278 ss. La dottrina ha proposto varie periodizzazioni in materia di *standing*. Pur consapevoli dell'esistenza di contrasti in ordine alla individuazione di una periodizzazione universalmente condivisa, e dell'esistenza di molteplici letture inerenti l'evoluzione della *standing doctrine*, si ritiene comunque utile fornire una breve panoramica esplicativa delle varie macro-fasi che hanno interessato la

giurisprudenza della Corte Suprema. Se fino agli anni Venti del secolo scorso la dottrina riteneva che «*there was no separate standig doctrine at all*» (C.R. Sunstein, *What's Standing after Lujan? of Citizen Suits, "Injuries", and Article III*, 91 *Mich. L. Rev.* 163, 1992, p. 170) e, per la giurisprudenza i problemi inerenti l'individuazione della legittimazione processuale dell'attore si ponevano esclusivamente in termini di presenza o meno di un diritto o di un interesse *legally protected*, ovvero della espressa previsione di una *cause of action* (C.R. Sunstein, *Standing and the Privatization of Public Law*, cit., p. 1432 ss.), a partire dagli anni Venti incominciò ad essere elaborata la moderna idea di *standing*, che può essere considerata almeno in parte frutto del dibattito che si svolse all'interno delle corti federali in merito alla legittimità del nascente stato amministrativo (su quest'ultimo punto, *ex multis*, C.R. Sunstein, *What's Standing after Lujan? Of Citizen Suits, "Injuries", and Article III*, cit., p. 197 ss. nonché F.A. Hessick, *Standing, Injury in Fact, and Private Rights*, cit., p. 290 ss.). Nei primi decenni del secolo scorso la Corte Suprema palesò la volontà di limitare i ricorsi volti a minare le riforme sociali ed economiche adottate a livello federale anche se, paradossalmente, l'innalzamento delle barriere costituite dai presupposti processuali (grazie all'interpretazione rigorosa del requisito dell'*injury*) trovava una fonte di sostegno in una concezione della tutela giurisdizionale restrittiva e rigida che pareva ancora incentrata su un modello processuale privatistico (sostenuto soprattutto dai *justice* Brandeis e Frankfurter – S.L. Winter, *The Metaphor of Standing and the Problem of Self-Governance*, 40 *Stan. L. Rev.* 1371, 1988, p. 1424), sebbene sia proprio a partire dal periodo del *New Deal* che il modello processuale iniziò a modellarsi quale modello di stampo pubblicistico. La Corte Suprema, quindi, grazie ad un (apparente) esercizio di *passive virtues* evitava la verifica giudiziale della politica sostenuta dall'esecutivo. Con l'avvio della presidenza Warren, mutò anche l'atteggiamento della Corte Suprema in relazione alla definizione dei presupposti processuali e, in particolare dello *standing.* Si aprì una fase, che si protrasse sino agli anni Settanta del secolo scorso, in cui la giurisprudenza si è mostrata sensibile e aperta verso nuove istanze. Una Corte fortemente *rights oriented* iniziò ad intendere lo *standing* in termini meno rigidi rispetto al passato e a fornire un'interpretazione elastica del requisito dell'*injury in fact* al fine di considerare le istanze di tutela prospettate nei confronti dell'azione amministrativa e di consentire tutela giurisdizionale agli interessi diffusi contemplati da norme del Congresso facendo virare il sistema giurisdizionale verso un modello di *public law litigation* (in tal senso A. Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, cit., p. 1281 ss.). Ad esempio, in materia ambientale si giunse a riconoscere lo *standing to sue* anche alle associazioni protezionistiche (cfr. *Sierra Club v. Morton* [405 U.S. 727 (1972)]) sostenendo, di fatto, la politica ecologica sostenuta dal Congresso, che prevedeva ampie possibilità di partecipazione dei cittadini alle funzioni di governo, attribuendo loro anche la possibilità di agire in giudizio qualora le Agenzie federali non avessero adempiuto correttamente agli obblighi imposti dalla normativa (C.R. Sunstein, *What's Standing after Lujan? Of Citizen Suits, "Injuries", and Article III*, cit., p. 193 ss.). Nella giurisprudenza della Corte Warren si tende, quindi, a riconoscere lo *standing* (e la presenza di *injury*) a coloro i quali mostrino di avere un interesse personale nella controversia e i giudici si mostrano interessati a disporre di una efficace ed esauriente prospettazione di tutti gli elementi utili alla decisione (in tal senso L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., pp.

anche in ragione dell'uso politico che ne è stato fatto dalla Corte Suprema[78], sebbene il suo attuale *chief justice*, in un articolo dei primi

107-108). La fase di apertura portata avanti dalla Corte Warren trovò notevoli contestazioni nella dottrina e in quei giudici di ispirazione conservatrice che consideravano l'apertura verso la tutela degli interessi diffusi uno snaturamento della *standing doctrine* (G.R. Nichol Jr, *Rethinking Standing*, 72 *Cal. L. Rev.* 68, 1984). Con l'avvento della Corte Burger muta progressivamente – in senso ostile – l'atteggiamento della Corte Suprema nei confronti degli attori ideologici. In conseguenza di ciò si assiste ad una interpretazione più rigorosa degli *standing requirements*, in particolare del requisito dell'*injury in fact*, ma anche della *causation* e della *redressability* (sul punto emblematico è il caso *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State Inc.* [454 U.S. 464 (1982)] anche se nei primissimi anni alcune decisioni si collocano sulla scia della giurisprudenza della Corte Warren, come *United States v. SCRAP* [412 U.S. 669 (1973)]). Si fanno più frequenti nella giurisprudenza le argomentazioni che tendono a negare la sussistenza di *standing* in ragione della necessità di rispettare il principio di separazione dei poteri (*Allen v. Wright* [468 U.S. 737 (1984)]), al fine di patrocinare un cauto rispetto (a volte solo apparente, però), dell'azione dei poteri legislativo ed esecutivo. Diventa, così, più difficile per il ricorrente la prova di aver subito un danno personale e concreto, unitamente alla prova di esser titolare di una posizione giuridica differenziata rispetto a quella degli altri soggetti appartenenti alla comunità (G.R. Nichol Jr, *Injury and the Disintegration of Article III*, 74 *Cal. L. Rev.* 1915, 1986, spec. p. 1921 ss.). In epoca più recente, con le Corti Rehnquist e Roberts, si continua ad assistere ad un tendenziale irrigidimento degli *standing requirements*, sebbene ciò non significhi, necessariamente, un maggior rispetto del principio di separazione dei poteri, quanto, a volte, un modo per esercitare un "passivo attivismo". Per maggiori approfondimenti in letteratura, oltre alla dottrina sopra citata, si vedano anche, *ex multis* R.M. Re, *Relative Standing*, 102 *Geo. L.J.* 1191, 2014; H. Elliott, *Symposium*: *Standing in the Roberts Court: Does the Supreme Court Ignore Standing Problems to Reach the Merit? Evidence (or Lack) from the Roberts Court*, 23 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 189, 2014; Id., *The Functions of Standing*, cit., p. 459 ss.; J.R. Siegel, *A Theory of Justiciability*, cit., p. 73 ss.; M.L. Stearns, *Standing at the Crossroads: The Roberts Court in Historical Perspective*, cit., spec. pp. 884-937; M.E. Mansfield, *Standing and Ripeness Revisited: The Supreme Court's "Hypothetical" Barriers*, cit., p. 3 ss.; H.P. Monaghan, *Constitutional Adjudication: The Who and When*, cit., p. 1363 ss. Nella letteratura italiana, si vedano: V. Barsotti, *L'arte di tacere…*, cit., spec. p. 144 ss.; P. Bianchi, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, cit., spec. p. 63 ss.

[78] La dottrina ha spesso criticato lo *standing* per le sue incoerenti applicazioni. Si è detto che «*the pervasive inconsistency in the application of standing doctrine overwhelmingly support claims to an underlying political motivation that drives individual cases results*»: M.L. Stearns, *Standing at the Crossroads: The Roberts Court in Historical Perspective*, cit., p. 886; ma in senso conforme anche Id., *Constitutional Process: A Social Choice Analysis of Supreme Court Decision Making*, University of Michigan Press, Ann Arbor, MI, 2002; Id., *Standing and Social Choice: Historical Evidence*, 144 *U. Pa. L. Rev.* 309, 1995. Si è altresì sostenuto che da molti decenni ormai «*as standing become increasingly prominent constraint*

anni Novanta del secolo scorso, l'avesse definita «*an apolitical limitation on judicial power*»[79] e molte delle sue decisioni attuali siano formalmente tese a sottolinearne tale carattere[80].

In termini generali, si può affermare che, affinché una causa sia ritenuta suscettibile di esame da parte della Corte, è necessario che sussistano tre requisiti: l'*injury*[81], la *causation* e la *redressability*[82].

---

on developing bodies of federal constitutional law, the doctrine remained the focus of sustained academic attention and criticism […] in perhaps no other area of constitutional law has scholarly commentary been so uniformly critical»: G.R. Nichol Jr, *Rethinking Standing*, cit., p. 68. Su questi temi anche R.M. Re, *Relative Standing*, cit., p. 1204 ss.; H. Elliott, *The Functions of Standing*, cit., p. 459 ss. e la ricca bibliografia ivi citata. Per la dottrina italiana si rinvia a P. Bianchi, *Giustizia Costituzionale negli Stati Uniti*, cit., p. 51 ss., Id., *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, cit., p. 73 ss.; V. Barsotti, *L'arte di tacere…*, cit., p. 144 ss.; In relazione agli *structural cases* si veda A. Sperti, *Corti Supreme e conflitti fra poteri…*, cit., p. 62 ss.

[79] J.G. Roberts, *Article III Limits on Statutory Standing*, 42 *Duke L.J.* 1219, 1993, p. 1230.

[80] Cfr. di recente: *Clapper Director of National Intelligence et al. V. Amnesty International USA et al.* [568 U.S._(2013)], *slip opinion*; *Dennis Hollingsworth et al. v. Perry et al.* [570 U.S._(2013)] *slip opinion.*

[81] La formulazione del requisito dell'*injury* si riscontra per la prima volta nel caso *Association of Data Processing Service Organizations, Inc. v. Camp* [397 U.S. 150 (1970)], ma sulla problematica (e talvolta contraddittoria) definizione di tale concetto cfr. *ex multis*, *Sierra Club v. Morton* [405 U.S. 727 (1972)]; *United States v. SCRAP* [412 U.S. 669 (1973)]; *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State Inc.* [454 U.S. 464 (1982)]; *Diamond v. Charles* [476 U.S. 54 (1986)]; *Lujan v. Defenders of Wildlife* [504 U.S. 555 (1992)]; più di recente cfr. anche *Hein v. Freedom From Religion Foundation* [551 U.S. 587 (2007)]; *Massachusetts v. Environmental Protection Agency* [549 U.S. 497 (2007)]; *Summers v. Earth Island Institute* [555 U.S. 488 (2009)]; *American Electric Power Company v. Connecticut* [564 U.S. 410 (2011)]; *Clapper Director of National Intelligence et al. V. Amnesty International USA et al.* [568 U.S._(2013)], *slip opinion*; *Dennis Hollingsworth et al. v. Perry et al.* [570 U.S._(2013)], *slip opinion.* Particolarmente critico in merito agli sforzi della Corte Suprema di "modellare" il requisito della *injury* al fine di determinare lo *standing* è G.R. Nichol Jr (*Rethinking Standing*, cit., p. 70) il quale ha affermato che «*[t]he Court has so severely manipulated the injury standard that the foundation of standing law is essentially incomprehensible*».

[82] *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State Inc.* [454 U.S. 464 (1982)]; *Lujan v. Defenders of Wildlife* [504 U.S. 555, 560-561 (1992)]; *Dennis Hollingsworth et al. v. Perry et al.* [570 U.S._(2013)], *slip opinion*, p. 5: «*[t]his requires the litigant to prove that he has suffered a concrete and particularized injury that is fairly traceable to the challenged conduct, and is likely to be redressed by a favorable judicial decision […]. The presen-*

Cioè, è necessario che il ricorrente agisca contro un convenuto, ritenuto responsabile di un evento lesivo a suo danno, al fine di ottenere un risarcimento, ovvero il ripristino della situazione anteriore alla lesione lamentata[83]. Tuttavia, i concetti di *injury* e *causation* e *redressability* si sono dimostrati estremamente difficili da circostanziare e la Corte ne ha spesso fatto un uso strumentale al soddisfacimento di interessi contingenti, estendendone o comprimendone la portata, anche se, almeno sotto il profilo formale, è sempre necessario che il ricorrente dimostri il proprio interesse ad agire, allegando la concretezza e l'attualità della lesione lamentata. È altresì indispensabile che sussista un nesso di causalità, non meramente ipotetico, fra situazione lesiva e condotta del convenuto e si devono poter individuare le modalità attraverso cui soddisfare le istanze del ricorrente.

2.2. *(*segue*): lo* standing *e «its secrets rules»*

La *standing doctrine* si configura variamente a seconda che sia utilizzata dalle corti federali inferiori o dalla Corte Suprema[84], la quale, specialmente in sede di *constitutional adjudication*, vi ricorre secondo modalità che evidenziano tutte le sue potenzialità di *policy-maker*. Lo *standing*, così, si rivela uno strumento attraverso il quale, anche (e talvolta soprattutto) nella scelta su *se* decidere determinate

---

ce of a disagreement, however sharp and acrimonious it may be, is insufficient by itself tomeet Art. III's requirements».

[83] Cfr. ad esempio, *Allen v. Wright* [468 U.S. 737 (1984)] (at 751, *injury*; 753, n. 19, *fair traceability* e *causation*); *Northeastern Fla. Chapter of the Associated Gen. Contractors v. City of Jacksonville* [508 U.S. 656, 663-664 (1993)]. Sul punto la dottrina ha rilevato come «*by demanding injury in fact, causation and redressability standing doctrine seeks a set of factors that correlate to traditional bipolar litigaton*»: M.L. Stearns, *Standing at the Crossroads: The Roberts Court in Historical Perspective*, cit., p. 915. Cfr. altresì R.M. Re, *Relative Standing*, cit., p. 1213 ss., F.A. Hessick, *Standing, Injury in Fact, and Private Rights*, cit., p. 289 ss.; D.M. Driesen, *Standing for Nothing: The Paradox of Demanding Concrete Context for Formalist Adjudication*, cit., p. 839 ss.

[84] R.J. Pierce Jr, *Is Standing Law or Politics?*, 77 *N.C.L. Rev.* 1741, 1999, ma più di recente H. Elliott, *The Functions of Standing*, cit., p. 466 ss.; J.R. Siegel, *A Theory of Justiciability*, cit., p. 73 ss.

questioni, la Corte Suprema cela precise scelte di valore[85], giungendo finanche a creare una sorta di gerarchia di valori e diritti[86].

Come efficacemente sostenuto da uno dei più celebri *justices* della Corte Suprema, lo *standing*, quindi, «*is a word game palyed by its secret rules*»[87], e la prassi giurisprudenziale certamente conferma tale asserzione, mostrando come tale concetto possa essere manipolato e distorto sino a giungere al punto di rottura[88].

---

[85] L.H. Tribe, *Constitutional Choices*, cit., pp. 120-121. Cfr. i casi *Duke Power Co. v. Carolina Env. Study Group* [438 U.S. 59 (1978)], *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Curch and State Inc.* [454 U.S. 464 (1982)] e *City of Los Angeles v. Lyons* [461 U.S. 95 (1983)], nonché, più di recente *Clapper Director of National Intelligence et al. V. Amnesty International USA et al.* [568 U.S._(2013)], *slip opinion* e *Dennis Hollingsworth et al. v. Perry et al.* [570 U.S._(2013)], *slip opinion.*

[86] Sul rapporto tra giustiziabilità e gerarchie di valori nelle decisioni della Corte Suprema: L.H. Tribe, *Constitutional Choices*, cit., spec. pp. 117-118. A seconda delle diverse fasi storiche, infatti, la Corte Suprema ha fornito un'interpretazione elastica della *doctrine of justiciability* in esame per consentire l'affermazione (e la prevalenza) di determinati diritti su altri. Ad esempio, negli anni Settanta, si è fornita una interpretazione piuttosto elastica dello *standing* per tutelare diritto alla *privacy* (cfr. il caso *Roe v. Wade*, su tutti) o i diritti dell'imputato. Sull'evoluzione dell'uso dello *standing* in relazione alla tutela dei diritti cfr. oltre alla bibliografia indicata *supra*, alla nota n. 77, R.H. Fallon Jr, *The Linkage between Justiciability and Remedies: And Their Connections to Substantive Rights*, 92 *Va. L. Rev.* 633, 2006.

[87] *Flast v. Cohen* [392 U.S. 83, 129 (1968)], *dissent* del *justice* Harlan.

[88] Ogni tentativo di razionalizzare la dottrina, ogni tentativo di stabilire una regola è stato minato dalla previsione di eccezioni alla stessa, la cui coerenza è stata spesso posta in questione. Così: non possono esser fatti valere in giudizio diritti altrui (es. *City of Los Angeles v. Lyons* [461 U.S. 95, 100 (1983)] o *Gilmore v. Utah* [429 U.S. 1012, 1014-1017 (1976)]), salvo che ciò non venga ammesso (es. *Gladstone, Realtors v. Village of Bellwood* [441 U.S. 91, 102-103 (1979)]); non possono esser fatte valere contestazioni di carattere generale (es. *Schlesinger v. Reservists Committee* [418 U.S. 208, 227-228 (1974)] o *United States v. Richardson* [418 U.S. 166, 170 (1974)]) salvo che ciò non venga ammesso (es. *United States v. SCRAP* [412 U.S. 669, 685-690 (1973)] o *Flast v. Cohen* [392 U.S. 83, 101-107 (1968)]). Ancora, il Congresso non può discostarsi dall'interpretazione che la Corte Suprema dà degli *standing requirements* (es. *Lujan v. Defenders of Wildlife* [504 U.S. 555, 571-576 (1992)]), a meno che non venga riconosciuto un certo margine di flessibilità (es. *Friends of the Earth, Inc. et al. v. Laidlaw Environmental Services, Inc.* [528 U.S. 167, 187 (2000)]). In ragione di ciò la *standing doctrine* è stata ampiamente criticata, e definita «*incoherent*» (W.A. Fletcher, *The Structure of Standing*, 98 *Y.L.J.* 221, 1988, p. 221.); in uno stato di «*doctrinal confusion*» (C.R. Sunstein, *Standing and the Privatization of Public Law*, cit., p. 1458, ma anche R.H. Fallon Jr, *Of Justiciability Remedies and Public Law Litigation: Note on the Jurisprudence of Lyons*, 59 *N.Y.U. L. Rev.* 1, 1984, pp. 15-16); «*a pointless constraint on courts*» (J.R.

Inoltre la Corte Suprema ha concepito variamente la stessa natura della *standing doctrine.* In una fase iniziale, sviluppatasi durante il periodo del *New Deal*, se ne valorizzava la componente *prudential*, riconoscendo di conseguenza al Congresso il potere di ampliarne o restringerne le maglie nel modo ritenuto opportuno[89]. Tale fase fu implementata, sebbene per opposte ragioni dalla Corte Warren, la quale, in un'ottica *rights oriented*, concepì in termini ampi ed elestici le maglie dello *standing*, sia interpretando in modo meno rigido rispetto al passato la sussistenza dei suoi requisiti (su tutti l'*injury*)[90], sia non ostacolando le scelte del

---

Siegel, *A Theory of Justiciability*, cit., p. 75); «*not a body of law but an ideological struggle*» (R.W. Murphy, *Abandoning Standing: Trading a Rule of Access for a Rule of Deference*, 60 *Admin. L. Rev.* 943, 2008, p. 959 e comunque mancante di una solida base storica (es. S.L. Winter, *The Metaphor of Standing and the Problem of Self-Governance*, cit., pp. 1418-1425). La stessa Corte Suprema ha riconosciuto che lo «*[s]tanding has been called one of the most amorphous [concepts] in the entire domain of public law*» in *Flast v. Cohen* [392 U.S. 83, 99 (1968)]. In termini meno critici, però, cfr. M.L. Stearns, *Constitutional Process: A Social Choice Analysis of Supreme Court Decision Making*, cit., spec. p. 282 ss.; S.G. Calabresi, *The Congressional Roots of Judicial Activism*, 20 *J.L. & Pol.* 577, 2004, spec. p. 590 ss.; R.J. Pushaw Jr, *Limiting Article III Standing to "Accidental" Plaintiffs: Lessons from Environmental and Animal Law Cases*, 45 *Ga. L. Rev.* 1, 2010, spec. pp. 82-105.

[89] Per una ricostruzione delle fasi che hanno interessato la *standing doctrine* si veda, *supra*, nota n. 77 e cfr. la bibliografia ivi citata.

[90] In particolare nel caso *Flast v. Cohen* [392 U.S. 83 (1968)], ma cfr. anche *Griswold v. Connecticut* [381 U.S. 479 (1965)] nonché *Baker v. Carr* [369 U.S. 186 (1962)] (su cui diffusamente *infra*, capp. IV e V). Cfr. anche *supra*, nota n. 77. La Corte Warren, tentò di declinare la *standing doctrine* e il requisito dell'*injury* in termini nuovi, pur non sconfessando apertamente un risalente precedente rappresentato dal caso *Frothingham v. Mellon, Massachusetts v. Mellon* (casi riuniti) [262 U.S. 447 (1923)] (caso in cui la Corte Suprema rigettò il concetto di *taxpayer standing* stabilendo che la parte che agisce in giudizio deve poter dimostrare non solo l'illegittimità di un atto normativo impositivo (che integra un potenziale *vulnus* per la collettività), ma anche che per effetto della sua applicazione egli ha subito o sta per subire una lesione diretta). Nel caso *Flast* la Corte, garantendo *standing to sue* ad un *taxpayer* che aveva contestato l'uso di fondi federali in favore di organizzazioni religiose (valorizzando il nesso fra lo *status* di contribuente e l'asserita violazione dell'*establishment Clause*), cercò di differenziare i due versanti di cui si compone lo *standing*: isolando le considerazioni attinenti al rispetto del principio di separazione dei poteri da quelle di ordine strettamente processuale, al fine di limitare la portata delle prime. In questo modo i *supreme justices* riuscirono a espandere il proprio sindacato interpretando in modo estensivo il concetto di *injury*. Questa fase espansiva giunse ad ulteriore sviluppo con il caso *Association of Data Processing Service Organizations, Inc. v. Camp* [397 U.S. 150 (1970)], su cui *infra*, nota

Congresso che iniziarono a consentire tutela giurisdizionale agli interessi diffusi[91].

La prassi giurisprudenziale che si è affermata con le Corti Burger[92] e Rehnquist[93], e che sembra persistere anche durante la presidenza Roberts, mostra una certa inversione di tendenza[94]. La Cor-

---

n. 95. Ma in termini nuovamente restrittivi *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Curch and State Inc.* [454 U.S. 464 (1982)]. Per una ricostruzione della giurisprudenza in materia di *taxpayer standing*, *ex multis*, R.M. Re, *Relative Standing*, cit., p. 1227 ss., C.E. Esbeck, *Taxpayer Standing From Flast to Hein*, 80 *Miss. L.J.* 1, 2010, ma anche Id., *What the Hein Decision Can Tell Us about the Roberts Court and the Establishment Clause*, 78 *Miss. L.J.* 199, 2008; D.L. Lowmant, *A Call for Judicial Restraint: Federal Taxpayer Grievances Challenging Executive Action*, 30 *Seattle U. L. Rev.* 651, 2007.

[91] Su cui *infra*, par. 2.3, spec. note nn. 110-111.

[92] Durante la presidenza del *Chief justice* Burger anche i requisiti processuali di *causation* e *redressability* progressivamente vengono ad assumere un rilievo autonomo e sono intesi quale possibile ulteriore innalzamento di barriere nei confronti di interventi legislativi posti a tutela di interessi collettivi. Inoltre, la Corte Suprema declina un ventaglio di soluzioni finalizzate alla selezione dei casi, che pongono l'attenzione sulla natura della lesione concretamente subita. La giurisprudenza, quindi, oscilla fra un modello di *public law litigation* e il consolidato modello di *private law litigation* riattivando il criterio della diretta incidenza dell'*injury* nella sfera di interessi dell'attore. Questo, tuttavia porta alla decisione di casi secondo criteri che a volte sono parsi poco coerenti, soprattutto con riferimento alla modalità di valutazione del carattere futuro o eventuale dell'azione (es. *City of Los Angeles v. Lyons* [461 U.S. 95(1983)], su cui *infra*, par. 2.3.) e alla possibilità per le associazioni di far valere situazioni giuridiche condivise da una pluralità indistinta di soggetti (es. *United States v. SCRAP* [412 U.S. 669 (1973)]).

Per una lettura critica: A. Chayes, *The Supreme Court, 1981 Term. Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court*, 96 *Harv. L. Rev.* 4, 1982, e, più di recente, M.L. Stearns, *Standing at the Crossroads: The Roberts Court in Historical Perspective*, cit., p. 896 ss.; F.A. Hessick, *Standing, Injury in Fact, and Private Rights*, cit., p. 299 ss.; D.M. Driesen, *Standing for Nothing: The Paradox of Demanding Concrete Context for Formalist Adjudication*, cit., p. 834 ss.

[93] La presidenza Rehnquist, anche per il progressivo virare della Corte Suprema verso posizioni conservatrici, ha accentuato il tendenziale *restraint* manifestatosi nei decenni precedenti sino a ridefinire profondamente requisito dell'*injury*. Con il caso *Lujan v. Defenders of Wildlife* ([504 U.S. 555 (1992)]), infatti, si comprime l'area dei provvedimenti sindacabili in virtù dell'asserito rispetto del principio di separazione dei poteri e, quindi, si afferma di valorizzare l'equilibrio fra le diverse sfere di autonomia che la Costituzione riconoscerebbe ai soggetti del *government*. Su questo caso e le implicazioni ad esso connesse diffusamente *infra*, nota n. 111 e par. 2.4.

[94] M.L. Stearns, *Standing at the Crossroads: The Roberts Court in Historical Perspective*, cit., p. 896 ss. Per un'analisi empirica e critica della giurisprudenza della Corte Roberts in material di *standing* cfr. H. Elliott, *Symposium*: *Standing in the Roberts Court: Does the Supreme Court Ignore Standing Problems to Reach the*

te Suprema pare concepire lo *standing* in termini di combinazione di *constitutional* e *prudential requirements*, limitando il potere del Congresso di incidere sulla determinazione dei soggetti legittimati ad agire[95] e, conseguentemente, incidendo, *de facto*, in scelte di carattere politico.

La giurisprudenza degli ultimi trent'anni mostra chiaramente un tendenziale irrigidimento della concezione degli *standing requirements* che si muove in parallelo con il *revival* di posizioni originaliste[96] e una rinnovata[97] attenzione verso il rispetto della *separation*

Merit? Evidence (or Lack) from the Roberts Court, 23 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 189, 2014; Id., *The Functions of Standing*, cit., p. 459 ss.; V.C. Jackson, *Symposium*: *Standing in the Roberts Court: Standing and the Role of Federal Courts: Triple Error Decisions in Clapper v. Amnesty International USA and City of Los Angeles v. Lyons*, cit., p. 127 ss. Per un'analisi di alcuni casi significativi decisi di recente dalla Corte Roberts, si veda *infra*, par. 2.5. Va rilevato come l'inversione di tendenza (rispetto alla Corte Warren) in punto di valutazione degli *standing requirements* trova una propria ragion d'essere anche nella composizione che la Corte Suprema è venuta ad assumere nel tempo e, quindi, nelle diverse (contrap)posizioni che si sono articolate al suo interno. Su questi profili diffusamente M.L. Stearns, *Constitutional Process: A Social Choice Analysis of Supreme Court Decision Making*, cit., spec. p. 234 ss. e Id., *Standing at the Crossroads: The Roberts Court in Historical Perspective*, cit., spec. pp. 898-899.

[95] La fase inaugurata con il caso *Flast v. Cohen* è giunta, poi, a maturazione con il caso *Association of Data Processing Service Organizations, Inc. v. Camp* [397 U.S. 150 (1970)], nel quale al tradizionale concetto di *legal injury* i *supreme justices* hanno contrapposto il concetto di *injury in fact.* In questo caso, cioè, l'indagine dei giudici si incentra non più, o quantomeno non solo, su un interesse protetto dalla norma, ma sugli aspetti fattuali della lesione lamentata. La Corte Suprema, inoltre, riconosce al Congresso il potere di intervenire con legge a conferire *standing to sue* a particolari categorie di soggetti (cfr. *Sierra Club v. Morton* [405 U.S. 727, 732, n. 3 (1972)]; *Linda R. S. v. Richard D.* [410 U.S. 614, 617, n. 3 (1973)]), sebbene spesso la vaghezza della formulazione del testo legislativo consenta alla Corte un'ampia discrezionalità nell'interpretare le sue disposizioni. Inoltre la libertà del Congresso in sede di attribuzione di *standing* trova comunque un possibile ostacolo nel fatto che spetta ai giudici l'ultima parola in merito all'individuazione dei requisiti processuali così come desumibili dal testo dell'art. III Cost. federale. In tal senso cfr. *Association of Data Processing Service Organizations, Inc. v. Camp* [397 U.S. 150, 154 (1970)], ma anche *Bread Political Action Committee v. FEC* [455 U.S. 577 (1982)]. Per maggiori approfondimenti sugli *statutory limits* allo *standing* si veda *infra*, par. 2.4.

[96] Si veda, ad esempio, il caso *Sprint Communications Co. v. APCC Service Inc.* [554 U.S. 269 (2008)]. In dottrina, *ex multis* M.E. Solimine, *Congress, Separation of Powers and Standing*, cit., spec. nota n. 63 e la ricca bibliografia ivi citata.

[97] Rispetto alla "elastica" giurisprudenza che aveva caratterizzato i decenni precedenti (ad esempio durante la presidenza Warren): cfr. *supra*, nota n. 77.

of powers doctrine, intesa come principio cardine alla luce del quale modellare e limitare la *doctrine of justiciability* in esame[98].

Già nel celebre caso *Allen v. Wright*[99], il giudice S. Day O'Connor, peraltro richiamandosi ad alcuni precedenti, argomentò con particolare enfasi che il «*case and controversy requirements draws on separation of power concerns*»[100], ove «*those concerns are premised on an under standing of the proper and limited role of unelected courts in government*»[101]. Tale asserzione pare un punto fermo anche nella giurisprudenza recente, ove la Corte ha enfatizzato che gli *standing requirements* possono ampliare o ridurre il potere di esercitare il *judicial review of legislation*[102]. Lo *standing*, così concepito, non è soltanto uno strumento politico che consente alla Corte Suprema di pronunciarsi su controversie non ipotetiche, ma, come efficacemente argomentato da autorevole dottrina, «*may help insulate the courts from, or delay their involvement in, ideological battles between the branches, thereby protecting judicial independence, an independence in part grounded in the idea that the Court's jurisdiction is demarcated from the policy-making sphere of elected officials*»[103].

---

[98] Fra gli autori che più hanno sostenuto tale funzione dello *standing*, cfr. ad esempio: S.G. Calabresi, *Some Normative Arguments for the Unitary Executive*, cit., spec. p. 56 ss.; A. Scalia, *The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers*, cit., p. 881 ss. Critici, però, G.E. Metzger, *The Interdependent Relationship Between Internal and External Separation of Powers*, 59 *Miss. L.J.* 423, 2009, spec. p. 438 ss.; nonché H. Elliott, *The Functions of Standing*, cit., p. 459 ss. e J.R. Siegel, *A Theory of Justiciability*, cit., p. 73 ss.

[99] [468 U.S. 737 (1984)].

[100] [468 U.S. 737, 750 (1984)], ma cfr. anche il caso *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Curch and State Inc.* [454 U.S. 464, 474 (1982)] ove la Corte aveva esplicitamente ricondotto lo *standing* alla opportunità per i giudici di evitare una violazione delle norme della Costituzione che sanciscono le competenze proprie e degli altri poteri.

[101] [468 U.S. 737, 750 (1984)]. La Corte ha, poi, proseguito richiamando il precedente di *Warth v. Seldin* [422 U.S. 490 (1975)], in termini simili, di recente: *Clapper Director of National Intelligence et al. V. Amnesty International USA et al.* [568 U.S._(2013)], *slip opinion*, p. 9.

[102] Cfr. ad esempio, *Hein v. Freedom From Religion Foundation* [551 U.S. 587, 598-599 (2007)]; *Summers v. Earth Island Institute* [555 U.S. 488 (2009)]; *Clapper Director of National Intelligence et al. V. Amnesty International USA et al.* [568 U.S._(2013)], *slip opinion*, p. 9.

[103] Così V.C. Jackson, *Symposium: Standing in the Roberts Court: Standing and the Role of Federal Courts: Triple Error Decisions in Clapper v. Amnesty International USA and City of Los Angeles v. Lyons*, cit., p. 131.

La *doctrine* in esame, quindi, può anche essere concepita come strumento funzionale al rafforzamento della legittimazione dei giudici (specialmente in sede di *constitutional adjudication*) chiarendo il confine fra le loro competenze e quelle degli altri poteri anche se, in alcune ipotesi, l'agire dei giudici pare essersi orientato in senso opposto[104]. In relazione a tale ultimo aspetto la *standing doctrine* mostra alcuni profili di similitudine e finanche di sovrapposizione con la *political question doctrine*[105] ed è invalsa in giurisprudenza una certa tendenza a ricorrere al suo uso (in sostituzione di quest'ultima) per le (apparentemente) minori difficoltà teoretiche ad essa connesse[106].

L'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, tuttavia, non vale ad evitare forme di *judicial activism* e di manipolazione della finalità della doctrine in esame. Storicamente essa ha trovato applicazione, sia in presenza di una certa ingerenza della Corte Suprema nel sindacare scelte politiche su questioni di interesse generale[107], sia in situazioni in cui la Corte Suprema ha rifiutato di prendere posizione dinanzi conflitti che vedevano coinvolti i poteri legi-

---

[104] Cfr. l'analisi giurisprudenziale condotta *infra*, al par. n. 2.5. Per un'analisi critica sulla possibilità che la *standing doctrine* possa effettivamente esser utile a garantire il principio di separazione dei poteri, nella letteratura recente: H. Elliott, *The Functions of Standing*, cit., p. 459 ss.; ma anche M.E. Solimine, *Congress, Separation of Powers and Standing*, cit., p. 1023 ss.; M.L. Stearns, *Standing at the Crossroads: The Roberts Court in Historical Perspective*, cit., p. 875 ss.; J.R. Siegel, *A Theory of Justiciability*, cit., p. 73 ss.

[105] Sebbene i giudici debbano esercitare un rigoroso controllo sull'operato degli altri poteri, tale attività non può spingersi sino a sconfinare nelle competenze di altri organi costituzionali e il concetto di *standig* riveste a questo fine grande rilievo. Si veda, sul punto: A. Scalia, *The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers*, 17 *Suffolk U.L. Rev.* 881, 1983. Ma sul crescente uso della tecnica dello *standing* come dottrina applicata anche in sostituzione della *political question doctrine* si veda la letteratura indicata *supra*, alla nota n. 60.

[106] Cfr. ad esempio, di recente, *American Electric Power Company v. Connecticut* [564 U.S. 410 (2011)] o *Clapper Director of National Intelligence et al. V. Amnesty International USA et al.* [568 U.S._(2013)], *slip opinion.*

[107] Ad esempio in materia ambientale, su cui, per maggiori approfondimenti, cfr. *infra*, par. 2.3., specialmente nota n. 110 e *supra*, nota. n. 77. Ma più di recente, per gli esiti contraddittori si confrontino i casi *United States v. Windsor* [570 U.S._(2013)] *slip opinion* (Testo disponibile in http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf); *Dennis Hollingsworth et al. v. Perry et al.* [570 U.S._(2013)], *slip opinion*, su cui *infra*, al par. 2.5.

slativo ed esecutivo e in cui veniva in rilievo il problema della legittimazione ad agire dei soggetti politici[108].

Lo *standing* si è, quindi, configurato anche come strumento utile a non decidere conflitti "diretti" fra organi costituzionali sebbene questo non implichi necessariamente una "non decisione" degli stessi, poiché spesso tali conflitti sono stati definiti in via indiretta, celati dietro decisioni sulle libertà[109].

2.3. *(*segue*): aspetti critici*

Uno degli ambiti in cui la *standing doctrine* ha mostrato tutti i propri aspetti critici è quello delle c.d. *generalized grievances*[110], che

[108] Emblematiche, a tal proposito sono le vicende di cui al caso *Department of Commerce v. United States House of Representatives* [525 U.S. 316 (1999)] o al caso *Raines v. Byrd* [521 U.S. 811 (1997)]. In *Department of Commerce* la Corte Suprema decise di riunire due casi: uno in cui veniva in rilievo il problema del riconoscimento dello *standing* per la Camera dei Rappresentanti, l'altro in cui veniva in rilievo il riconoscimento dello *standing* per un deputato. La Corte ritenne di poter entrare nel merito solo di quest'ultimo, evitando di pronunciarsi sulla sussistenza del requisito processuale per la Camera dei Rappresentanti. In *Raynes*, invece, la Corte stabilì che a un membro del Congresso non può essere riconosciuto in automatico lo *standing* nelle controversie in qui viene in questione la costitutionalità di leggi del Congresso, dovendosi valutare caso per caso la sussistenza del presupposto processuale. Questi due casi ci mostrano come la Corte Suprema sia sempre cauta allorché si pone il problema del riconoscimento dello *standing* a soggetti politici, soprattutto per le conseguenze che un siffatto riconoscimento può avere sull'assetto ordinamentale del paese. Pare, infatti, consolidata la tendenza a decidere conflitti fra poteri celandoli dietro decisioni che riguardano questioni di costituzionalità proposte da soggetti diversi dagli organi costituzionali. Per un commento ai casi citati: *infra*, note nn. 197-199.

[109] Cfr. *supra*, i casi citati alla nota n. 107, ma anche, più di recente, *Bond v. United States* [564 U.S. 211 (2011)]. Va sin da ora anticipato che alcune delle difficoltà del nostro giudice costituzionale si pongono in termini simili negli *structural cases* sottoposti all'esame della Corte Suprema statunitense. Per maggiori approfondimenti si veda, *infra*, par. 2.6. Su questi temi, nella letteratura recente, *ex multis*, A.Z. Huq, *Standing for the Structural Constitution*, 99 *Va. L. Rev.* 1435, 2013, e, nella letteratura italiana, su tutti, A. Sperti, *Corti Supreme e conflitti fra poteri…*, cit., spec. p. 65 ss. e bibliografia ivi indicata.

[110] Secondo la giurisprudenza della Corte Suprema, un ricorrente non potrebbe agire in giudizio allegando quale *injury* subita una situazione di generale svantaggio condivisa con una collettività (indistinta) di soggetti (c.d. *citizens' suits*). Situazioni di questo genere dovrebbero, infatti, trovare spazio nel dibattito pubblico e una soluzione nelle *representative branches* e non nelle aule giudiziarie.

si ricollegano alla tematica dell'ammissibilità degli *statutory limits* allo *standing* (su cui diffusamente *infra*, al paragrafo successivo). La Corte Suprema ha stabilito che non possono essere alla base di un *injury* che soddisfi lo *standing*, ma non è stata sempre chiara su quali siano tali *girevances* o se il vincolo sia di natura (esclusivamente o prevalentemente) *constitutional* o *prudential*[111].

Rientrerebbero in tale categoria tutte le controversie in cui si vogliono far valere interessi diffusi, e la dottrina accomuna a tale situazione anche quella delle *taxpayer suits.* L'evoluzione della giurisprudenza in materia di *taxpayer standing* mostra, però tutte le criticità insite in una siffatta previsione e la manipolabilità del concetto di *injury* al fine di consentire alla Corte Suprema di allargare o restringere l'area del giustiziabile (cfr. ad esempio. *Frothingham v. Mellon, Massachusetts v. Mellon* – casi riuniti – [262 U.S. 447 (1923)]; *Flast v. Cohen* [392 U.S. 83 (1968)]; *Association of Data Processing Service Organizations, Inc. v. Camp* [397 U.S. 150 (1970)], *Hein v. Freedom From Religion Foundation* [551 U.S. 587 (2007)] e cfr. *supra* la letteratura indicata alla nota n. 90). Analoghi segnali di criticità si rinvengono nella giurisprudenza in materia ambientale (cfr. *United States v. SCRAP* [412 U.S. 669 (1973)]; *Lujan v. Defenders of Wildlife* [504 U.S. 555 (1992)]; *Friends of the Earth, Inc. et al. v. Laidlaw Environmental Services, Inc.* [528 U.S. 167 (2000)]; *Massachusetts v. Environmental Protection Agency* [549 U.S. 497 (2007)]; *Summers v. Earth Island Institute* [555 U.S. 488 (2009)]; *American Electric Power Company v. Connecticut* [564 U.S. 410 (2011)]). Per maggiori approfondimenti su questi temi cfr. *ex multis*: R.M. Re, *Relative Standing*, cit., p. 1222 ss.; K.N. Brown, *Justiciable Generalized Grievances*, 68 *Md. L. Rev.* 221, 2008; D.A. Farber, *A Place-Based Theory of Standing*, 55 *UCLA L. Rev.* 1505, 2008; B. Mank, *Should States Have Greater Standing Rights than Ordinary Citizens? Massachusetts v. EPA's New Standing Test for States*, 49 *Wm. & Mary L. Rev.* 1701, 2008; L.W. Yackle, *Federal Courts*, cit., p. 342 ss.

[111] Nel risalente caso *Frothingham v. Mellon, Massachusetts v. Mellon* (casi riuniti) [262 U.S. 447, 488 (1923)] la Corte aveva affermato che «*the party who invokes the [judicial] power must be able to show […] that he has sustained or is immediately in danger of sustaining some direct injury […] and not merely that he suffers in some indefinite way in common with people generality*» (però cfr. il caso *Flast*, *supra*, alla nota n. 90). Successivamente in *Allen v. Wright* [468 U.S. 737, 754 (1984)] i *supreme justices* sostennero che non fosse sufficiente a conferire *standing to sue* l'asserzione del diritto a che un atto fosse conforme alla legge, ma fosse altresì necessario dimostrare di aver sofferto un concreto *vulnus.* Nel caso *Lujan v. Defenders of Wildlife* [504 U.S. 555, 574 (1992)] (su cui diffusamente, *infra*, par. n. 2.4.), poi, la Corte Suprema, affermò che «*a litigant raising only a generally available grievance about government – claiming only harm to his and every citizen's interest in proper application of the Constitution and laws, and seeking relief that no more directly and tangibly benefits him than it does the public at large – does not state an Article III case or controversy*». La Corte Suprema, quindi, ha spostato l'accento su un principio sinora contenuto in numerosi *obiter dicta* secondo il quale il Congresso non può istituire *citizens' suits* svincolandole dai requisiti minimi costituzionalmente imposti. Il caso *Lujan* però non costituisce un approdo defi-

Inoltre, all'asserzione secondo cui il concetto di *standing* ricavabile dall'art. III Cost. «*is not to be placed in the hands of "concerned bystanders" who will use it simply as a "vehicle for the vindication of value interests*»[112] si riconnette il tendenziale divieto di far valere in giudizio diritti altrui, anche se, in relazione a quest'ultima ipotesi, non sono mancate alcune rilevanti eccezioni[113], specialmen-

---

nitivo. I principi in esso stabiliti sono stati più volte rimodulati e finanche contraddetti (sebbene non sempre in termini espliciti). Sul punto cfr. *Friends of the Earth, Inc. et al. v. Laidlaw Environmental Services, Inc.* [528 U.S. 167 (2000)]; *Steel Co. v. Citizens for a Better Environment* [523 U.S. 83 (1998)]; *NCUA v. First National Bank & Trust* [522 U.S. 479 (1998)]; *Federal Election Commission v. Akins* [524 U.S. 11 (1998)]. In quest'ultimo caso, ad esempio la Corte interpretò in termini meno rigidi l'applicazione di una *citizen-suit provision*, ritenendo che un interesse, pur essendo ampiamente condiviso, possa anche comportare una *injyry* concreta (e quindi dare origine ad una controversia giustiziabile). Vennero, così, definite *generalized girevances* solo quelle che «*are widely shared, and by nature "abstract and indefinite"*». I *supreme justice* hanno, inoltre, precisato che «*[w]hether styled as a constitutional or prudential limit on standing, the Court has sometimes determined that where large numbers of Americans suffer alike, the political process, rather than the judicial process, may provide the more appropriate remedy for a widely shared grievance*» [524 U.S. 11, 23 (1998)]. La giurisprudenza successiva, comunque, ha continuato a mostrarsi alquanto oscillante: cfr. es. *Lance v. Coffman* [549 U.S. 437, 439 (2007)]: «*our refusal to serve as a forum for generalized grievances has lengthy pedigree*». Sul punto si richiamano anche le argomentazioni del caso *Dennis Hollingsworth et al. v. Perry et al.* [570 U.S._(2013)] *slip opinion*, p. 7: «*petitioners had no "direct stake" in the outcome of their appeal. Their only interest in having the District Court ordered reversed was to vindicate the constitutional validity of a generally applicable California Law […] such a "generalized grievance" no matter how sincere, is insufficient to confere standing*».

[112] *Diamond v. Charles* [476 U.S. 54, 62 (1986)].

[113] In *Powers v. Ohio* [499 U.S. 400, 410 (1991)] i *supreme justices* hanno ritenuto una «*fundamental restriction on our authority*» che «*in the ordinary course, a litigant must assert his or her own legal rights and interests, and cannot rest a claim to relief premised on the legal rights or interests of third parties*». Nella medesima decisione, tuttavia, si è riconosciuto che «*[t]his fundamental restriction on our authority admits of certain, limited exceptions*». Ma si veda anche *supra*, alla nota n. 88. Il tema è quello del c.d. *third party standing*, ampiamente dibattuto in dottrina e in giurisprudenza. Una concezione rigida della regola del *third party standing* impone di escludere in assoluto la possibilità di agire in giudizio per far valere diritti costituzionali altrui. Tuttavia tale asserzione è temperata da una prassi giurisprudenziale che ha ammesso rilevanti eccezioni alla regola generale. Eccezioni che il più delle volte trovano spazio allorché l'asserita lesione del soggetto attore (e terzo) non consenta ad altri l'esercizio di un diritto costituzionale. Su queste tematiche cfr. *ex multis* R.M. Re, *Relative Standing*, cit., p. 1222 ss.; R.H. Fallon Jr, *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*, 113 *Harv. L. Rev.* 1321, 2000; H.P. Monaghan, *Third Party Standing*, 84 *Colum. L. Rev.* 277, 1984; M.

te allorché sono venute in rilievo esigenze di tutela dei c.d. *preferred rights*[114].

L'analisi dell'oscillante giurisprudenza della Corte Suprema in materia di *standing* mostra chiaramente come possa esser consentito il sindacato nel merito di un caso, ritenendo sussistenti gli *standing requirements*, a seconda del favore o del disfavore con cui sono considerate determinate questioni. Ed è in ragione di ciò che si è configurato un ventaglio di eccezioni (pur generiche e in larga misura non rispondenti a criteri omogenei) alle *standing rules*, al fine di poter esimersi dal dover definire nel merito questioni che la Corte non vuole o non ritiene opportuno affrontare[115]. Al contempo, è vero anche il contrario e non sono mancati casi in cui, pur in presenza di situazioni in cui i presupposti per lo *standing* apparivano alquanto sfumati, la Corte ha comunque trovato il modo entrare nel merito della controversia, attenuando i caratteri della concretezza del giudizio (e accentuandone, di conseguenza, l'astrattezza)[116].

Rohr, *Figthing for the Rights of Others: The Troubled Law of Third-Party Standing and Mootness in the Federal Courts*, 35 *U. Miami L. Rev.* 393, 1981; R.A. Sedler, *Standing to Assert Constitutional Jus Tertii in the Supreme Court*, 71 *Y.L.J.* 599, 1962. Va precisato, infine, che si distingue dal *third party standing* il caso in cui un soggetto (spesso un'associazione) agisce in rappresentanza di interessi collettivi. Su quest'ultimo profilo diffusamente R.M. Re, *Relative Standing*, cit., p. 1225 ss.

[114] Si fa riferimento alla giurisprudenza che trae spunto dalla celeberrima *footnote* n. 4 del caso *United States v. Carolene Products Co.* [304 U.S. 144 (1938)], la quale ha dato origine alla c.d. *preferred rights doctrine*. In tale *Footnote* il giudice Stone, autore dell'*opinion of the Court*, affermò la necessità di applicare un rigoroso *judicial scrutiny* allorché venissero in questione diritti costituzionali espressamente previsti e quando vi fosse il sospetto che il *political process* non fosse stato in grado di tutelarli adeguatamente Sul punto la dottrina è veramente sterminata. Su tutti si rimanda a W.F. Murphy, J.E. Fleming, S.A. Barber, *American Constitutional Interpretation*, Foundation Press, New York, 2008, spec. pp. 718 e 726 ss. e alla ricca bibliografia *ivi* citata.

[115] Cfr. ad esempio: *Simon v. Eastern Kentucky Welf. Rights. Org.* [426 U.S. 26 (1976)]; *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Curch and State Inc.* [454 U.S. 464 (1982)]; *City of Los Angeles v. Lyons* [461 U.S. 95 (1983)]; *Allen v. Wright* [468 U.S. 737 (1984)]. Per ulteriori indicazioni giurisprudenziali si rinvia *infra*, parr. 2.4. e 2.5. In dottrina, su tutti, evidenzia molto bene l'intrinseca contraddittorietà della *standing doctrine* e il suo potenziale manipolativo H. Elliott, *The Functions of Standing*, cit., p. 459 ss.

[116] Ad esempio nel caso *Duke Power Co. v. Carolina Env. Study Group* [438 U.S. 59 (1978)] su cui *infra*. Ma più di recente anche *Fisher v. University of Texas*

In relazione a tali aspetti due casi, ancorché, risalenti paiono emblematici: *City of Los Angeles v. Lyons*[117] e *Duke Power Co. v. Carolina Env. Study Group*[118].

Nel primo i requisiti dello *standing* vengono interpretati in modo forzatamente rigido al fine di evitare alla Corte l'imbarazzo di dover decidere un caso ritenuto particolarmente "scomodo" e in ciò si palesano chiaramente le funzioni di *policymaking* che la Corte Suprema può esercitare di fatto[119]. L'apparente rispetto dell'autonomia statale, che pare esser uno dei motivi che muovono le determinazioni della Corte, in realtà non sembra possa ritenersi espressione di *judicial restraint*, quanto, piuttosto, di una sorta di "passivo attivismo" che, per certi aspetti evoca l'atteggiamento dei *supreme justices* durante la *Lochner Era*[120], ove il non esercitare il *judicial review*

[570 U.S._(2013)] *slip opinion* (testo reperibile in: http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-345_l5gm.pdf).

[117] [461 U.S. 95(1983)].

[118] [438 U.S. 59 (1978)].

[119] Al fine di comprendere meglio la fattispecie può essere opportuno riassumere i fatti del caso in esame. Il ricorrente ha posto in questione (per contrasto con gli emendamenti nn. I, IV, VIII e XIV della Costituzione federale) la legittimità di una pratica di immobilizzazione comunemente posta in essere dagli agenti di polizia di Los Angeles. Avendo riportato lesioni durante un controllo, egli agì in giudizio per chiedere tutela sia sotto il profilo risarcitorio, sia sotto il profilo inibitorio, affinché fosse pronunciata una *injunction* che vietasse alla polizia il ricorso alla pratica c.d. di *choke holds*. La Corte Suprema, con una decisione fortemente criticata, riconobbe sì tutela risarcitoria al ricorrente, tuttavia, ridusse l'area del giustiziabile già riconosciuta in alcuni precedenti in tema di *injunction* e non concesse lo *standing* in relazione alla questione inibitoria poiché non vi sarebbe stata certezza del fatto che egli avrebbe potuto subire analogo trattamento lesivo in futuro. Per autorevole dottrina il rispetto delle prassi poste in essere dalla polizia di Los Angeles rappresenterebbe così un «*misunderstandings of federal courts' role in the U.S. constitutional system*» (V.C. Jackson, *Symposium*: *Standing in the Roberts Court: Standing and the Role of Federal Courts: Triple Error Decisions in Clapper v. Amnesty International USA and City of Los Angeles v. Lyons*, cit., p. 133): non tanto un modo per non interferire nella (legittima) sfera di autonomia statale sulla gestione del *local government*, quanto un modo per evitare una questione politicamente scomoda abdicando alle proprie funzioni in punto di tutela dei diritti fondamentali. Su questa decisione cfr. *ex multis* anche: R.H. Fallon Jr (*Of Justiciability Remedies and Public Law Litigation: Note on the Jurisprudence of Lyons*, cit., p. 1 ss.) il quale peraltro ritiene che in *Lyons* la Corte abbia spostato l'analisi processuale inerente il "*risk of future harm*" dalla *mootness* – strumento processuale più flessibile – allo *standing*, pp. 26-27.

[120] Sulla quale cfr. *supra*, cap. I, spec. par. 2.

spesso era espressione di un marcato attivismo più che un deferente esercizio di "virtù passive"[121].

In *Duke Power Co. v. Carolina Env. Study Group*, al contrario, la Corte Suprema ha interpretato i requisiti dello *standing* (in particolare la *causation*) in modo alquanto elastico (e in netto contrasto rispetto a quanto avrebbe affermato pochi anni dopo in *Lyons*) al fine di rovesciare il *decisum* della Corte federale inferiore e non censurare con la sanzione dell'illegittimità costituzionale l'azione del Congresso[122].

2.4. *(segue):* statutory limits *allo* standing

La complessa grammatica giudiziale della Corte Suprema in materia di *standing* presenta rilevanti profili critici in relazione all'ammissibilità o meno (e, soprattutto, entro che limiti) degli *statutory limits* dello *standing*. Anche tale profilo si riconnette alla valorizzazione della natura (prevalentemente) *prudential* o *constitutional* degli *standing requirements* e concerne il ruolo che la Corte Suprema si ritaglia nell'ordinamento.

Si è anticipato nelle pagine che precedono che valorizzare la natura *prudential* dello *standing* implica riconoscere al Congresso il potere di intervenire a definire per via legislativa le condizioni che legittimano l'azione in giudizio, diversamente, ritenere che lo *standing* risponda prevalentemente, se non esclusivamente a *consitutional limits*, implica riconoscere solo limitatamente, o finanche escludere, che il Congresso possa intervenire a definire le condizioni dell'azione in via ultronea rispetto a quanto esplicitato nella Costituzione federale.

Si è visto che se con la Corte Warren la valorizzazione della componente *prudential* fu funzionale ad implementare il margine di intervento della Corte Suprema – e il suo asseverare una legislazione

---

[121] Utilizzando la nota espressione di A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., p. 116.

[122] Si stirano le maglie del nesso causale e dell'*injury in fact* riuscendo ad includervi un evento futuro (ed alquanto incerto). Per un'analisi dettagliata del caso cfr. L.H. Tribe, *Constitutional Choices*, cit., p. 106 ss. nonché J.D. Varat, *Variable Justiciability and the Duke Power Case*, 58 *Tex. L. Rev.* 273, 1980.

rights oriented –, in epoche più recenti, soprattutto durante la presidenza Rehnquist e Roberts, si è registrata una certa inversione di tendenza e la valorizzazione, in senso restrittivo, dei *constitutional requirements*[123]. Tuttavia ciò non ha comportato una razionalizzazione della *standing doctrine*, né un atteggiamento coerente di maggior deferenza verso le *political branches*[124]. Al contrario, allorché si trova di fronte a questioni politicamente o socialmente "sensibili" la Corte Suprema continua a mostrare una giurisprudenza oscillante in cui spesso le decisioni sono assunte a stretta maggioranza.

Esempio significativo di come la Corte Renqhist abbia giudizialmente interpretato le *constitutional limitations* allo *standing*, imponendosi sulle decisioni del Congresso, è rappresentato dal controverso caso *Lujan v. Defenders of Wildlife*[125]. La maggior parte della dottrina

---

[123] Cfr. *supra*, par. 2.2, spec. note n. 90-95. Le decisioni rese, spesso in materia ambientale, in punto di legittimazione dei titolari di interessi diffusi o delle associazioni paiono emblematiche sul punto e mostrano la difficoltà di individuare una linea di sviluppo coerente e non condizionata dal variare degli schieramenti interni alla Corte.

[124] Si è osservato che «*the Supreme Court doctrine of the scope of congressional power to influence standing in federal courts is not a model of clarity*»: R.W. Murphy, *Abandoning Standing: Trading a Rule of Access for a Rule of Deference*, cit., pp. 959-960.

[125] [504 U.S. 555 (1992)]. Questo caso sorge perché viene richiesta l'applicazione di una normativa federale (*l'Endangered Species Act* – 16 U.S.C. §1531 del 1973 (e succ. modific.) avente quale obiettivo la tutela delle specie animali in via d'estinzione e del loro *habitat*. Tale normativa prevedeva che le agenzie federali, prima di dare avvio a progetti che potessero avere ripercussioni negative sulle specie tutelate o sul loro *habitat*, dovessero ottenere un parere dei dipartimenti dell'interno e della difesa. Era altresì prevista una *citizen suit* poiché si consentiva a chiunque di agire in giudizio per far valere il rispetto di tale normativa («*any person may commence a civil suit on his own behalf – (A) to enjoin any person, including the United States and any other governmental instrumentality or agency (to the extent permitted by the eleventh amendment to the Constitution), who is alleged to be in violation of any provision of this chapter or regulation issued under the authority thereof» 16 U.S.C. §1540)*. L'associazione ricorrente (*Defenders of Wildlife)* riteneva che l'obbligo di richiesta di parere gravante sulle agenzie federali dovesse applicarsi anche in relazione a progetti da svilupparsi all'estero e contestarono alcuni progetti allegando quale *injury* il fatto di aver soggiornato (e di voler ritornare) nei paesi in cui tali progetti si sarebbero realizzati in danno di alcune specie animali ivi viventi, e oggetto della loro attività di osservazione e studio. La Corte, tuttavia, ritenne che non fossero stati in grado di dimostrare «*how damage to the species will produce "imminent" injury*» e negò lo *standing* [504 U.S. 555, 564 (1992)] (Cfr. anche, *supra*, note nn. 110 e111).

che ha commentato (e criticato) tale decisione ha evidenziato come essa avesse messo in discussione il potere del Congresso di conferire *standing* al di fuori delle ipotesi strettamente previste all'art. III della Costituzione federale e ne ha riscontrato una sostanziale incoerenza con alcuni approdi cui era giunta la giurisprudenza in precedenza[126].

Il giudice Scalia, redattore dell'*opinion of the Court*, riuscì a smantellare parte degli strumenti processuali che il legislatore aveva concepito per implementare la tutela dell'ambiente esercitando un *restraint* solo apparente, poiché l'aver negato legittimazione ad agire agli attori ideologici attraverso una interpretazione degli artt. II e III della Costituzione federale che pare poco coerente con i precedenti esistenti non significa, dal punto di vista sostanziale, mantenere il potere giudiziario in un atteggiamento di deferenza verso le scelte politiche effettuate dagli organi rappresentativi non affetti da *countermajoritarian difficulty*[127]. Dichiarando non costituzionalmente legittime le *citizen suits* che consentirebbero ai cittadini di esercitare un controllo sull'operato dell'amministrazione la Corte dimostra di concepire in modo diverso rispetto al passato i profili di tutela degli interessi diffusi e di aver finanche mutato la concezione del proprio ruolo[128].

---

[126] La dottrina che ha criticato tale decisione è molto ampia. Per una panoramica generale delle posizioni della letteratura si vedano: R.H. Fallon *et al*., *Hart and Wechsler's*, *The Federal Courts and the Federal System*, cit., p. 142 ss.; L.W. Yackle, *Federal Courts*, cit., p. 387 ss. Su posizioni particolarmente critiche: H. Elliott, *The Functions of Standing*, cit., p. 459 ss.; R.W. Murphy, *Abandoning Standing: Trading a Rule of Access for a Rule of Deference*, cit., pp. 959-960; M.L. Stearns, *Standing and Social Choice: Historical Evidence*, cit., spec. p. 327 ss.; G.R. Nichol Jr, *Justice Scalia, Standing, and Public Law Litigation*, cit., p. 1141 ss.; C.R. Sunstein, *What's Standing after Lujan? Of Citizen Suits, "Injuries", and Article III*, cit., p. 163 ss.; T. Belevetz, *The Impact on Standing Doctrine in Environmental Litigation of the Injury in Fact Requirement in Lujan v. National Wildlife Federation*, 17 *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev.* 103, 1992. In termini meno critici: C.A. Stern, *Another Sign from Hein: Does the Generalized Grievance Fail a Constitutional or a Prudential Test of Federal Standing to Sue?*, cit., p. 1169 ss.; H.J. Krent, E.G. Shenkman, *Of Citizen Suits and Citizen Sunstein*, 91 *Mich. L. Rev.* 1793, 1993.

[127] A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., p. 16, ma anche C.R. Sunstein, *What's Standing after Lujan? Of Citizen Suits, "Injuries", and Article III*, cit., p. 216 ss. e H. Elliott, *The Functions of Standing*, cit., p. 459 ss.

[128] Le argomentazioni che si rinvengono in questo caso si discostano dalla giurisprudenza inaugurata dalla Corte Warren (cfr. *supra*, nota n. 77). Il caso

Anche dall'analisi della giurisprudenza successiva al caso *Lujan* continua ad emergere la poca chiarezza in relazione alla posizione della Corte Suprema sul margine di discrezionalità da riconoscersi al Congresso in merito al potere di intervenire ad ampliare le maglie dello *standing.* Se, da un lato, non si è mai giunti a negare il potere del Congresso di intervenire, dall'altro rimane priva di definizione l'ampiezza di un siffatto potere[129]. Alcuni *justices* mostrano di preferire un approccio maggiormente restrittivo, che lascia al Congresso ben poco margine di intervento[130]. La *majority opinion* di Scalia nel caso *Lujan* è forse l'esempio più significativo di tale approccio, ma sulla stessa scia si colloca il *dissent* di Roberts al più recente caso *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*[131]. In altre ipotesi, invece, come in *Federal Election Commission v. Akins*[132], la Corte Suprema si è mostrata più generosa nel riconoscere al Congresso il potere definire le maglie

Lujan è molto rilevante per le conseguenze in relazione alle *citizen suits*: la Corte Suprema, infatti, quantomeno in relazione agli interessi di natura ambientale mostra di discostarsi da un modello processuale che si era evoluto in senso pubblicistico per riavvicinarsi al tradizionale *private rights model* (cfr. *supra*, nota n. 2). La presenza di precedenti autorevoli in materia ambientale (come i casi *Sierra Club v. Morton* [405 U.S. 727 (1972)] o *United States v. SCRAP* [412 U.S. 669 (1973)]) e l'atteggiamento dimostrato in relazione alla tutela di diversi interessi (come l'integrazione razziale – es. *Brown v. Board of Education* [347 U.S. 483 (1954)]) non ostava a che anche in questo caso la Corte riconoscesse lo *standing* e quindi si dimostrasse pronta a sostituirsi all'amministrazione. Ciònonostante, i *supreme justices* espressamente rifiutarono di ammettere una competenza che il legislatore aveva assegnato loro.

[129] E soprattutto non è chiaro fino a che punto il Congresso possa discostarsi dal *private rights model* in favore di un *public rights model of litigation*: M.E. Solimine, *Congress, Separation of Powers and Standing*, cit., p. 1049.

[130] In tal senso le argomentazioni di A. Scalia nell'*opinion* al caso *Lujan* e nel suo celebre articolo *The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers*, cit., p. 881 ss. Ma in tal senso anche il *justice* J.G. Roberts nel suo articolo *Article III Limits on Statutory Standing*, cit., p. 1219 ss. e nel suo *dissent* al caso *Massachusetts v. Environmental Protection Agency* [549 U.S. 497 (2007)]. In quest'ottica le *standing rules* dovrebbero essere funzionali ad evitare una «*intrusion upon the policy decisions properly left to the elected branches of government*» [549 U.S. 497 (2007)] e a rispettare il principio di separazione dei poteri. Cfr., però, in termini critici sulla possibilità che gli *standing requirements* possano veramente servire il rispetto del principio di separazione dei poteri H. Elliott, *The Functions of Standing*, cit., spec. p. 492 ss.

[131] [549 U.S. 497 (2007)].

[132] [524 U.S. 11 (1998)].

dello *standing*. Nel complesso l'analisi della parabola della giurisprudenza – posta in connessione con le diverse fasi evolutive della stessa e le diverse anime che nel tempo hanno variamente composto la Corte Suprema – mostra come né una lettura di stampo conservatore, né una liberale degli *standing requirements* consentono da sole di eliminare i profili di incertezza e razionalizzare la *doctrine* in esame con riferimento agli *statutory limits* alla stessa, specialmente in situazioni in cui, Corti politicamente divise, hanno manipolato gli *standing requirements* a seconda dell'interesse concretamente da perseguire. Non manca, poi, una posizione mediana (rispetto al blocco contrapposto *liberal/conservative approach*) che ha trovato una efficace sintesi nella *concurring opinion* del *justice* Kennedy al caso *Lujan.* Egli, in considerazione dell'emergere di nuove problematiche da cui possono scaturire esigenze di tutela non originariamente contemplabili nel contesto tradizionale del *common law*, ha suggerito di ammettere il potere di intervento del Congresso in materia di *citizen suits*, ma ha anche precisato che tale potere andrebbe esercitato in modo circostanziato, puntuale e specifico, senza limitarsi ad autorizzare "*any person*" ad agire[133]. Tale posizione è stata accolta con favore anche da parte della dottrina la quale ha rilevato che se il Congresso mostra di adottare per via normativa il *public law model of standing*, la Corte Suprema dovrebbe consentire ampio margine di applicazione a siffatte normative in sede di *constitutional adjudication*, senza che però questo comporti una *judicial abdication* al potere di verificare caso per caso la concreta sussistenza del nucleo dei *constitutional requirements* dello *standing*[134].

[133] Come invece prevedeva la normativa oggetto di contestazione in *Lujan* (*supra*, alla nota n. 125). In particolare si vedano le motivazioni espresse da Kennedy in [504 U.S. 555, 580-582 (1992)].

[134] M.E. Solimine, *Congress, Separation of Powers and Standing*, 59 *Case W. Res. L. Rev.* 1023, 2009, p. 1055; ma anche B. Friedman, *Legal Theory: A Different Dialogue: The Supreme Court, Congress and Federal Jurisdiction*, 85 *Nw. U. L. Rev.* 1, 1990, il quale ha affermato che «*[o]ne might analogize […] to the argument that the court's sometimes shifting and confusing interpretation and application of jurisdictional statutes can be explained and normatively difende as a dialogue between the three branches of government*».

2.5. *La* standing doctrine *nella giurisprudenza più recente. Sviluppi coerenti?*

Nella giurisprudenza più di recente, in linea con le tendenze conservatrici della Corte Roberts, la valorizzazione di un'interpretazione rigorosa dei *costitutional requirements* dello *standing* – e in particolare del requisito dell'*injury* – si è palesata in alcuni casi, tutti piuttosto controversi, sebbene per motivazioni diverse.

Il primo è *Clapper Director of National Intelligence et al. v. Amnesty International USA et al.*[135], deciso dalla Corte Suprema nel febbraio 2013. In questo caso si è posta in questione la costituzionalità di una legge federale[136] che consentiva all'Esecutivo di porre in essere attività di sorveglianza e di raccolta di informazioni relativamente a persone che si trovassero al di fuori del territorio degli Stati Uniti d'America. Una Corte fortemente divisa[137] si è rifiutata di affrontare la questione nel merito, ritenendo non integrato il requisito dello *standing*, dimostrando, tuttavia, come gli *standing requirements* (e la loro intrinseca vaghezza) rappresentino uno dei profili con cui chiunque cerchi di stimolare una decisione di costituzionalità deve fare i conti. Questo caso, inoltre, dimostra chiaramente come la *standing doctrine* continui ad esser controversa e (quantomeno nei casi più sensibili) ideologicamente orientata.

In *Clapper* la Corte Suprema ha mostrato di accogliere una no-

[135] [568 U.S._(2013)], *slip opinion.*

[136] Sec. 702 del *Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 Amendments Act of 2008.*

[137] La decisione è stata resa con una maggioranza di 5 giudici contro 4 dissenzienti. L'*opinion of the Court* è stata redatta dal giudice Alito e ha visto concordi il *Chief justice* Roberts e i giudici Scalia, Kennedy e Thomas. Il giudice Breyer ha espresso un vigoroso *dissent*, con l'appoggio dei giudici Ginsburg, Sotomayor e Kagan. In generale, i giudici che tendono ad essere più conservatori nel loro approccio di interpretazione delle norme sostanziali della Costituzione sono anche conservatori nella costruzione delle barriere processuali che l'art. 3 Cost. impone in relazione alla possibilità di esperire un'azione giudiziaria. Al contrario, i giudici meno conservatori tendono a preferire un'impostazione non così restrittiva allorché si tratta di sindacare la costituzionalità di disposizioni che ampliano le maglie della *justiciability* e consentono un più ampio accesso alle corti federali. Tuttavia, in materia di *standing*, la dicotomia (*conservative/liberal*) appena esposta viene sfumata per l'estrema manipolabilità degli *standing requirements* e per il suo essere funzionale a soddisfare plurime ragioni o interessi.

zione di *standing* rigorosa, non del tutto coerente con la giurisprudenza precedente né, peraltro, con alcune considerazioni espresse anche nella giurisprudenza di poco successiva[138]. Nel ritenere che il requisito dell'*injury* dovesse essere interpretato nel senso di escludere dall'ambito di applicazione dell'art. III Cost. una «*future injury […] even if respondents could demonstrate that the treatened injury is certainly impending*», poiché «*they still would be not able to establish that this injury is fairly traceable to §1881a*»[139], la Corte conferma la natura ambigua di tale requisito[140]. E ci mostra come qualche volta il diniego di *standing* significa, sia che una particolare questione non si presta ad essere facilmente risolta nel merito, sia, come nel caso in esame, che la Corte non vuole (o almeno afferma di non volere) spingersi sino ad incidere su decisioni assunte delle *political branches* in materia di *intelligence* ed affari esteri[141]. Evidenti paiono in questa ipotesi alcune assonanze con decisioni in cui è venuta in rilievo l'applicazione della controversa *political question doctrine*[142] e qui pare che i *supreme justice* abbiano consapevolmente deciso di *non decidere* il merito della controversia senza ricorrervi espressamente, preferendo la (apparentemente) meno problematica *standing doctrine*.

---

[138] Cfr. *United States v. Windsor* [570 U.S._(2013)] *slip opinion*, su cui, diffusamente, *infra*, nelle pagine che seguiranno.

[139] *Clapper Director of National Intelligence et al. V. Amnesty International USA et al.* [568 U.S._(2013)], *slip opinion*, p. 2.

[140] Se in questo caso la presenza di una *injury* dal carattere futuro non vale a consentire lo *standing*, diversamente, in altri casi del passato, quando la Corte voleva entrare nel merito di una questione, la decisione in punto di riconoscimento dello *standing* fu esattamente opposta (cfr. *Roe v. Wade* [410 U.S. 113 (1973)]). Ancora, se in *United States v. SCRAP* [412 U.S. 669 (1973)] la mera allegazione di un interesse a ricorrere fu sufficiente a riconoscere lo *standing*, non venendo richiesta la prova della sussistenza di una *actual jury*, altre volte, quando la Corte Suprema ha ritenuto di dover rispettare l'autonomia degli Stati, la stessa presenza di una *actual injury* non è stata ritenuta sufficiente (es. in *City of Los Angeles v. Lyons* [461 U.S. 95(1983)].

[141] Il giudice Alito, nell'*opinion of the Court*, afferma che «*we have often found lack of standing in cases in which the Judiciary has been requested to review actions of the political branches in the fields of intelligence gathering and foreign affairs*». *Clapper Director of National Intelligence et al. V. Amnesty International USA et al.* [568 U.S._(2013)], *slip opinion*, p. 9. In senso conforme *United States v. Richardson* [418 U.S. 166, 167-170 (1974)].

[142] Le materie inerenti gli affari esteri e la sicurezza sono tradizionalmente dominio della *political question doctrine* salvo che venga in rilievo la protezione di diritti fondamentali. Su queste tematiche diffusamente *infra*, capp. IV e V.

La decisione della maggioranza della Corte Suprema è stata aspramente criticata sia dai giudici dissenzienti[143], sia dalla dottrina che si è spinta sino a definirla, in associazione con il caso *City of Los Angeles v. Lyons*, «*a misunderstanding of the federal courts' role in the U.S. constitutional system*»[144]. Sia in *Lyons*, sia in *Clapper*, la Corte Suprema non avrebbe mostrato un atteggiamento di legittima deferenza verso le *political branches*[145], quanto, al contrario, avrebbe trascurato di assolvere una delle sue funzioni principali: l'implementazione dei principi democratici attraverso la protezione dei diritti fondamentali e l'esercizio del *judicial review*[146].

Altri due casi che si ritiene utile richiamare per evidenziare le attuali tendenze della Corte Suprema in materia di *standing*, e le difficoltà concettuali connesse a tale *doctrine of justiciability*, sono

---

[143] Breyer ha affermato che «*the court has recognized that the precise boundaries of the "case and controversy" requirement are matters of "degree […] not discernible by any precise test*» [508 U.S._(2013)], *slip opinion*, *Breyer's dissent*, p. 2.

[144] V.C. Jackson, *Symposium: Standing in the Roberts Court: Standing and the Role of Federal Courts: Triple Error Decisions in Clapper v. Amnesty International USA and City of Los Angeles v. Lyons*, cit., p. 133. L'autrice ha anche affermato che «*in these cases, I will argue, the Court's decisions have the virtues of neither consistency with well-established principle, nor of wisdom*», p. 130.

[145] E questo nonostante in *Clapper* il *justice* Alito abbia espressamente affermato di interpretare i requisiti dello *standing* al fine di «*prevent the judicial process from being used to usurp the powers of the political branches*», essendo gli stessi «*built on separation-of-powers principles*» [568 U.S._(2013)], *slip opinion*, p. 9.

[146] V.C. Jackson, *Symposium: Standing in the Roberts Court: Standing and the Role of Federal Courts: Triple Error Decisions in Clapper v. Amnesty International USA and City of Los Angeles v. Lyons*, cit., p. 133. Secondo l'autrice, sia il caso Clapper, sia il caso *Lyons* «*were both errors in the treatment of the plaintiffs, failing to advance the important purpose of judicial review of providing an impartial forum to evaluate claims of rights denials by minority groups or persons taking unpopular positions (and those acting on their behalf)*». Entrambi i casi, inoltre, «*involved minority interests particularly in need of judicial scrutiny. In Lyons, the plaintiff was a member of a discriminated-against minority group, an African American male, chokeholded by Los Angeles police in 1976 when racism was rampant in that department. In Clapper, although the constitutional rights claims affected the shared interests of large groups, the plaintiffs grounded their standing in important part in their role protecting the legal rights of potential terrorism suspects, in the years following the attacks of 9/11. In this sense, neither set of plaintiffs could expect a majoritarian political process to fully attend to the asserted invasion of their rights. In both cases plaintiffs raising non-frivolous claims of constitutional rights violations were denied access to important judicial remedies*», p. 133.

stati decisi nel giugno 2013 e riguardano la condizione delle coppie omosessuali. Le decisioni *United States v. Windsor*[147] e *Dennis Hollingsworth et al. v. Perry et al*[148] mostrano alcune criticità non tanto, o quantomento non solo, per le argomentazioni singolarmente espresse in ciascuno di essi in punto di sussistenza degli *standing requirements*, quanto se considerati complessivamente. Nel primo caso la Corte Suprema, con una decisione assunta a stretta maggioranza[149], ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune disposizioni del *Defence of Marriage Act* (c.d. DOMA)[150] e, al fine di comprenderne meglio le implicazioni pare opportuno ricostruirne brevemente le vicende. Una delle parti, Edith Windsor, ha sostenuto l'illegittimità

[147] [570 U.S._(2013)] *slip opinion.*

[148] [570 U.S._(2013)] *slip opinion.*

I casi appena richiamati, dal punto di vista sostanziale, possono essere considerati il capitolo finale di un lungo e difficile cammino che ha visto intersecarsi i poteri legislativo e giudiziario sia a livello statale sia a livello federale secondo dinamiche non sempre lineari. Per maggiori approfondimenti su questo tema, nella dottrina italiana recente: A. D'Aloja, *From Gay Rights to Same-Sex Marriage: A Brief History Through the Jurisprudence of US Federal Courts*, in D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (a cura di), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer Berlin, Heidelberg, 2014, p. 33 ss. Per un'analisi della prospettiva statale: G. Romeo, *The Recognition of Same-Sex Couples' Rights in the US Between Counter-Majoritarian Principle and Ideological Approaches: A State Level Perspective*, in D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (a cura di), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, cit., p. 15 ss.

[149] Il giudice Kennedy ha redatto l'*opinion of the Court* e la sua posizione è stata sostenuta dai giudici Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan. Kennedy ha sancito chiaramente l'incostituzionalità del DOMA (*infra*, nota n. 150) perché fortemente ostile verso i *gay* e le lesbiche. In ragione di ciò difficilmente ci si potrà esimere dal trarne la conseguenza di ammettere i *same-sex marriage*, anche se la spaccatura interna alla Corte Suprema e la chiarezza espositiva delle ragioni espresse nei *dissents* rende il quadro complesso. Questo caso, comunque, ha già avuto notevoli ripercussioni. L'*Attorney General* presso il Dipartimento di Giustizia ad un anno dalla sentenza, nel giugno 2014, ha formalizzato un report da cui si evince lo sforzo delle agenzie federali nel rimuovere le diseguaglianze di trattamento fra coppie eterosessuali ed omosessuali. Egli, in un memorandum rivolto al presidente Obama, ha affermato di essere «*pleased to report that agencies across the federal government have implemented the Windsor decision to treat married same-sex couples the same as married opposite-sex couples for the benefits and obligations for which marriage is relevant, to the greatest extent possible under the law*» (in http://www.justice.gov/opa/pr/one-year-after-supreme-court-s-historic-windsor-decision-attorney-general-holder-issues).

[150] *Defense of Marriage Act* (DOMA) (Pub. L. 104-199, 110 Stat. 2419).

costituzionale della *section* 3 del DOMA poiché tale normativa prevedeva che ai fini della legislazione federale un matrimonio dovesse intendersi stipulato fra un uomo e una donna. In conseguenza di ciò la signora Windsor, non avrebbe potuto accedere a numerosi benefici (di natura anche fiscale) e avrebbe dovuto pagare tasse di successione per il decesso della moglie dall'importo molto più elevato rispetto a quanto previsto per le coppie eterosessuali. Le autorità federali competenti, su sua sollecitazione, hanno riconosciuto l'incostituzionalità della normativa e, al contempo, hanno deciso di portare la questione innanzi alla giurisdizione federale al fine di ottenere una formale declaratoria di incostituzionalità. Apparentemente, quindi, il caso in esame, sarebbe stato carente del requisto dell'*adversity* (il Dipartimento di Giustizia aveva aderito alle argomentazioni della signora Windsor), purtuttavia la Corte Suprema ha deciso di entrare nel merito della questione dopo aver motivato, peraltro non senza qualche difficoltà, in merito alla sussistenza della effettiva giustiziabilità della stessa[151]. È stata, quindi, valorizzata la componente *prudential* dello *standing* e, in assenza di un dissenso fra lo Stato e la signora Windsor, si è ritenuta giustiziabile la questione in ragione della «*sharp adversarial presentation of the issue*» proposta da una parte intervenuta in giudizio, il *Bipartisan Legal Advisory Group of the House of Representetives* (BLAG)[152].

Palese, in questo caso, è la volontà della maggioranza dei giudici di entrare nel merito della questione attraverso una sottile manipolazione degli *standing requirements* al fine di conseguire il risultato politico desiderato: consentire agli Stati che lo desiderassero di realizzare un'effettiva *marriage equality*. E nei *dissents* dei *justices* Ro-

[151] [570 U.S._(2013)], *slip opinion*, pp. 5-13. L'argomentazione in punto di riconoscimento dello *standing* è stata resa più complessa dal fatto che, sia la signora Windsor, sia lo Stato, concordassero nel ritenere non legittima la normativa; ma poiché il BLAG ne difendeva la costituzionalità, la Corte ha ritenuto sussistente il carattere *adversary* della controversia e ha deciso di entrare nel merito (*slip opinion*, spec. p. 11).

[152] Per un commento al caso cfr. H. Elliott, *Symposium*: *Standing in the Roberts Court: Does the Supreme Court Ignore Standing Problems to Reach the Merit? Evidence (or Lack) from the Roberts Court*, cit., p. 189 ss.; V.C. Jackson, *Symposium*: *Standing in the Roberts Court: Standing and the Role of Federal Courts: Triple Error Decisions in Clapper v. Amnesty International USA and City of Los Angeles v. Lyons*, cit., p. 127 ss. E. Chemerinsky, *The Court Affects all of us. The Supreme Court in Term Review*, 16 *Green Bag 2D* 361, 2013, p. 370 ss.

berts, Scalia e Alito, infatti, appare con vigorosa chiarezza la contestazione in punto di giustiziabilità.

Diversamente, nel caso *Dennis Hollingsworthy et al. V. Perry et al.*, nonostante il soddisfacimento degli *standing requirements* potesse apparire meno problematico che nel caso *Windsor*, la Corte, con una decisione assunta stretta maggioranza[153], ha ritenuto di non doversi pronunciare nel merito esercitando un apparente *self-restraint*. Anche in questa ipotesi, tuttavia, palese è il risultato politico che i *supreme justice* hanno voluto conseguire negando la sussistenza dello *standing*: non ingerirsi nella discrezionalità degli Stati in merito alla scelta di introdurre o meno nelle proprie costituzioni disposizioni che vietassero i matrimoni fra persone dello stesso sesso, lasciando, così spazio per il consolidamento di un dibattito pubblico su un tema particolarmente sensibile.

Nel caso *Dennis Hollingsworthy*, infatti, era stata evocata in dubbio la conformità alla Costituzione federale di una disposizione della Costituzione dello Stato della California che prevedeva espressamente che per matrimonio dovesse intendersi l'unione fra due persone di sesso diverso[154]. Due coppie di omosessuali, desiderose di potersi sposare nello Stato, hanno impugnato innanzi la corte distrettuale l'atto con cui era stata emendata la Costituzione statale (la c.d. *Proposition n. 8*, approvata a seguito di referendum) sostenendo la violazione della *due process clause* e della *equal protection clause*, e ottennero una declaratoria di incostituzionalità della stes-

[153] Il Giudice Roberts ha redatto l'*opinion of the Court* ed è stato sostenuto dai giudici Scalia, Ginsburg, Breyer e Kagan. Kennedy, invece, ha proposto una *dissenting opinion*, sostenuta dai giudici Thomas, Alito e Sotomayor.

[154] Tale disposizione è stata introdotta solo in tempi recenti nella Costituzione della California: infatti, con la *Proposition* n. 8 del 2008, fu emendato il testo costituzionale in reazione ad una decisione della Corte Suprema dello Stato (*In re Marriage Cases*, 43, Cal. 4th 757, 183 P. 3d 384) che aveva fornito una interpretazione estensiva della Costituzione e creato in via pretoria il diritto di *marriage equality* fra gay e lesbiche. Per effetto della riforma costituzionale, adottata a seguito di referendum, fu previsto che «*only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California*» (art. I, 7.5). Sul punto: E. Chemerinsky, *The Court Affects all of us. The Supreme Court in Term Review*, cit., p. 372. Per una panoramica sul riconoscimento delle coppie omosessuali a livello statale G. Romeo, *The Recognition of Same-Sex Couples' Rights in the US Between Counter-Majoritarian Principle and Ideological Approaches: A State Level Perspective*, cit., p. 15 ss.

sa[155]. La decisione fu, però appellata dai sostenitori della riforma costituzionale ed è giunta sino alla Corte Suprema la quale, nell'*opinion* redatta dal *justice* Roberts, sostenuto da una maggioranza di giudici conservatori, ha interpretato in modo rigoroso i *constitutional requirements* dello *standing* e ha dichiarato la non procedibilità della questione poiché i sostenitori della *Proposition n. 8* non avrebbero dimostrato di aver sofferto una *personal and particularized injury*, bensì una semplice *ideological injury*, che integra una delle ipotesi di *generalized girevances* sottratte alla conoscibilità del giudice costituzionale[156], poiché snaturerebbero i poteri della Corte non consentendole di esercitare un potere che «*is judicial in nature*»[157] e la svierebbero dal rispetto del «*proper – and properly limited – role of the courts in a democratic society*»[158].

Sostanzialmente, se la Corte nel caso *Windsor*, di fronte alla necessità di eliminare una diretta violazione dell'*equal protection clause*[159], è intervenuta a ripristinare condizioni di eguaglianza sostanziale, diversamente, nel caso *Hollingsworthy*, trovandosi a decidere una maggioranza ideologicamente opposta, ha cercato di evitare di intervenire in un ambito socialmente, prima che politicamente, molto controverso, dichiarando di voler formalmente rispettare i poteri statali di intervenire discrezionalmente sul punto.

Apparentemente entrambi i casi portano ad un formale rispetto delle istanze decentrate, ma a livello sostanziale, l'incoerenza in punto di argomentazione circa gli *standing requirements*, e anche di approccio verso le coppie omosessuali, pare di tutta evidenza. In *Dennis Hollingsworthy* l'apparente volontà di rispettare il principio di separazione dei poteri[160] si salda profondamente con il processo politico-costituzionale (peralto svolgentesi a livello statale) e

---

[155] *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921, 1004 (NC Cal. 2010). Si erano costituiti in giudizio anche i sostenitori della *Petition n. 8*.

[156] [570 U.S._(2013)] *slip opinion*, p. 9.

[157] *Lance v. Coffman* [549 U.S. 437, 441 (2007)].

[158] [570 U.S._(2013)] *slip opinion*, p. 17, citando il caso *DaimlerChrysler Corp. v. Cuno* [547 U.S. 332, 341 (2006)].

[159] Violazione riconosciuta nel diverso trattamento fiscale – in punto di tasse di successione – riservato ai vedovi parte di coppie eterosessuali e i vedovi parte di coppie omosessuali.

[160] [570 U.S._(2013)] *slip opinion*, p. 6.

non pare espressione di un reale *judicial restraint* quanto piuttosto una di quelle ipotesi in cui il non decidere è espressione di un precisa scelta di *policymaking*. A tal proposito sono particolarmente significative le argomentazioni espresse dal *justice* Kennedy nel suo *dissent* laddove accusa la maggioranza di aver contraddetto alcuni precedenti in cui si sarebbe consentito alle persone di «*assert claims on behalf of the government or other*» e di non aver tenuto in debito conto la connessione fra i sostenitori della *Proposition n. 8* e lo Stato[161]. In conseguenza di ciò la Corte avrebbe «*misconstrue principles of justiciability to avoid [the] subject*», finanche venendo meno al suo dovere di implementare la democraticità del sistema costituzionale[162].

Vi è, infine, un altro esempio recente, il caso *Fisher v. University of Texas at Austin*[163], che mostra come la Corte Suprema manipoli gli *standing requirements* al fine di riservarsi la decisione sul se decidere, specialmente allorché, mostra di voler entrare nel merito di una questione. La ricorrente aveva agito conto l'Università del Texas a seguito dell'esclusione della sua domanda di iscrizione (risalente al 2008), sostenendo che ciò fosse da imputarsi alle regole di ammissione che prevedevano *affermative actions* a favore delle minoranze razziali[164]. Regole che avrebbero integrato, quindi, una ipotesi di *reverse discrimination*. La studentessa, poi, si era iscritta ad

[161] [570 U.S._(2013)] *slip opinion*, p. 6. Kennedy ha proseguito rilevando come «*both elected officials and iniziative proponents receive their authority to speack for the State of the California directly from the people*», p. 8.

[162] *Dissent* di Kennedy: [570 U.S._(2013)] *slip opinion*, p. 13. Secondo il giudice «*what the Court fails to grasp or accept is the basic premise of the initiative process. And it is this. The essence of democracy is that the right to make law rests in the people and flows to the government, not the other way around. Freedom resides first in the people without need of a grant from government*». Da ultimo il tema delle unioni omosessuali è stato riaffrontato nel caso *Obergeffel v. Hodges* [576 U.S._(2015)] *slip opinion* (testo in http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf), con il quale si è realizzato il riconoscimento dei matrimoni fra persone dello stesso sesso sull'intero territorio federale. La Corte Suprema, infatti, ha imposto agli Stati che non avessero già legiferato in materia di registrare i matrimoni omosessuali contratti in diversi Stati.

[163] [570 U.S._(2013)] *slip opinion.*

[164] *Affirmative actions* ammesse dalla Corte Suprema già nel 2003, con il caso *Grutter v. Bollinger* [539 U.S. 306 (2003)] che aveva stabilito che i *colleges* e le

un diverso *college* ottenendo il titolo di studio desiderato. La corte federale inferiore, su sollecitazione dell'università convenuta pur riscontrando una mancanza di *standing* della ricorrente, tuttavia ha ritenuto di rimettere la decisione alla Corte Suprema. I *supreme justice*, però, in questo caso sembrano non voler considerare il problema della presenza o meno del presupposto processuale e in nessuna parte della decisione compaiono riferimenti allo *standing*. La Corte Suprema, con una ampia maggioranza[165] ha deciso, così, di entrare nel merito della questione e il *justice* Kennedy ha circostanziato il *decisum* del precedente *Grutter v. Bollinger*[166] precisando che le università e i *colleges* devono dimostrare che l'uso del fattore razziale nelle procedure di ammissione non sia soltanto un elemento utile, ma addirittura necessario al fine di ottenere un corpo studenti multietnico[167].

La decisione in esame può esser letta in diversi modi: si può sostenere che la volontà della Corte di decidere nel merito una controversia dal carattere così socialmente e politicamente "sensibile" sia stata maggiore delle preoccupazioni inerenti la sussistenza dello *standing*. Ma si può anche ritenere che i *supreme justice*, consapevoli della difficoltà di giustificare con motivazioni plausibili la sussistenza degli *standing requirements*, abbiano semplicemente deciso di evitare di confrontarsi con la propria giurisprudenza[168] in un ambito, quello delle *affermative actions*, in cui la *standing doctrine* ha mostrato tutte le sue criticità[169]. In ogni caso, questa decisione palesa il potere manipo-

---

università potessero avere interesse a stabilire regole di accesso su base razziale al fine di avere un corpo studenti articolato.

[165] La decisione è stata sostenuta da ben sette giudici. Solo Stevens non vi ha preso parte.

[166] [539 U.S. 306 (2003)].

[167] *Fisher v. University of Texas* [570 U.S._(2013)] *slip opinion*, p. 7.

[168] La dottrina che ha commentato la decisione ha suggerito come la Corte Suprema non avrebbe dovuto decidere nel merito per carenza di *standing.* In tal senso cfr. E. Chemerinsky, *The Court Affects all of us. The Supreme Court in Term Review*, cit., p. 363; D. Holley-Walker, *Defining Race-Conscious Programs in the* Fisher Era, 57 *How. L.J.* 545, 2014, spec. pp. 555-556; H. Elliott, *Symposium*: *Standing in the Roberts Court: Does the Supreme Court Ignore Standing Problems to Reach the Merit? Evidence (or Lack) from the Roberts Court*, cit., p. 189 ss.; R.H. Nelson, *Injury in Fiction*, 66 *Vand. L. Rev.* 153, 2013, spec. p. 162 ss.

[169] La dottrina ha rilevato come in materia di *affirmative actions* la Corte abbia accolto una nozione di *injury* non ritenuta sufficiente a garantire lo *standing* in

lativo della Corte Suprema in relazione alla verifica della sussistenza della *justiciability* delle questioni sottoposte al suo esame e conferma ancora una volta la "scivolosità" della materia.

2.6. *Le difficoltà di razionalizzazione: una* doctrine in a state of some confusion

Volendo provare a dipanare il complicato quadro sopra descritto, e anticipando alcune delle conclusioni che si esporranno al paragrafo 4 del presente lavoro, si rileva come l'unico dato che appare certo è come la *standing doctrine* continui ad essere il campo di battaglia sul quale si confrontano gli schieramenti interni alla Corte con esiti alterni e di difficile razionalizzazione. Palese, poi, è l'uso strumentale della dottrina in esame e l'incidenza che, attraverso di essa, la Corte Suprema ha avuto nella definizione del livello di tutela dei diritti fondamentali e finanche nella definizione dei contorni della forma di governo e dell'articolazione dei rapporti con gli Stati, quantomeno laddove le decisioni sono rese su argomentazioni che fanno leva sulla *separation of power doctrine*.

Più in generale, si può sostenere che la giurisprudenza richiamata nelle pagine che precedono mostra in modo piuttosto netto come, anche nella prassi recente della Corte Suprema, sia invalsa la tendenza a utilizzare lo *standing* ora come uno strumento per "regolare" il *docket*, ora come uno stratagemma per decidere o di entrare nel merito di questioni che opportunamente dovrebbe non decidere o, viceversa, di evitare questioni ritenute "scomode", premature, o da risolversi nell'ambito di un processo politico democratico.

---

altri contesti (R.M. Re, *Relative Standing*, cit., pp. 1201-1202). Si è altresì rilevato che in questo ambito la Corte avrebbe «*recognized injuries that are a far cry from the "concrete" and "palpable" injuries that the Court purports to require*» (F.A. Hessick, *Standing, Injury in Fact, and Private Rights*, cit., p. 304, ma si veda altresì R.H. Nelson, *Injury in Fiction*, cit., spec. pp. 162-163). Alcuni autori, inoltre, criticano lo stato di "confusione" in cui verserebbe la *standing doctrine* allorché vengono in rilievo *affermative actions*: essa sarebbe intenzionalmente (o inconsciamente) distorta a beneficio delle maggioranze razziali e di altri gruppi privilegiati (C.B. Sundquist, *The First Principles of Standing: Privilege, System Justification, and the Predictable Incoherence of Article III*, 1 *Colum. J. Race & L.* 119, 2011; G.R. Nichol Jr, *Standing for Privilege: The Failure of Injury Analysis*, 82 *B.U. L. Rev.* 301, 2002, spec. p. 309 ss.).

La dottrina, ha poi rilevato come la *standing doctrine* solo apparentemente sia coerente nel definirsi funzionale al rispetto del principio di separazione dei poteri e ad arginare la natura contro-maggioritaria della Corte Suprema[170]. Alcuni degli esempi richiamati nelle pagine precedenti mostrano come non decidere certi casi[171] sia espressione di un "attivismo conservatore" e non esercizio di quelle *passive virtues* tanto patrocinate da Bickel. Non entrare nel merito di determinate questioni può, inoltre, minare il livello di protezione di alcuni diritti fondamentali, diritti la cui tutela è innervata nel ruolo che la Corte Suprema ha nell'ordinamento[172].

Altro elemento che pare consolidato, e che rappresenta un fattore che rende difficile una razionalizzazione della *doctrine* in esame, è rappresentato dal diverso impiego della stessa a seconda non solo delle fasi storiche (e delle correnti ideologiche presenti all'interno della Corte Suprema), ma anche degli ambiti materiali concretamente considerati. Le pronunce rese in materia di *generalized girevances* e la conseguente variabile valutazione del requisito dell'*injury* paiono emblematiche sul punto[173].

Inoltre, se in ambiti quale quello della sicurezza pubblica e dell'*intelligence*, la Corte Suprema ha spesso dichiarato l'assenza di *standing*[174], diversamente in materia ambientale la giurisprudenza

---

[170] Per una articolata critica che mostra come in realtà molte delle decisioni della Corte Suprema in punto di valutazione degli *standing requirements* non rispettino, di fatto, il principio di separazione dei poteri o, quantomeno, vadano valutate in termini critici per le diverse articolazioni che il principio stesso mostra: H. Elliott, *The Functions of Standing*, cit., spec. p. 495 ss.

[171] Cfr. ad esempio i casi *Clapper Director of National Intelligence et al. V. Amnesty International USA et al.* [568 U.S._(2013)], *slip opinion*; *City of Los Angeles v. Lyons* [461 U.S. 95(1983)].

[172] Già Madison, nel *The Fedealist*, n. 48, aveva individuato quale importante funzione dell'art. III Cost. quella della protezione dei diritti in situazioni non adeguatamente considerate dal processo maggioritario rappresentativo (A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, Signet Classic 2003, p. 305 ss.). Su questi profili anche V.C. Jackson, *Symposium*: *Standing in the Roberts Court: Standing and the Role of Federal Courts: Triple Error Decisions in Clapper v. Amnesty International USA and City of Los Angeles v. Lyons*, cit., spec. p. 130 ss.

[173] Su cui *supra*, par. 2.3.

[174] Cfr. *supra* l'analisi del caso *Clapper Director of National Intelligence et al. V. Amnesty International USA et al.* [568 U.S._(2013)], *slip opinion*, spec. pp. 8-10 e il caso *United States v. Richardson* [418 U.S. 166, 167-170 (1974)].

è parsa oscillante e spesso la Corte ha valutato la sussistenza dello *standing* in presenza di *injuries* di carattere probabilistico e futuro[175] e riconosciuto il diritto di agire a titolari di interessi diffusi[176].

Similmente, la giurisprudenza in tema di *affermative actions*[177], diritti delle donne[178] e tutela degli appartenenti a *sexual minorities*[179] mostra, salvo alcune eccezioni[180], una interpretazione elastica degli *standing requirements*, funzionale a consentire alla Corte di entrare nel merito delle questioni anche allorché fosse messa in discussione un'attività posta in essere da una pubblica autorità o fosse necessario ingerirsi *ex facto* nelle scelte discrezionali del legislatore[181].

Molte possono essere le ragioni sottese a siffatta diversità di concezione della *doctrine of standing* a seconda dell'ambito che viene in rilievo: già si è anticipato l'uso della *standing doctrine* in ambiti tradizionalmente dominio della *political question doctrine*, quali la sicurezza pubblica e gli affari esteri, al fine di non decidere casi ritenuti scomodi[182] o casi che per la "delicatezza" politica si riteneva più opportuno definire nelle sedi politiche. Diversamente, in materia ambientale, l'evoluzione giurisprudenziale cui si è assistito probabilmente è dovuta sia al consolidamento di un modello di *public law litigation* (con la conseguente accettazione dell'intervento del Congresso nel porre *statutory limits* ad esso), sia alla rilevanza anche economica delle questioni che vengono in rilievo[183]. Ancora, in am-

---

[175] Ad esempio in *Duke Power Co. v. Carolina Env. Study Group* [438 U.S. 59 (1978)].

[176] Cfr. *supra*, note nn. 110 e 111.

[177] Cfr. *supra*, nota n. 169.

[178] *Ex multis*: *Nevada Department of Human Resources v. Hibbs* [538 U.S. 721 (2003)]; *United States v. Virginia* [518 U.S. 515 (1996)]; ma cfr. *Nguyen v. INS* [533 U.S. 53 (2001)].

[179] *Ex multis: United States v. Windsor* [570 U.S._(2013)] *slip opinion*; *Lawrence v. Texas* [539 U.S. 558 (2003)]; *Romer v. Evans* [517 U.S. 620 (1996)].

[180] Ad esempio, di recente, *Dennis Hollingsworth et al. v. Perry et al.* [570 U.S._(2013)] *slip opinion.*

[181] Sul punto efficace sono le argomentazioni di V.C. Jackson, *Symposium*: *Standing in the Roberts Court: Standing and the Role of Federal Courts: Triple Error Decisions in Clapper v. Amnesty International USA and City of Los Angeles v. Lyons*, cit., spec. p. 183 e H. Elliott, *The Functions of Standing*, cit., spec. p. 495 ss.

[182] Cfr. *supra*, par. 2.2., spec. nota n. 106 e par. 2.5, spec. note nn. 142-146.

[183] Cfr. *supra*, parr. 2.3. e 2.4. e spec. note nn. 110 e 111.

biti quali quello delle *affirmative actions* e allorché si rende necessaria la tutela di alcuni diritti fondamentali la Corte tende a mostrarsi più o meno proattiva a seconda delle correnti ideologiche (conservatrici o *liberal*) che si impongono al suo interno e alla sensibilità politica e sociale delle questioni sottoposte al suo esame[184].

3. *Il "tempo" della decisione:* ripeness *e* mootness

3.1. *Il controverso concetto di "maturità della questione"*

Con il termine *ripeness* ci si riferisce ad una tecnica di selezione dei casi che combina *constitutional* e *prudential limits*[185] e che lascia molto spazio alla discrezionalità interpretativa del collegio giudicante, perché si basa su un concetto, quale quello di maturità della causa, che si presta ad interpretazioni discordi e finanche ad un uso strumentale, essendo difficilmente definibile in modo statico ed univoco, poiché incorpora elementi sia di natura normativa, sia (e prevalentemente) di matrice giurisprudenziale. Infatti, una Corte può rifiutarsi di pronunciarsi in merito ad un caso, che pur astrattamente presenta i caratteri di una reale controversia, qualora ritenga che esso non sia ancora maturo per una decisione[186]. Ciò avviene quando la materia dal contendere non è definita a sufficienza, oppure quando la lesione

---

[184] Cfr. *ex multis*: *Fisher v. University of Texas* [570 U.S._(2013)] *slip opinion*; *United States v. Windsor* [570 U.S._(2013)] *slip opinion; Boumediene v. Bush* [553 U.S. 723 (2008)]; *Clapper Director of National Intelligence et al. V. Amnesty International USA et al.* [568 U.S._(2013)], *slip opinion.*

[185] In merito ad essi, *supra*, par. 1. In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza della Corte Suprema, valorizzando ora il collegamento con il testo costituzionale (ad es. in *Public Service Comm'n v. Wycoff Co., Inc.* [344 U.S. 237, 242 (1952)]), ora l'aspetto *prudential* della dottrina (ad es. in *Buckley v. Valeo* [424 U.S. 1, 14 (1976)] spec. at. 14). Secondo E. Chemerinsky (*Constitutional Law. Principles and Policies*, cit., p. 105): «*the focus on whether there is a sufficient injury without preenforcement review seems inextricably linked with the constitutional requirement for cases and controversies, whereas the focus on the quality of the record seems prudential*».

[186] In tal senso il caso il *leading case* in materia: *Abbot Laboratories v. Gardner* [387 U.S. 136, 148 (1967)].

lamentata da una delle parti non è considerata concreta ed attuale. A tal proposito, la Corte Suprema ha affermato che «*a claim is not ripe for adjudication if it rests upon contingent future events that may not occur as anticipated, or indeed may not occur at all*»[187].

La *doctrine of justiciability* in esame presenta alcuni rilevanti profili di sovrapposizione con lo *standing* poiché in entrambi i casi è necessario che sia integrato il requisito della concretezza del giudizio, e quindi che vi sia un'effettiva *injury*[188]. La *ripeness doctrine*, tuttavia, pare particolarmente significativa non solo perché ribadisce la concretezza che deve avere la controversia, e che risulta dalla scelta di non intervenire a decidere questioni che non siano espressione di un contrasto effettivo, ma anche perché evoca concetti familiari alla nostra esperienza costituzionale, vale a dire la residualità e la non indispensabilità dell'intervento del giudice costituzionale[189] che, come noto, sono presupposti fondamentali della giurisdizionalizzazione dei conflitti fra poteri[190], ma anche (in punto di rilevanza,

---

[187] *Thomas* v. *Union Carbide Agricultural Products Co.* [473 U.S. 568, 580-81 (1985)]. Argomentazioni simili si rinvengono anche nei casi: *United Public Workers v. Mitchell* [330 U.S. 75 (1947)]; *Adler v. Board of Education of City of New York* [342 U.S. 485 (1952)]; *Abbot Laboratories v. Gardner* [387 U.S. 136 (1967)]; *Steffel v. Thompson* [415 U.S. 452 (1974)]; *EPA v. Brown* [431 U.S. 99 (1977)]; *Ohio Forestry Assn., Inc. v. Sierra Club* [523 U.S. 726 (1998)]; *Texas v. United States* [523 U.S. 296 (1998)]. Per maggiori approfondimenti vedasi L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., pp. 67 ss. e 344 ss.; E. Chemerinsky, *Federal Jurisdiction*, cit., p. 117 ss.; L.W. Yackle *Federal Courts*, cit., p. 27 ss.; G.R. Nichol, *Ripeness and the Constitution*, 54 *U. Chi. L. Rev.* 153, 1987.

[188] In assenza di concreta *injury*, infatti, un caso potrebbe essere *dismissed* sia per carenza di *standing*, sia perché non *ripe*. Cfr. *O'Shea v. Littleton* [414 U.S. 488 (1974)]. Sulla diversa valutazione del profilo dell'*injury*, in sede di applicazione delle *doctrines* di *standing* e *ripeness* cfr. E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, cit., p. 104 ss. e *supra*, nota n. 81.

[189] La Corte ha riconosciuto che una questione non dovrebbe essere decisa se non «*ripe for judicial review*»: *Buckley v. Valeo* [424 U.S. 1, 113-114 (1976)] (*per curiam opinion*). Cfr. anche *San Remo Hotel L.P. v. City and County of San Francisco* [545 U.S. 323 (2005)], nonché il più risalente *Williamson County Regional Planning Commission v. Hamilton Bank of Johnson City* [473 U.S. 172 (1984)]. Per maggiori approfondimenti su questo profilo J.H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, University of Chicago Press, Chicago, 1983, spec. pp. 47 ss. e 260 ss.; E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, cit., p. 104., e cfr. *supra*, note nn. 52-58.

[190] Come è noto, la Consulta ha da tempo negato che i conflitti fra poteri o enti possano avere una natura astratta meramente ipotetica, ma debbano essere «at-

non manifesta infondatezza e obbligo di interpretazione conforme) del giudizio in via incidentale.

Il definire *ripe* o non *ripe* una questione può avere significative ripercussioni sulla tutela dei diritti dei singoli, specialmente allorché questi possono essere potenzialmente lesi[191] (anche in modo irreparabile) in virtù dell'applicazione di un atto normativo. Il tema del c.d. *preventive relief* spesso pone in difficoltà e divide la Corte Suprema perché, portandola a definire questioni ancora ipotetiche, sfuma il requisito della concretezza del giudizio accentuandone l'astrattezza ed evocando lo spettro della violazione del divieto di rendere *advisory opinions*[192].

Peraltro, se decidere di non definire una questione in quanto non *ripe* può rappresentare un modo per "prendere tempo"[193] ed evitare alla Corte Suprema di assumere una posizione in merito a questioni socialmente "sensibili", tuttavia ciò non significa poter evitare *ad libitum* una pronuncia[194].

---

tuali e concreti» (cfr. ad esempio Sent. n. 1 del 2013; sent. n. 106 del 2009, Ord. n. 404 del 2005). Infatti si è affermato che «l'istituto del conflitto di attribuzione deve essere mantenuto entro i confini ad esso segnati dalla Costituzione, per non trasformare la Corte costituzionale in un organo meramente consultivo. Né si vede come la Corte possa preventivamente esaminare un caso che può dar luogo a conflitto di attribuzione, quando, in mancanza di una precisa determinazione dei presupposti, delle ragioni e dei motivi che possano indurre, in concreto, un ente o un'amministrazione ad affermare la propria competenza, la Corte dovrebbe decidere in base ad astratte formulazioni di ipotesi, che potrebbero non trovare concreto riscontro nella realtà» (Sent. n. 164 del 1963, ma cfr. anche Ord. n. 84 del 1978). Per maggiori approfondimenti, nella dottrina italiana si veda A. Sperti, *Corti Supreme e conflitti fra poteri…*, cit., spec. p. 96 ss.

[191] Sul punto diffusamente L. Fisher, *Constitutional Dialogues*, *Interpretation as Political Process*, cit., p. 106. La questione della *ripeness* emerse con particolare evidenza in un caso del 1947, *United Public Workers v. Mitchell* [330 U.S. 75, 90 (1947)].

[192] La Corte Suprema ha precisato che il mancato intervento giudiziario può talvolta arrecare un irreparabile *vulnus* ai diritti dei singoli allorché determinate disposizioni normative siano attuate (*Longshoremen's Union v. Boyd* [347 U.S. 222, 224-226 (1954)]) e che in tali casi l'esercizio del potere di *judicial review* può essere opportuno e finanche necessario (cfr. ad esempio *Abbot Laboratories v. Gardner* [387 U.S. 136 (1967)]; *Gardner v. Toilet Goods Assn* [387 U.S. 167 (1967)]).

[193] L. Fisher, *Constitutional Dialogues, Interpretation as Political Process*, cit., p. 109.

[194] Ne sono un esempio le decisioni in materia di desegrazionismo (cfr. *Naim v. Naim* [350 U.S. 891 (1955)] con *Loving v. Virginia* [388 U.S. 1 (1967)]) o sull'u-

Inoltre, va rilevato che vi è una diretta connessione fra la *ripeness doctrine* e la *separation of power doctrine* poiché la prima dovrebbe essere funzionale a mantenere in equilibrio gli assetti fra i diversi poteri impedendo alla Corte Suprema di intervenire con lo strumento del *judicial review* in situazioni in cui non ve ne sia una effettiva necessità. Conseguentemente, essa è particolarmente importante per la definizione del ruolo della Corte nell'ordinamento (e nei confronti degli altri poteri). Se è vero, infatti, che la Corte Suprema non può decidere direttamente (a priori) le controversie fra poteri[195], non è evocabile in dubbio che tutte le decisioni in cui una questione di costituzionalità viene sollevata formalmente da soggetti privati[196], ma riguarda decisioni degli organi politici, influiscono nella definizione della forma di governo del paese. E ciò è vero, come si è visto al capitolo I del presente lavoro, già dagli albori dell'attività della Corte Suprema. In questo contesto, il governo dei tempi della decisione acquisisce un particolare rilievo poiché incide, seppur indirettamente, sugli equilibri fra poteri, e può arrivare sino a confondersi con il divieto di decidere *political questions*[197]. Pertanto, la scelta di decidere o non decidere una determinata questione perché non matura può non essere una "semplice" espressione delle bickeliane *passive virtues*[198], ma sintomo di una precisa presa di posizione

---

tilizzo di metodi contraccettivi (cfr. *Tileston v. Ullman* [318 U.S. 44 (1943)] e *Poe v. Ullman* [367 U.S. 497 (1961)] con *Griswold v. Connecticut* [381 U.S. 479 (1965)]).

[195] In tal senso il *justice Powell* nella *concurring opinion* al caso *Goldwater v. Carter* [444 U.S. 996, 997 (1979)].

[196] Si veda, ad esempio, il caso *Raines v. Byrd* [521 U.S. 811 (1997)].

[197] Un caso che, per quanto *dismissed* in ragione di una dichiarata assenza di *standing to sue*, presenta argomentazioni interessanti in relazione al requisito della *ripeness* e, soprattutto corroboranti quanto sostenuto sinora è il caso *Raines* citato alla nota n. 196. Nelle motivazioni, il *justice* Souter, nella sua *concurring opinion*, sostiene che la Corte ben abbia fatto a non decidere esercitando una «*virtue of waiting for a private suit […] confirmed by the certainty that another suit can come to us*». Egli, poi, prosegue precisando che la questione sottoposta all'esame della Corte, laddove fosse stata proposta da un normale cittadino invece che da un parlamentare, sarebbe stata probabilmente oggetto di decisione nel merito. Palese, quindi, che la preoccupazione principale della Corte fosse quello di definire il proprio ruolo nella definizione dei rapporti fra i poteri e di conservare, al contempo autonomia nel decidere il tempo e le modalità del proprio intervento.

[198] A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., spec. p. 116. Va precisato, comunque, che secondo Bickel, la *ripeness doctrine* è funzionale a consentire una valutazione della maturità della questione nel senso più lato del termine, con-

politica[199] e, in questo senso, la *ripeness* si può declinare come dottrina che può essere utilizzata nell'approccio della Corte Suprema alle *political questions*, eventualmente anche in sostituzione della *political question doctrine*.

Nella prassi giurisprudenziale, infatti, l'impossibilità di definire una questione in sede politica è un elemento di fondamentale importanza in sede di valutazione della sussistenza del requisito della *ripeness*[200] e, conseguentemente per spingere la Corte ad intervenire. Tale concetto fu espresso con efficacia dal *justice* Powell, il quale, nella *concurring opinion* resa nel caso *Goldwater v. Carter* ha affermato: «*[t]he Judicial Branch should not decide issues affecting the allocation of power between the President and Congress until the political branches reach a constitutional impasse. Otherwise, we would encourage small groups, or even individual Members, of Congress to seek judicial resolution of issues before the normal political process has the opportunity to resolve the conflict*»[201].

---

testualizzandola all'interno del quadro storico-politico e considerando globalmente il suo ruolo nei rapporti e nei confronti degli organi rappresentativi (Id., *ult. op. cit.*, p. 124).

[199] In tal senso, N. Devins, M.A. Fitts (*The Triumph of Timing: Raines v. Byrd and the Modern Supreme Court's Attempt to Control Constitutional Confrontations*, 86, *Geo. L.J.* 351, 1997), commentando il caso *Raines* di cui *supra*, nota n. 196. Questi Autori sostengono che «*Raines offers a unique opportunity to explore the process by which the modem Supreme Court seeks to control the timing of its confrontations with Congress and the executive branch […] At first glance, Raines appears to serve as a classic exercise of the passive virtues. Newspaper coverage, for example, observed that a Supreme Court decision on the constitutionality of the Item Veto Act would be imminent and inevitable, and Raines was, therefore, just delaying a substantive decision on the Act.13. Furthermore, the lack of any real disagreement on the outcome-the vote was seven-to-two for dismissal-seemed to suggest that the Justices did not see this result as raising any major ideological issues. We maintain, however, that the decision and its political history are more complex than the classic Bickelian analysis suggests, revealing a Court that delayed consideration of some issues, accelerated decisions on others, and simply ignored still others. While the center of this complicated dance was the expedited review provision, which stood as a symbol of modem democratic opposition to the exercise of the passive virtues, there were in fact two separate and interrelated timing decisions made by each branch of government*», pp. 352-353.

[200] R.J Pushaw Jr, *Justiciability and Separation of Powers: A Neo-federalist Approach*, cit., spec. p. 496 ss.; e si vedano anche, ad esempio, i casi *United States v. Nixon* [418 U.S. 683 (1974)] e *Goldwater v. Carter* [444 U.S. 996 (1979)].

[201] [444 U.S. 996, 997 (1979)].

3.2. Mootness*: «the doctrine of standing in a time frame»*

Il concetto di *mootness* è, per certi versi, opposto a quello di *ripeness* perché la Corte rifiuta di pronunciarsi quando ritiene che il proprio intervento sia tardivo, perciò, inutile[202]. Secondo la dottrina statunitense, peraltro spesso richiamata espressamente dalla Corte Suprema[203], la *mootness* è definita come «*the doctrine of standing in a time frame*»[204], poiché pur avendo *standing to sue*, le parti possono veder venir meno il loro interesse ad agire per l'intervento di ragioni normative (successione di leggi) o fattuali[205].

Come per la *ripeness*, anche in questa ipotesi, non è agevole individuarne la natura e, sebbene la giurisprudenza prevalente della Corte Suprema tenda a ricondurla ai *constitutional limits*[206], tuttavia, sia alcuni giudici della Corte, sia parte della dottrina ne hanno rilevato anche (e forse prevalentemente) la componente *prudential*[207].

La *mootness* è vaga quanto a definizione concreta e il margine

---

[202] Si vedano, per maggiori approfondimenti, R.K. Greenstein, *Mootness*, in *Encyclopedia of the Supreme Court*, III, Gale, 2008, p. 325 ss.; E.T. Lee, *Deconstitutionalizing Justiciability: the Example of Mootness*, 105 *Harv. L. Rev.* 603, 1992; L. Fisher, *Constitutional Dialogues, Interpretation as Political Process*, cit., p. 101; E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, cit., p. 116 ss.; Id., *Federal Jurisdiction*, cit., p. 129 ss.; L.H. Tribe, *American constitutional law*, cit., p. 67 ss.

[203] *United States Parole Comm'n v. Geraghty* [445 U.S. 388, 397 (1980)].

[204] Così H.P. Monaghan, *Constitutional Adjudication: The Who and When*, 82, cit., p. 1384. L'autore prosegue precisando che «*[t]he requisite personal interest that, must exist at the commencement of the litigation (standing) must continue through its existence (mootness)*».

[205] Sul punto *infra* e in ogni caso cfr. *ex multis* i casi: *United States v. Hamburg-American Co.* [239 U.S. 466 (1916)]; *United States v. Alaska Steamship Co*. [253 U.S. 113 (1920)]; *Brockington v. Rhodes* [396 U.S. 41 (1969)]; *Hall v. Beals* [396 U.S. 45 (1969)].

[206] Sulla componente *constitutional* o *prudential* delle *doctrines of justiciability*, cfr. *supra*, par. 1. Fra le varie decisioni che si sono espresse nel senso di ritenere la *mootness* come *doctrine constitutionally based* cfr. *SEC v. Medical Committee for Human Rights* [404 U.S. 403, 406 (1972)] o *Hall v. Beals* [396 U.S. 45, 48 (1969)].

[207] Ad esempio il giudice Rehnquist nella propria *concurring opinion* al caso *Honig v. Doe* [484 U.S. 305, 330 (1988)]. Con riferimento alla dottrina, cfr. E.T. Lee (*Deconstitutionalizing Justiciability: The example of Mootness*, cit., p. 605 ss.) il quale valorizza il carattere *prudential* e non *constitutionally based* della *doctrine* in esame, e M.I. Hall (*The Partially Prudential Doctrine of Mootness*, 77 *Geo. Wash. L.R.* 562, 2009), che, invece, opta per un'interpretazione mista (*prudential* e *constitutionally based*) della dottrina.

di discrezionalità del giudice è molto ampio e si presta a plurime interpretazioni. Inoltre, rientrano nell'ambito applicativo di tale *doctrine* situazioni alquanto eterogenee. Una questione può essere dichiarata *moot* sia qualora fra le parti intervengano fattori non previsti, sia quando muta lo stato dei fatti o le situazioni giuridiche sussistenti al momento della proposizione della causa – cui consegue il venir meno del loro interesse (giuridicamente apprezzabile) alla risoluzione della controversia[208] – o ancora quando la questione può diventare del tutto irrilevante e cessare la materia del contendere[209].

Riferendosi alla *doctrine* in esame, la Corte Suprema ha dimostrato di esser consapevole dei suoi fumosi confini e, a tal proposito vi si è riferita in termini di «*flexible character of the Article III mootness doctrine*»[210], individuando alcune ipotesi (non sempre agevolmente circostanziabili) in presenza delle quali non si fa applicazione della stessa. Così al giudice non è consentito ritenere *moot* i casi in cui vi siano danni collaterali o secondari, se vi sia una *class action*[211], se la parte convenuta cessi la condotta ritenuta illegittima, rimanendo, però, nelle sue possibilità una agevole ripresa della stessa[212], o se la questione sottoposta all'esame della Corte possa essere definita «*wrong capable of repetition yet evading review*»[213]. Quest'ultima ipotesi è particolarmente significativa per l'uso strumentale che ne ha fatto, negli anni, la Corte Suprema e per le implicazioni politiche spesso connesse a tale uso. Talvolta, infatti, dichiarare *moot* una questione può essere anche un agevole modo per non decidere questioni ritenute "scomode" o in relazione alle quali i giudici non si sentano "pronti"[214]. Ma è vero anche l'oppo-

---

[208] Ad es. *Powell v. Mc Cormack* [395 U.S. 486 (1969)].

[209] *Hall v. Beals* [396 U.S. 45 (1969)]; *North Carolina v. Rice* [404 U.S. 244 (1971)]; *Commissioner v. Shapiro* [424 U.S. 614 (1976)], *Nixon v. Fitzgerald* [457 U.S. 731 (1982)]; *Lewis v. Continental Bank Corp.* [494 U.S. 472 (1990)].

[210] *United States Parole Comm'n v. Geraghty* [445 U.S. 388, 400(1980)].

[211] E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, cit., p. 116 ss. e giurisprudenza ivi citata.

[212] Cfr., ad esempio, i casi *Friends of the Earth, Inc. et al. v. Laidlaw Environmental Services, Inc.* [528 U.S. 167 (2000)] e *Adarand Constructors, Inc. v. Slater* [528 U.S. 216 (2000)].

[213] In tal senso *Southern Pacific Terminal Co. v. ICC* [219 U.S. 498, 514-515 (1911)].

[214] Cfr. ad esempio il caso *Doremus v. Board of Education* [342 U.S. 429 (1952)] o casi in materia di *affirmative action policy* (es. *DeFunis v. Odegaard* [416

sto. La *mootness doctrine* è anche stata interpretata funzionalmente al soddisfacimento di interessi contingenti, con l'effetto di modificarne la portata in senso estensivo, al fine di decidere cause ritenute di interesse generale e dal carattere "politicamente" sensibile. Ciò, avvenne, ad esempio, in relazione al celeberrimo, quanto controverso, caso *Roe v. Wade*[215] che consentì la scelta di abortire. Questo caso era palesemente *moot* perché la ricorrente adì la Corte Suprema solo dopo il parto, quindi il suo interesse ad agire non avrebbe dovuto essere ritenuto sussistente, tuttavia la Corte, ribadendo la propria piena discrezionalità nella definizione dei confini dell'ambito delle questioni *justiciable*, ritenne di doversi pronunciare comunque, sia in nome di un generale interesse della collettività, sia per la possibilità che l'evento fosse ragionevolmente ripetibile (e la ricorrente, quindi, potesse affrontare un'ulteriore gravidanza)[216].

Più di recente la Corte Suprema, definendo una questione in materia elettorale, ha specificato ulteriormente i caratteri che deve avere il requisito della «*wrong capable of repetition yet evading review*» per potersi escludere la *mootness* della questione sottoposta al suo esame. Nel caso *Davis v. Federal Election Commission*, infatti, i *supreme justices*, rifacendosi ad alcuni precedenti, hanno ritenuto *justiciable* le questioni in cui: «*(1) the challenged action is in its duration too short to be fully litigated prior to cessation or expiration; and (2) there is a reasonable expectation that the same complaining party will be subject to the same action again*»[217].

U.S. 312 (1974)] o *Regents of the University of California v. Bakke* [438 U.S. 265 (1978)]. Sul punto: L. Fisher, *Constitutional Dialogues*, *Interpretation as Political Process*, cit., p. 102.

[215] [410 U.S. 113 (1973)]. Ma possono essere ricordati anche i casi *Powell v. Mc Cormack* [395 U.S. 486, 496 (1969)]; *Fiswick v. United States* [329 U.S. 211 (1946)] e *Firefighters Local Union No. 1784 v. Stotts* [467 U.S. 561, 568-572 (1984)].

Per un inquadramento della problematica relativa al diritto di abortire negli USA si veda S. Mancini, *Le donne vanno protette da loro stesse? L'aborto al vaglio della Supreme Court*, in *Quad. cost.*, 3, 2007, p. 654 ss.

[216] Particolarmente significative sono le osservazioni del *justice* Blackmun, nell'*opinion of the Court* da lui redatta, spec. al punto IV. Sulla ragionevole probabilità che un evento sia ripetibile come criterio che fa ritenere *moot* una causa cfr. *DeFunis v. Odegaard* [416 U.S. 312 (1974)], in particolare il *dissent* del *justice* Brennan. Ma, nella giurisprudenza più risalente, si veda anche *Southern Pacific Terminal Co. v. ICC* [219 U.S. 498, 514-515 (1911)].

[217] [554 U.S. 724 (2008)].

Ed è in materia elettorale – materia che presenta rilevanti profili di politicità ed è stata uno dei campi di elezione in cui è venuta in rilievo (sebbene per consentirne una interpretazione particolarmente restrittiva) la *political question doctrine*[218] – che la Corte Suprema mostra di effettuare un'interpretazione particolarmente discrezionale dei caratteri della *mootness doctrine*. A fronte di molti casi in cui la Corte ha ritenuto di doversi pronunciare, nonostante una rigorosa applicazione della dottrina potesse far ritenere la questione *moot*[219], non sono mancate ipotesi in cui, al contrario, i *supreme justices* hanno ritenuto opportuno astenersi dal decidere[220], senza che si riesca ad individuare un chiaro *discrimen* fra le varie ipotesi o una linea interpretativa sempre coerente nella prassi giurisprudenziale, rilevando, ai fini della scelta di decidere o meno, l'intervento di molti fattori, solo in parte giuridici. Come è stato acutamente osservato, «*the twist and turns of the mootness doctrine reflect the Court's effort to maintain a proper relationship with the other political branches*»[221].

4. Doctrines of justiciability *e* constitutional issues*: alcuni profili di similitudine fra Stati Uniti e Italia*

4.1. *Tecniche di selezione dei casi: esistenza di un coefficiente di politicità intrinseca?*

Il tema delle *doctrines of justiciability* è di primaria importanza per la definizione del ruolo delle corti federali, e specialmente della Corte Suprema, in relazione ai processi di *constitutional adjudica-*

[218] Cfr. *infra*, capp. IV e V del presente lavoro.

[219] Cfr. *Moore v. Ogilvie* [394 U.S. 814 (1969)]; *First National Bank of Boston v. Bellotti* [435 U.S. 765, 774 (1978)]; *Dunn v. Blumstein* [405 U.S. 330 (1972)]; *Norman v. Reed* [502 U.S. 279 (1992)]; *Davis v. Federal Election Commission* [554 U.S. 724 (2008)].

[220] Cfr. *Illinois State Board Elections v. Socialist Workers Party* [440 U.S. 173 (1979)]; *Golden v. Zwickler* [394 U.S. 103 (1969)]; *DeFunis v. Odegaard* [416 U.S. 312 (1974)].

[221] L. Fisher, *Constitutional Dialogues, Interpretation as Political Process*, cit., p. 105.

tion e, conseguentemente, in relazione alla configurazione dei caratteri della forma di governo del paese.

Si è osservato che il requisito dei *case and controversies* di cui all'art. III della Costituzione federale va inteso non solo quale limite al potere dei giudici di interpretare la Costituzione, ma quale strumento riconducibile al ruolo pubblicistico che la Corte Suprema ha assunto specialmente nel corso del secolo scorso[222] e che le consente di operare quale soggetto che provvede *ex se* a modellare gli ambiti ed i limiti della propria competenza, in modo da definire proprio ruolo e porsi in posizione equilibrata rispetto, sia al legislatore e all'esecutivo federali, sia rispetto alle autonomie statali[223].

Quella delle *doctrines of justiciability* è una tematica in cui il diritto costituzionale è compenetrato da forti elementi di politicità[224]. Nate come strumenti funzionali a controllare, sul piano quantitativo, l'attività della Corte, nei secoli si sono trasformate in elementi essenziali per il suo controllo sul piano qualitativo. La Corte Suprema, anche a causa della necessità di apprestare tutela a diritti diversi da quelli tradizionalmente riconosciuti dal *common law* ovvero da quelli esplicitati nel testo costituzionale[225], è spesso ricorsa ad un

---

[222] Si ricorda il processo di affermazione di un ruolo sempre più interventista dello Stato che ebbe una delle sue punte nel periodo del *New Deal*. Sul punto sono significative anche le considerazioni di M. Cappelletti (*Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984) il quale pur sottolineando la non esclusività dell'ordinamento statunitense quale ordinamento evolutosi verso un sistema pubblicistico di tutela degli interessi individuali, tuttavia rinviene la specificità dell'esperienza americana nel fatto che, in tale ordinamento, la tematica assume un rilievo assolutamente peculiare poiché la Corte Suprema è al medesimo tempo giudice del caso concreto e giudice di costituzionalità.

[223] V. Barsotti, *L'arte di tacere…*, cit., p. 139.

[224] A tal proposito M.H. Redish (*The Federal Courts in the Political Order: Judicial Jurisdiction and American Political Theory*, cit.) si riferisce ad un «*judicial political model*», spec. pp. 88 e 103-106.

[225] Sono molte le ipotesi in cui viene in rilievo la necessità di tutelare diritti diversi da quelli tradizionalmente riconosciuti dal *common law*: si pensi ad esempio agli interessi diffusi, agli *antidiscrimination rights*, ai diritti dei lavoratori, ai diritti in materia ambientale, ecc. in queste ipotesi la Corte Suprema spesso ha utilizzato le *docrines of justiciability* per delimitare il campo del proprio intervento al fine di non esser costretta ad affrontare questioni particolarmente "sensibili" o di non occupare sfere di competenza riservate agli altri poteri dello Stato. Per maggiori approfondimenti, anche in relazione al passaggio da un modello processuale *privatistico* ad un modello *pubblicistico*, in cui le corti federali incominciarono a tutelare

uso elastico di tali *doctrines*, ricomprendendovi sia regole che «*state the furthest reaches of constitutional power*» sia «*policies that suggest when that power should not be exercised*»[226]. Le *doctrines* in esame, pertanto, si sono modulate ora per esercitare un più o meno deciso *self-restraint*, ora per garantire un atteggiamento di *judicial activism*, secondo dinamiche che storicamente si sono connotate in senso non uniforme e talvolta poco coerente.

Costante pare l'intersezione fra il dato costituzionale e quello politico[227], in un rapporto di reciproca influenza che, se da un lato impone il rispetto delle sfere di competenza costituzionalmente definite in favore di altri poteri dello Stato, sotto diverso profilo rende evidente come la Corte Suprema non possa evitare espressamente di pronunciarsi sulla individuazione dei limiti del potere e sulla legittimità delle sue modalità di esercizio. Conseguentemente il concetto di *justiciability* e la sua perimetrazione non possono prescindere dalla consapevolezza dell'esistenza di tale compenetrazione fra sfera politica e sfera costituzionale e l'analisi da condurre non può che essere di tipo sostanziale e concreto[228].

Nelle pagine che precedono si è cercato di dimostrare come la Corte Suprema faccia un uso delle *doctrines of justiciability* definibile "strumentale" e manipolativo. Esse rappresentano sia uno strumento funzionale a definire gli ambiti dell'intervento giudiziale in

---

i diritti in virtù della mera presenza di un *injury in fact* cfr. *supra*, spec. note nn. 2, 3 e 9, 77. Per la dottrina italiana, su tutti, M. Cappelletti, *Giudici Legislatori*, cit., p. 1 ss.; e Id., *The Judicial Process*, in *Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

[226] Così L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 69.

[227] Diffusamente, sul punto, M.H. Redish, *The Federal Courts in the Political Order*, cit. Sulla intrinseca componente di politicità del diritto costituzionale e, di conseguenza, anche della giustizia costituzionale: S.M. Griffin, *American Constitutionalism: From Theory to Politics*, Princeton University Press, Princeton, 1986 (in trad. it. *Il costituzionalismo americano*, il Mulino, Bologna, 2003). Lo stesso può dirsi anche in relazione al caso italiano e, più in generale, sulla concezione del diritto costituzionale come "diritto politico", *ex multis:* G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, cit., spec. p. 65 ss.; nonché G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

[228] Efficacemente L.H. Tribe (*American Constitutional Law*, cit., p. 69) ha affermato che «*indeed it is not possible to analyze specific justiciability limits as though they were islands in sea of discretion*».

senso estensivo[229], sia un modo per evitare di esorbitare dalle sfere di competenza ed invadere spazi d'azione riservati ad altri poteri dello Stato (*in primis* il legislatore)[230], sia, infine, un modo di non decidere questioni "scomode" o semplicemente "premature"[231], cosicché ogni riflessione su tali dottrine, e quindi sul bilanciamento fra *restraint* ed esercizio del *judicial review*, apre alla riflessione sul *proper role* del potere giudiziario in una società democratica. Il quadro è reso più complesso dal fatto che è molto ampia la casistica in merito all'uso delle *doctrines* quali tecniche di non decisione in materia costituzionale[232]: come ben argomentato dal giudice Brandeis in una delle sue celebri *concurring opinions*, la Corte Suprema ha sviluppato, «*for its own governance in the cases confessedly within its jurisdiction, a series of rules under which it has avoided passing upon a large part of all the constitutional questions pressed upon it for decision*»[233].

---

[229] Esse, infatti, consentono alle Corti di intervenire in ambiti in cui si ritenga maggiormente necessario l'esercizio del *judicial review*, senza, peraltro esorbitare certi limiti: come ben evidenziato da E. Chemerinsky (*Constitutional Law*, cit., p. 49] «*[j]usticiability doctrines permit the judiciary to expand its political capital only when necessary and not to squander it on matters inappropriate for judicial review*». Tale autore, peraltro a sua volta, riprende posizioni già espresse da A.M. Bickel [in *The Least Dangerous Branch*, cit., spec. p. 116). In particolare, parte della dottrina insiste sulla necessità di giustificare l'intervento delle corti allorché si debbano correggere le violazioni costituzionali che derivino da un uso distorto del potere da parte di altri organi costituzionali. Su questo punto in particolare S. Bandes, *The Idea of a Case*, cit., p. 227 ss.

[230] La connessione fra *doctrines of justiciability* e la *separation of power doctrine* è un fatto tendenzialmente condiviso in dottrina e nella prassi giurisprudenziale della Corte Suprema. Tali *doctrines* consentirebbero di definire il ruolo del potere giudiziario "in negativo", consentendo di individuare, cioè, le ipotesi in cui sia opportuno un atteggiamento di *deference* nei confronti degli altri poteri dello Stato. Tuttavia nelle pagine che precedono si è visto come, in realtà, talvolta se ne sia fatto un uso "distorto" al fine di perseguire gli obiettivi sostanziali che di volta in volta la Corte Suprema si è posta.

[231] Come, peraltro, ben espresso nel caso *Poe v. Ullman* [367 U.S. 497, 508 (1961)] ove la Corte ha affermato che «*it is not the habit of the Court to decide questions of a constitutional nature unless absolutely necessary to a decision of the case*».

[232] Si veda ad esempio il caso *Poe v. Ullman* [367 U.S. 497, 503 (1961)], ma si considerino anche i casi descritti, *supra*, parr. 2 e 3.

[233] Nel caso *Ashwander v. Tennessee Valley Authority* [297 U.S. 288 (1936)]. Su cui, *supra*, nota n. 10.

Si è anticipato nelle pagine che precedono che si tratta di regole derivate in primo luogo dalla storicamente definita e limitata natura e funzione delle corti e dal riconoscimento che, nel contesto di un sistema in cui si richiede il carattere *adversary* delle questioni sottoposte al vaglio giudiziale, il processo di decisione sia esercitato nell'ambito di una controversia in cui si prospettano diverse pretese che richiedono, quale *pratical necessity*, l'intervento del giudice[234]. In secondo luogo, le regole citate si desumono, sia dal carattere federale e da una forma di governo che si basa sul principio di separazione dei poteri, sia dal ruolo esercitato dalle corti federali, e in particolare della Corte Suprema, nel sistema costituzionale[235].

Si è visto che tali regole necessitano di essere applicate in tutti quei casi in cui una normativa, tanto federale quanto statale, si presume contraria al testo della Costituzione e la Corte Suprema ha sempre formalmente predicato la necessità di trattare questioni costituzionali solo quando strettamente necessario[236]. In questo contesto le diverse *doctrines of justiciability* che la Corte ha elaborato nel tempo, con particolare se non esclusivo riferimento a tali casi, sono variamente modulabili – ognuna avente la propria diversa applicazione – e hanno consentito ai giudici di dirigere la propria azione con una certa libertà e di raggiungere i propri obiettivi sostanziali[237].

La riflessione sulle *doctrines of justiciability*, quindi, porta ad effettuare anche considerazioni di ordine metodologico funzionali a chiarire se sia realmente utile (e finanche opportuno) favorire una interpretazione flessibile dei criteri di applicabilità delle stesse – incentivando, così, la discrezionalità delle Corti – ovvero se, al contrario, non sia da incentivare e valorizzare l'enucleazione di chiari cri-

---

[234] Sul punto cfr. *Poe v. Ullman* [367 U.S. 497, 503 (1961)] e *Little v. Bowers* [134 U.S. 547 (1890)]; *California v. San Pablo & Tulare R. Co*. [149 U.S. 308 (1893)]; *United States v. Fruehauf* [365 U.S. 146 (1961)]. Sulle declinazioni dell'*adversity*, si veda, *supra*, par. 1.3.

[235] Sul punto, si veda, *ex multis*, *Poe v. Ullman* [367 U.S. 497 (1961)].

[236] A tal proposito in *Parker v. County of Los Angeles* [338 U.S. 327, 333 (1949)] la Corte Suprema ha affermato che «*[t]he best teaching of this Court's experience admonishes us not to entertain constitutional questions in advance of the strictest necessity*».

[237] A tal proposito, si rimanda all'analisi condotta ai parr. nn. 2 e 3 del presente capitolo.

teri presupposti alla loro applicazione. Entrambe le posizioni sono sostenute dalla dottrina, sebbene non sempre con la medesima forza persuasiva.

A fronte di chi insiste sulla opportunità di garantire alle *doctrines of justiciability* un ampio margine di "malleabilità" e, conseguentemente, accorda ai giudici un rilevante grado di discrezionalità nell'interpretazione delle stesse – sia per sostenere un atteggiamento di *judicial restraint*[238], sia per contestarlo[239] – vi è chi, al contrario predica che esse debbano essere il più possibile prevedibili nei loro contorni, al fine di impedire ai giudici di poterne manipolare i confini[240].

È evidente che stabilire se la Corte Suprema abbia esplicitato in modo coerente e sufficientemente specifico i caratteri delle varie *doctrines of justiciability* – e quindi definire i contorni del problema della funzione politica e del potere discrezionale del giudice – si ricollega alla più ampia tematica della sua legittimazione[241] e, più nello specifico, per gli ambiti oggetto del nostro studio, alla tematica dell'individuazione dei confini fra le aree che legittimamente possono formare oggetto di *constitutional adjudication* e quelle riservate alla definizione da parte della prassi politica degli organi di indirizzo[242].

---

[238] Ad esempio, A.M. Bickel [in *The Supreme Court, 1960 Term. Foreword the Passive Virtues*, 75 *Harv. L. Rev.* 40, 1961] ritiene che sia desiderabile per la Corte Suprema usare discrezionalmente le *doctrines of justiciability* per declinare la *judicial review of legislation* in tutti quei casi in cui un atteggiamento di prudenziale deferenza consiglia di astenersi.

[239] Ad esempio, E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 48 ss.

[240] Su tutti: G.R. Nichol Jr, *Rethinking Standing*, cit., p. 68; G. Gunther, *The Subtle Vices of the "Passive Virtues": A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review*, 64 *Colum. L. Rev.* 1, 1964.

[241] In tal senso *ex multis* J.R. Siegel, *A Theory of Justiciability*, cit., p. 73 ss., ma anche, più di recente, V.C. Jackson, *Symposium*: *Standing in the Roberts Court: Standing and the Role of Federal Courts: Triple Error Decisions in Clapper v. Amnesty International USA and City of Los Angeles v. Lyons*, cit., p. 127 ss. Su questo tema si veda anche diffusamente al cap. II del presente lavoro.

[242] Su quest'ultimo aspetto, R. Toniatti ha rilevato come, tenuto conto della sistematica espansione della portata precettiva conferita alle disposizioni costituzionali, sia interessante sottolineare l'«intrinseca idoneità della legge costituzionale statunitense, in quanto *supreme law of the land*, ad essere «scoperta», secondo la tradizione giuridica del *common law*, non solo in occasione della sua applicazione giudiziaria, ma altresì in sede di *prassi politica* degli organi di indirizzo», Id., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 25.

Tuttavia, come si è visto al capitolo II del presente lavoro, la legittimazione della Corte Suprema risiede su vari fattori, solo alcuni dei quali di carattere legale. Essa è anche un simbolo per la collettività e la sua legittimazione risiede anche nel modo in cui la società civile ne percepisce l'operato e il ruolo[243]. Quindi, l'esercizio delle *passive virtues* tanto patrocinate da Bickel non necessariamente la protegge o è espressione di una legittima deferenza verso l'operato delle *political branches*, soprattutto in quei casi in cui esse si dimostrano non in grado di tutelare efficacemente i diritti fondamentali[244]. Il *restraint*, infatti, può essere considerato un approccio che favorisce la convivenza e il dialogo fra istituzioni di vertice (tutte legittimate, seppur in modo diverso[245]) solo quando non si pone la necessità di garantire la democraticità dell'ordinamento attraverso la protezione dei diritti fondamentali[246].

---

[243] V.C. Jackson, *Symposium*: *Standing in the Roberts Court: Standing and the Role of Federal Courts: Triple Error Decisions in Clapper v. Amnesty International USA and City of Los Angeles v. Lyons*, cit., p. 136, ma anche R.H. Fallon Jr, *Legitimacy and the Constitution*, 118 *Harv. L. Rev.* 1789, 2005.

[244] Come ben argomentato da V.C. Jackson in sede di critica delle decisioni *Lyons* e *Clapper* analizzate nelle pagine che precedono: «*[…] to the extent that one role of the Court is to act at times as a countermajoritarian institution to protect the constitutional rights of relatively powerless minorities – or to put it differently, to act in ways that the political branches cannot be expected to on such issues – the Court can fulfill this role only if it has legitimacy among the people, other organs of government and legal communities. Justiciability decisions like Lyons and Clapper, along with a pattern of some other door-closing decisions since the 1970s, raise questions about its capacity to sustain the needed degree of legitimacy over time*» [V.C. Jackson, *Symposium*: *Standing in the Roberts Court: Standing and the Role of Federal Courts: Triple Error Decisions in Clapper v. Amnesty International USA and City of Los Angeles v. Lyons*, cit., p. 176].

[245] Su tutti, L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 61 ss. Per una panoramica delle problematiche connesse al tema della legittimazione della Corte Suprema si veda cap. II del presente lavoro.

[246] Ed è per questo che ritenere la Corte Suprema una *countermajoritarian institution* è espressione di una posizione eccessivamente formale e formalistica. Ormai pare incontestato che la giustizia costituzionale rappresenta un aspetto fondamentale di ogni democrazia pluralista. In questo quadro, tuttavia, l'esercizio di *passive virtues* e di un certo *self-restraint* da parte dei giudici dovrebbe esser uno strumento interpretativo utile nell'interpretare testi costituzionali che, negli ordinamenti pluralistici contengono clausole aperte la cui definizione non può che essere lasciata, quantomeno nei tratti essenziali, alla politica. Sul punto diffusamente G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, cit., spec. pp. 101-105; nonché G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., spec. p. 82 ss.

La necessità di preservare l'influenza dei giudici (e il *political capital*) definendone in modo più o meno netto i margini di intervento è tematica che si può affermare comune a varie esperienze costituzionali. Sono molti i Paesi in cui si è assistito ad una progressiva incapacità degli organi politici (specialmente parlamentari) a rappresentare il luogo più idoneo a comporre i conflitti sociali, economici (e talvolta politici) con la conseguenza che l'onere di dover (provare a) comporre tali conflitti spesso ricade sugli organi di giustizia costituzionale[247].

4.2. *Selezione dei casi e decisioni processuali nel contesto nazionale*

Le difficoltà teoriche che hanno dovuto affrontare, sia la Corte Suprema, sia la dottrina statunitense, in sede di elaborazione e valutazione *doctrines of justiciability* e, più in generale, in sede di analisi dei presupposti per il *judicial review*, presentano alcuni rilevanti profili di similitudine con la nostra esperienza costituzionale.

Un primo aspetto riguarda la concretezza che deve avere la controversia: essa risulta dalla scelta di non intervenire a decidere questioni che non siano espressione di un contrasto effettivo ed evoca concetti familiari anche al sistema di giustizia costituzionale italiano. Sia la Corte Suprema, sia la Corte costituzionale, non possono decidere nel merito questioni di costituzionalità che abbiano un carattere meramente astratto o ipotetico. Il *judicial review of legislation* può essere esercitato unicamente laddove sia impossibile definire altrimenti la questione[248] e si lamenti la concreta lesione di diritti. Similmente, nell'ambito del giudizio in via incidentale, la Corte costituzionale ha da tempo escluso che possano dichiararsi ammissibili quelle questioni che presentino un carattere meramente eventuale, ipotetico o teorico o che paiano funzionali a servire ragioni di carattere politico o scientifico e, quindi, essendo svincolate da concrete

[247] A. Pizzorusso, *Italian and American Models of the Judiciary and of Judicial Review of Legislation. A Comparison of Recent Tendencies*, 38 *Am. J. Comp. L.* 373, 1990.

[248] Per gli Stati Uniti, si veda *supra*, nota n. 51.

esigenze applicative, rappresentino una *fictio litis*[249]. Analogamente, anche in sede giudizio sui conflitti di attribuzione, la Corte costituzionale ha valorizzato la residualità e la non indispensabilità dell'intervento del giudice costituzionale, che come noto, rappresentano i presupposti fondamentali della giurisdizionalizzazione dei conflitti fra poteri[250].

Inoltre, il modo in cui la Corte Suprema può "aggirare" il divieto di rendere *advisory opinions*[251] ricorda alcune tecniche decisorie adottate dal nostro Giudice delle leggi. Talvolta, infatti, la Corte Suprema, in sede di *constitutional adjudication*, manifesta agli organi politici (specie al legislatore) alcune indicazioni (o *advice*) inserendo nel *corpus* delle motivazioni di una sentenza degli *obiter dicta*, oppure decide di non definire nel merito la questione sottopostale, e pur tuttavia suggerisce agli organi politici le modalità attraverso cui definire la problematica. Tali dinamiche portano a ipotizzare un parallelismo con le tecniche decisorie e le tipologie di sentenze[252] attraverso cui la Corte costituzionale indirizza "moniti" al legislatore o al Governo (in sede di sindacato sugli atti aventi forza di legge) o tratteggia indirizzi cui l'azione degli organi costituzionali dovrebbe attenersi[253].

Altri punti di contatto fra l'esperienza americana e la nostra si rinvengono laddove entrambe le corti ritengono di non poter decidere questioni che siano premature[254] o del tutto tardive[255]. I giudici costituzionali si dimostrano, così, "padroni"[256] del tempo delle decisioni e al fine di evitare una pronuncia in un momento in cui la stessa potrebbe produrre effetti non del tutto governabili, se non addirittura pericolosi, essi esercitano il potere di verifica dell'ammissi-

---

[249] Sul punto cfr. *supra*, le note nn. 52, 53, 54 e 55.

[250] Sull'attualità e concretezza dei conflitti di attribuzione si veda, *supra*, nota n. 190 e n. 56.

[251] Su cui *supra*, al par. 1.3.

[252] Ad esempio le sentenze monito e si veda, *supra*, nota n. 49.

[253] Sul punto di veda, *supra*, nota n. 49.

[254] Qui pare evocativo il riferimento alla *ripeness doctrine* su cui *supra*, al par. 3.1.

[255] Qui, invece, pare evocativo il riferimento alla *mootness doctrine* su cui *supra*, al par. 3.2.

[256] G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 120 ss.

bilità (o della *justiciability*) delle questioni sottoposte al loro esame. Talvolta essi si trovano nelle condizioni di dover evitare di pronunciarsi su questioni che non siano ancora mature per esser trattate in termini di diritto costituzionale, ma, in ragione del loro contenuto socialmente sensibile, richiedono di esser epurate da un eccesso di politicità, eventualmente lasciando tempo agli organi politici di assumere una posizione sul punto[257].

Analogamente, alcune tecniche di *abstention*[258] elaborate dalla giurisprudenza della Corte Suprema americana evocano il dovere di interpretazione conforme che il giudice *a quo* nazionale deve rispettare[259].

Il confronto fra le due esperienze non è fine a se stesso, né tantomeno si vuole sostenere che in qualche modo la giurisprudenza statunitense in materia abbia influenzato la nostra, quanto piuttosto evidenziare come sia la Corte Suprema americana – specialmente allorché opera in sede di *constitutional adjudication* –, sia la Corte costituzionale italiana, si trovano a dover affrontare problematiche concrete simili e, conseguentemente, a fornire risposte che a volte non paiono poi così distanti, nonostante i modelli di giustizia costituzionale di riferimento presentino differenze sostanziali.

In entrambi gli ordinamenti le modalità di utilizzo delle tecniche di selezione dei casi, lungi dal prevenire un atteggiamento di *judi-*

---

[257] Si pensi alle situazioni particolarmente controverse nella società civile, come le unioni fra coppie dello stesso sesso, le scelte bioetiche, le decisioni in contesti dalla forte connotazione politica. Per quanto concerne l'ordinamento nazionale si veda, *infra*, cap. VI, spec. par. 5.

[258] Si fa riferimento alle c.d. *doctrines of abstention*, la prima delle quali (c.d. *Pulmman abstention*) fu elaborata nel caso *Railroad Commission of Texas v. Pullman Company* [312 U.S. 496 (1941)], laddove si impose ai giudici federali di evitare le decisioni di costituzionalità allorquando fosse possibile, per i giudici statali, definire le questioni sottoposte al loro esame interpretando la normativa statale in senso non incompatibile con le disposizioni della Costituzione federale. Per una panoramica sulle diverse *abstention doctrines* elaborate dalla giurisprudenza statunitense, si vedano, *ex multis*: E. Chemerinsky, *Federal Jurisdiction*, cit., spec. p. 685 ss.; R.H. Fallon *et al.*, *Hart and Wechsler's*, *The Federal Courts and the Federal System*, cit., spec. p. 1185 ss. Nella dottrina italiana, su tutti: V. Barsotti, *L'arte di tacere…*, cit., spec. p. 244 ss.

[259] Su cui, *ex multis*, G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006, ma anche, in termini più generali: G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 293 ss.

cial activism, accentuano le caratteristiche di astrattezza del giudizio di costituzionalità e parallelamente mostrano un certo grado di permeabilità alle questioni politiche[260], sebbene secondo dinamiche che differiscono anche di molto a seconda del periodo storico, della composizione dell'organo di giustizia costituzionale, della particolare congiuntura socio-politica e del caso concreto.

[260] Già A. DE TOCQUEVILLE A. (in *La democrazia in America*, Utet, Torino, 2007, p. 122) affermava che non vi è avvenimento politico in America in cui non si senta invocare l'autorità del giudice.

CAPITOLO IV

I MUTEVOLI CONFINI DELLA *POLITICAL QUESTION DOCTRINE*

> «*[t]he mere fact that an issue is "political" – that is, holding political ramifications and predominant political elements – does not mean that it cannot be resolved by a Court. Everything can be resolved by a Court, in the sense that law can take a view as to its legality. Of course an activity's political nature may occasionally create a legal norm that, by the content of the norm, gives broad discretion to the political authority to act as it whishes. In that case, the political authority is then free to act within, but not without, the law*»[1].

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali: strumento funzionale alla (legittima) limitazione del potere giudiziale o dottrina politicamente orientata? – 2. Origini e sviluppo della dottrina nel contesto statunitense. – 3. (*segue*): la svolta e l'inizio del declino della dottrina. – 3.1. Il caso *Baker v. Carr*. – 3.2. (*segue*): i successivi sviluppi. – 4. La *dottrina* al vaglio della dottrina: spunti di riflessione. – 4.1. La *classical political question doctrine*. – 4.2. Il *prudential approach* alla *political question doctrine*. – 4.3. La *functional political question doctrine*. – 4.4. L'evoluzione del dibattito: verso l'inesistenza della *political question doctrine*? – 4.5. (*segue*): impossibilità di definire compiutamente il concetto di *political questions.*

1. *Considerazioni generali: strumento funzionale alla (legittima) limitazione del potere giudiziale o dottrina politicamente orientata?*

Si è già anticipato nel corso del capitolo precedente che la formulazione della c.d. *political question doctrine* rappresenta il ten-

[1] A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton, 2006, p. 179.

tativo di escludere i giudici dall'ingerenza in questioni la cui risoluzione sia di competenza di altri poteri dello Stato. Tuttavia, tale concetto è solo apparentemente chiaro, poiché, alla prova dei fatti, la *doctrine* in parola è diventata una delle dottrine più politicamente orientate di cui si sia servita la Corte Suprema[2]. Tradizionalmente si

[2] La letteratura che si è occupata di definire o criticare i fumosi contorni e la *ratio* della *political question doctrine* è sterminata. Fra le posizioni più significative si ricordano, in ordine cronologico: O.P. Field, *The Doctrine of Political Questions in the Federal Courts*, 8 *Minn. L. Rev.* 485, 1924; M. Finkelstein, *Judicial Self-Limitation*, 37 *Harv. L. Rev.* 338, 1924; Id., *Further Notes on Judicial Self-Limitation*, 39 *Harv. L. Rev.* 221, 1925; M.F. Weston, *Political Questions*, 38 *Harv. L. Rev.* 296, 1925; J.P. Frank, *Political Questions*, in E.N. Chan, *Supreme Court and Supreme Law*, Indiana University Press, Bloomington, 1954, p. 36 ss.; H. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 *Harv. L. Rev.* 1, 1959, spec. p. 8 ss.; A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the bar of politics*, 2nd ed. Yale University Press, New Haven-London, 1986 (1st ed. 1962), spec. p. 183 ss.; Id., *The Supreme Court, 1960 Term. Foreword the Passive Virtues*, 75 *Harv. L. Rev.* 40, 1961; F. Scharpf, *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis*, 75 *Y.L.J.* 517, 1966; R.J. Bean, *The Supreme Court and the Political Question: Affirmation or Abdication*, 71 *W. Va. L. Rev.* 97, 1969; L. Henkin, *Is there a "Political Question" Doctrine?*, 85 *Y.L.J.* 597, 1976; M.E. Tigar, *Judicial Power, the Political Question Doctrine, and Foreign Relations*, 17 *UCLA L. Rev.* 1135, 1969-1970; M.H. Redish, *Judicial Review and the "Political Question"*, 79 *Nw. U.L. Rev.* 1031, 1985; J.P. Mulhern, *In Defence of the Political Question Doctrine*, 137 *U. Pa. L. Rev.* 97, 1988; R.F. Nagel, *Political Law, Legalistic Politics: A Recent History of the Political Question Doctrine*, 56 *U. Chi. L. Rev.* 643, 1989; W. McCormack, *The Political Question Doctrine. Jurisprudentially*, 70 *U. Det. Mercy L. Rev.* 793, 1992-1993; R.J. Pushaw Jr, *Justiciability and Separation of Powers: A Neo-federalist Approach*, 81 *Cornell L. Rev.* 393, 1996; L. Sandstrom Simadr, *Standing Alone: Do you Steel Need a Political Question Doctrine?*, 100 *Dickinson L. Rev.* 303, 1996; R.E. Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, 102 *Colum. L. Rev.* 237, 2002; R.J. Pushaw Jr, *Judicial Review and the Political Question Doctrine: Reviving the Federalist "Rebuttable Presumption" Analysis*, 80 *N.C. L. Rev.* 1165, 2002; M.V. Tushnet, *Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine*, 80 *N.C. L. Rev.* 1203, 2002; L.M. Seidman, *The Secret Life of the Political Question Doctrine*, 37 *John Marshall L. Rev.* 441, 2004; J.H. Choper, *The Political Question Doctrine Suggested Criteria*, 54 *Duke L.J.* 1457, 2005; N. Mourtada-Sabbah, B.E. Cain (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Lexington Books, Lanham, MD, 2007; G. Skinner, *Misunderstood, Misconstrued, and Now Clearly Dead: The "Political Question Doctrine" as a Justiciability Doctrine, Even in the Area of Foreign Affairs*, 29 *J.L. & Pol.* 427, 2014; T.L. Grove, *The Lost History of the Political Question Doctrine*, in 90 *N.Y.U. L. Rev.* 1908, 2015. Per una prospettiva di carattere generale si vedano anche, *ex*

suole affermare che l'attività giurisdizionale si debba fermare dinanzi al limite di *political question*. Limite che comporta che gli organi giurisdizionali possano analizzare controversie aventi un *tono politico* unicamente in presenza di due condizioni imprescindibili: che si tratti di questioni "giustiziabili", vale a dire aventi una rilevanza giuridica autonoma e costituzionalmente definita, e che si tratti di questioni definibili facendo applicazione di standard giudiziali adeguati che siano o ricavabili direttamente dal testo costituzionale o desumibili da quanto elaborato in via pretoria in precedenti decisioni[3]. L'attività dei giudici statunitensi da secoli si connota per il tentativo di definire e aggiornare criteri che consentano di adeguare il limite di *political question* ai confini vaghi e mutevoli che separano l'ambito d'azione costituzionalmente riservato al potere giudiziario da quello riservato agli organi politico-rappresentativi. Inoltre, come illustrato nel capitolo precedente, i giudici della Corte Suprema hanno fatto un uso strumentale, e finanche manipolativo, della *doctrine* in esame, invocandone l'applicazione sia per evitare di decidere questioni ritenute politicamente sensibili, sia per non pronunciarsi in ambiti ritenuti "pericolosi" o non sufficientemente "maturi", sia, al contra-

multis, C. Douglas, *Political Question Doctrine*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, IV, Gale, 2008, p. 63 ss.; R.H. Fallon *et al.*, *Hart and Wechsler's, The Federal Courts and the Federal System*, Foundation Press, New York, 2009, spec. p. 232 ss.; E. Chemerinsky, *Federal Jurisdiction*, Wolter Kluwer, U.S., 2011, spec. p. 145 ss.; L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 2000, spec. p. 67 ss. Nella dottrina italiana, su questi temi: C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di* political question, Giuffrè, Milano, 1991; V. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1999, spec. p. 198 ss.; P. Bianchi, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Giappichelli, Torino, 2000 spec. p. 96 ss.; A. Sperti, *Corti Supreme e conflitti fra poteri. Spunti per un confronto Italia-USA sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, spec. p. 116 ss.; C. Valentini, *Le ragioni della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2011 spec. p. 323 ss. Ulteriori riferimenti bibliografici di approfondimento saranno indicati nelle pagine che seguiranno.

[3] Sulla giustiziabilità delle questioni, cfr., *supra*, cap. III. La rilevanza giuridica della questione e la presenza di standard giudiziali adeguati sono elementi entrambi necessari e intrinsecamente collegati. Si può sostenere, infatti, che la legittimazione della Corte Suprema a definire una determinata questione che abbia rilevanza politica dipenda necessariamente anche dalla concreta possibilità di approcciarsi ad essa disponendo di standard di giudizio adeguati.

rio, per potersi spingere a definire nel merito questioni in cui venisse in rilievo la necessità di tutelare alcuni diritti fondamentali[4].

Come si tenterà di tratteggiare nelle pagine che seguiranno e nel capitolo successivo, dall'analisi della giurisprudenza della Corte Suprema emerge un quadro complessivo in cui la *political question doctrine* è stata modellata come uno strumento flessibile che ha consentito ai giudici di poter esercitare una grande discrezionalità decisionale, secondo linee di intervento non sempre coerenti ed omogenee, specialmente in relazione a quelle questioni che presentano per loro intrinseca natura connotazioni marcatamente politiche, e ciò ha determinato il proliferare di numerose posizioni critiche in letteratura[5].

Nel corso del capitolo precedente si è annoverata la *political question doctrine* fra le *doctrines of justiciability* che consentono alla Corte Suprema di effettuare una selezione dei casi da decidere nel merito. Tuttavia tale inclusione non è pacifica in dottrina[6] e richiede quantomeno alcune specificazioni. Se è vero che, in astratto, la

---

[4] Cfr. diffusamente *infra*, parr. successivi e la giurisprudenza analizzata nel dettaglio al cap. V del presente lavoro.

[5] Sulle quali diffusamente, *infra*, al par. 4.

[6] Molti autori statunitensi ritengono che la *political question doctrine* in realtà sia una *nonjusticiability doctrine*, quantomeno in alcuni ambiti materiali. Sul punto, ad esempio, E. Chemerinsky, *Bush v. Gore Was Not Justiciable*, 76 *Notre Dame L. Rev.* 1093, 2001; R.J. Pushaw Jr, *Judicial Review and the Political Question Doctrine:* cit., p. 1165 ss.; R. Barkow, *More Supreme Than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, cit., p. 237 ss.; M. Tushnet, *Law and Prudence in the Law of Justiciability*, cit., p. 1203 ss.; J.H. Choper, *The Political Question Doctrine, Suggested Criteria*, cit., p. 1457 ss.; L. Rudikof Price, *Banishing the Specter for Judicial Foreign Policymaking: A Competence-Based Approach to the Political Question Doctrine*, 38 N.Y.U.J. *Int. L. & Pol.* 323, 2006; A. Endicott, *The Judicial Answer Treatment of the Political Question Doctrine in Alien Tort Claims*, 28 *B.J.I.L.* 537, 2010; G. Skinner, *Misunderstood, Misconstrued, and Now Clearly Dead: The "Political Question Doctrine" as a Justiciability Doctrine, Even in the Area of Foreign Affairs*, cit., spec. p. 428. Altri autori contestano finanche la possibilità di ritenere esistente la *political question doctrine*. Notissimo è lo studio di L. Henkin del 1976 (*Is There a Political Question Doctrine*?, cit., spec. p. 599). Secondo questo autore la *political question doctrine* non esisterebbe come *doctrine of justiciability* ma come modalità con cui la Corte Suprema ha valutato se il Congresso o il potere esecutivo abbiano agito conformemente alle attribuzioni costituzionalmente previste. Altri autori, come M. Redish, hanno fortemente criticato la dottrina in esame sostenendone la non esistenza (*Judicial Review and the "Political Question"* cit., p. 1031 ss.). Sul punto diffusamente *infra*, par. 4.4.

political question doctrine può essere considerata uno strumento di cui la Corte Suprema può avvalersi per non decidere una questione, tuttavia essa presenta rilevanti profili di differenziazione dalle *doctrines of justiciability* esaminate, investendo direttamente il merito della questione più che profili di natura tecnicamente processuale. Se l'assenza di *standing* o *mootness* non pregiudica un nuovo esame della materia oggetto della controversia allorché mutino i presupposti di fatto o vi sia una diversa considerazione dei medesimi, diversamente il dichiarare non giustiziabile un caso in ragione della sua intrinseca natura politica tende a precluderne definitivamente l'esame in sede giurisdizionale[7]. Si sancisce una vera e propria carenza di legittimazione del giudice a conoscere della controversia, riconoscendo, in parallelo, la sussistenza del potere discrezionale del legislatore o dell'esecutivo[8]. In altre parole, l'ammettere il limite di *political question* implica, per la Corte Suprema, il rinunciare ad esercitare il proprio potere di interpretazione costituzionale in specifici settori dell'ordinamento, considerandoli riservati alla competenza degli organi rappresentativi[9]. La preclusione del sindacato giurisdizionale su interi settori dell'ordinamento, unitamente al fatto che siano gli stessi organi giudiziari a stabilire discrezionalmente quando sia ravvisabile una *political question*, al fine di porsi in un atteggiamento di *self-restraint* e astenersi dal decidere il caso concreto, evidenzia in modo palese le difficoltà di definire una categoria che appare circoscrivibile solo per esclusione. La *political question doctrine*, infatti, non si riesce a ricondurre ad un modulo argomentativo unitario, ma «*survives to some extent on circular reasonig*»[10]. Se la natura episodica e sostanzialmente discrezionale della sua utilizzazione quale cate-

[7] Pare in questa sede di potersi ispirare alla felice espressione di H.P. Monaghan (*Constitutional Adjudication: The Who and When*, 82 *Y.L.J.* 1363, 1973) per il quale lo *standing* attiene al *chi* possa promuovere l'azione mentre *ripeness* e *motness* atterrebbero al *quando* l'azione possa essere intentata. Si può aggiungere che il problema della *political question doctrine* pare riferibile al *che cosa* possa costituire oggetto di giudizio da parte della Corte Suprema e, più in generale, delle corti federali.

[8] In tal senso: A. Scalia, *The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers*, 17 *Suffolk U.L. Rev.* 881, 1983.

[9] F. Scharpf, *Judicial Review and the Political Question…*, cit., spec. p. 537.

[10] L. Fisher, *Constitutional Dialogues, Interpretation as Political Process*, Princeton University Press, Princeton, 1988, ristampa 2014, p. 110.

goria di specie a *genus* delle *nonjusticiability issues* rende difficile addivenire alla individuazione di criteri applicativi omogenei e uniformi, quel che comunque pare indubbio è che, nel contesto dell'ordinamento costituzionale statunitense, la sua *ratio* di fondo si ricollega alla natura e ai limiti della funzione di *judicial review*[11]. I confini labili e mobili della *political question doctrine*, e le varie concezioni della stessa elaborate in letteratura, riflettono visioni diverse, sia della dimensione politica del sistema costituzionale americano, sia dei rapporti tra questa e il sistema di giustizia costituzionale. Tali differenti concezioni, come si approfondirà nelle pagine che seguiranno, si fondano su diversi modi di considerare il *judicial review* e il suo relazionarsi con il sistema politico[12]. Il divieto di sindacare *political questions* appare, quindi riconducibile alla volontà della Corte Suprema (ma in generale, dei giudici costituzionali) di «disporre di uno strumento flessibile e maneggevole di cui servirsi per misurare meglio gli interventi che sono necessari per assicurare il rispetto e l'attuazione della costituzione»[13]. Oltre a ciò, comunque, nel

[11] Sul punto, es.: R. Toniatti, *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 314.

[12] Tendenzialmente i rapporti fra potere politico ed esercizio del *judicial of legislation* si possono concepire in termini di debolezza del secondo rispetto al primo (*judicial review* debole); forza del secondo rispetto al primo (*judicial review* forte); equilibrio (*judicial review* quale elemento di supporto alla sfera politica. Elemento di moderazione che consente la valorizzazione e il rispetto di tutte le istanze – anche minoritarie – presenti). Fa riferimento ad uno «*shared responsibility model of constitutional adjudication*» J.P. Mulhern, *In Defence of the Political Question Doctrine*, cit., spec. p. 163 ss. Cfr. altresì, J.H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, University of Chicago Press, Chicago, 1983; Id., *The Political Question Doctrine: Suggested Criteria*, cit., p. 1457 ss. Il divario fra le diverse posizioni che emergono sia in dottrina sia, spesso, in giurisprudenza, interessa il dibattito costituzionale americano sulla natura del sistema democratico e sugli strumenti più idonei a offrirne una tutela effettiva. Per una ricostruzione, nella letteratura italiana, di recente, C. Valentini, *Le ragioni della Costituzione*, cit., spec. pp. 9 ss.; 131 ss. e 355 ss. Sul punto diffusamente, *supra*, cap. II, par. 2.

[13] Questa ragione, peraltro, ha portato parte della dottrina ad accostare il limite di *political question* al divieto di sindacare la discrezionalità del legislatore di cui all'art. 28 della l. n. 87 del 1953 (su cui diffusamente al cap. VI, spec. par. 5). Si è sostenuto, tuttavia, che «il confronto con la dottrina americana delle *political questions* induce però a ritenere che il ricorso a questo tipo di interventi non possa divenire un espediente di uso quotidiano o quasi, ma debba venir riservato a circostanze relativamente straordinarie alle quali la Corte Suprema americana ha impiegato la dottrina stessa»: così A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionali-*

ricorso a strumenti che consentono la scelta in merito alla decisione di determinate questioni (che rientrano nelle competenze di altri poteri) è ravvisabile l'intento di preservare la legittimazione e l'autorevolezza del giudice costituzionale, sia nei confronti degli altri poteri[14] (verso cui si pone in posizione di terzietà), sia nei confronti della società[15], garantendo quella che può essere considerata la funzione essenziale della giustizia costituzionale[16].

La *political question doctrine* può essere considerata il riflesso della normale attività di interpretazione della Costituzione, in particolare di quelle disposizioni costituzionali che definiscono l'ambito

tà legislativa, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 94; in senso conforme M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Cedam, Padova, 1984, spec. pp. 13 e 208. Sull'affinità tra il limite di *political question* e la discrezionalità del legislatore già C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1976, p. 1461. Lo stesso autore, poi, ha ribadito come la Corte costituzionale italiana influisca sulla sfera politica e, in particolare sull'indirizzo politico in ragione sia della sua particolare composizione, sia dell'ampiezza delle sue competenze. Ampiezza di competenze che «comprova l'asserita posizione di organo nel sistema dei poteri, da intendere non già nel senso di considerarlo partecipe attivo dell'indirizzo [politico, *n.d.r.*], ma contenitore dei modi del suo svolgimento così da mantenerli nell'ambito assegnato dalla legge fondamentale. E poiché la determinazione di tale ambito può esigere una valutazione comparativa dei vari interessi voluti da essa tutelare, il giudizio che la effettua, data anche la generalità e genericità di molte statuizioni costituzionali, non può non assumere una colorazione politica»: C. Mortati, *Le forme di governo*, Cedam, Padova, 1973, p. 435. Sull'affinità tra il limite di *political question* e la discrezionalità del legislatore anche L. Elia, *La guerra di Spagna come "fatto ideologico": un caso di "political question"?*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 1741 ss.; C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di* political question, cit., p. 149 ss.; R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Giappichelli, Torino, 1996, spec. p. 154 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 125. Per un'analisi dettagliata di come la Corte costituzionale italiana si relaziona con le *political questions*, e per le diverse posizioni dottrinarie sul punto, si veda cap. VI del presente lavoro.

[14] Sostenitore di tale impostazione è A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, cit., p. 183 ss.; Id., *The Supreme Court, 1960 Term. Foreword the Passive Virtues*, 75 *Harv. L. Rev.* 40, 1961.

[15] Così R.H. Fallon Jr, *Legitimacy and the Constitution*, 118 *Harv. L. Rev.* 1789, 2005. Autorevolezza che discende anche «dalla prudente e deliberata disidentificazione della corte stessa dal merito dei casi politici»: R. Toniatti, *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 314.

[16] A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., p. 91.

della funzione giurisdizionale e insieme, per differenza, l'area che appartiene all'esclusivo dominio della politica, e dell'esistenza di questo confine tra diritto e politica la Corte Suprema è stata consapevole sin dagli albori della propria giurisprudenza. Nell'elaborazione giurisprudenziale della *political question doctrine* è altresì presente un ulteriore aspetto, non propriamente giuridico, che consente alla Corte Suprema di sottrarsi all'obbligo di decidere quando, a prescindere dalla definizione normativa dei confini della propria giurisdizione, essa ritenga che non sia prudente andare allo scontro con gli organi politici. Il giudice compie, così facendo, una valutazione che esula dalla stretta attività di interpretazione, testimoniando invece, una scelta connotata da una intrinseca ed ineliminabile dose di discrezionalità e perciò definibile politica essa stessa. Infatti, affrontando la tematica della *political question doctrine* non ci si deve chiedere solamente se una determinata questione esuli dalla sfera del potere giudiziario, riferendosi alla possibilità di applicare o meno criteri giurisdizionali prefissati. La questione sostanziale è di natura politica: la Corte Suprema valuta i profili di opportunità attinenti al suo intervento. Opportunità considerata alla luce del contesto socio-politico concreto. A tal proposito si è affermato che l'espressione *political question* «*applies to all those matters of which the court, at a given time, will be of the opinion that it is impolitic or inexpedient to take jurisdiction*»[17].

Quello della *political question doctrine* è uno degli ambiti in cui gli studiosi sono più divisi e ove le sfumature tra l'applicabilità o meno del limite è più ardua da cogliere. La dottrina, come si approfondirà nell'ultimo paragrafo del presente capitolo, si è finanche interrogata sull'opportunità che vi sia una *political question doctrine*[18] e in letteratura si sostiene che sia un errore riservare l'interpretazione e l'implementazione di alcune previsioni costituzionali alle sole *political branches*[19]. A sostegno di ciò si invoca un'argomentazione di tipo logico-sistematico: se la stessa Costituzione rappresenta la volontà di impedire al potere politico (e *in primis* al legislatore ordina-

[17] M. Finkelstein, *Judicial Self-Limitation*, cit., p. 344.

[18] Cfr. *supra*, nota n. 6.

[19] *Ex multis*: M.H. Redish, *Judicial Review and the "Political Question"*, cit., p. 1031 ss.; in senso conforme L. Sandstrom Simadr, *Standing Alone: Do We Steel Need a Political Question Doctrine?*, cit., p. 303 ss.

rio) la possibilità di intervenire a modificare quanto in essa stabilito e da essa tutelato (senza, osservare, beninteso, le particolari procedure aggravate di emendamento costituzionale), a maggior ragione apparirebbe scorretto riservare in via esclusiva ai soli organi elettivi l'interpretazione e lo sviluppo di alcune previsioni costituzionali. Tuttavia a tali argomentazioni si è replicato che l'esistenza di una *political question doctrine* troverebbe la propria *ratio* giustificativa nel principio (costituzionale) di separazione dei poteri[20]. Inoltre, i sostenitori della *political question doctrine* rilevano come essa non solo sia funzionale a ridurre possibili indebite ingerenze del potere giudiziario nelle sfere di competenza costituzionalmente riservate ad altri organi dello Stato, ma anche a riservare ad essi il potere decisionale in quanto aventi una *superior expertise* in particolari aree[21].

La definizione dei confini di tale dottrina, vaga mutevole nel tempo quanto a estensione, è pertanto direttamente connessa con le teorie sul ruolo svolto dalla Corte Suprema, e dalle corti federali in genere, in relazione ai rapporti con gli altri poteri dello Stato, poiché l'escludere o meno il sindacato su determinate materie può avere conseguenze anche significative in ordine alla conformazione dei rapporti fra i vari poteri costituzionali e, quindi, alla determinazione della stessa forma di governo[22].

Come già ricordato, uno dei pilastri dell'architettura costituzio-

---

[20] Concezione però che, *ex se*, pare riduttiva e non idonea a risolvere le problematiche teoriche ed applicative connesse alla dottrina delle *political questions.*

[21] Ad esempio si è sostenuto che la Corte Suprema abbia correttamente ritenuto molte questioni inerenti la politica estera delle *political questions* sottratte alla sua possibilità di sindacato in ragione della maggior competenza di altri poteri costituzionali. In tal senso: F. Scharpf, *Judicial review and the political question…*, cit., p. 567. Cfr. anche, *infra*, la nota n. 60.

[22] Si veda, ad esempio, il caso *United States v. Nixon* [418 U.S. 693 (1975)] con cui la Corte ha escluso la sussistenza di una *political question* in relazione alla pretesa del potere esecutivo di rifiutarsi di ottemperare all'ordine di esibizione di determinati documenti nel corso di un processo. Per un'analisi dell'influenza del concetto di *political question doctrine* sul ruolo assegnabile alle Corti Federali vedasi *ex multis* F. Scharpf, *Judicial Review and the Political Question…*, cit., p. 517 ss.; J.P. Mulhern, *In Defence of the Political Question Doctrine*, cit., p. 97 ss.; N. Mourtada-Sabbah, B.E. Cain (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, cit., p. 1 ss.; L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 67 ss.; M.H. Redish, *The Federal Courts in the Political Order: Judicial Jurisdiction and American Political Theory*, Carolina Academic Press, Durham, 1991.

nale americana è rappresentato dal principio di separazione dei poteri così come "mediato" dalla presenza di un sistema di *check and balances* che consente un reciproco controllo e bilanciamento fra gli stessi. La complessità delle funzioni attribuite determina una continua tensione fra il potere legislativo, il Presidente e il potere giudiziario, in particolare i giudici della Corte Suprema. In questo contesto elemento di maggior tensione è rappresentato dal fatto che, mentre i membri del Congresso agiscono sulla base di un'investitura popolare e vi è un diretto rapporto di responsabilità fra di essi ed i propri elettori, diversamente i giudici che permangono in carica a vita sono responsabili unicamente innanzi le loro coscienze non dovendo render conto in alcun modo al corpo elettorale. La *political question doctrine* fu intesa per tentare di ridurre al massimo, se non eliminare tali tensioni poiché si proponeva di escludere il sindacato giudiziale su questioni politiche concependo l'astensione giudiziale come una delle regole fondamentali per il sistema costituzionale federale[23]. Tuttavia, come non si è mancato di rilevare in letteratura, si tratta di una dottrina che «*has always proven to be an enigma for commentators*»[24] e che continua ad essere «*in a state of some confusion*»[25], sia per la difficoltà di definirne contenuti e confini, sia per l'atteggiamento oscillante della giurisprudenza della Corte Suprema che, a seconda dei periodi storici e dei *Chief justices* alla sua guida, ha attraversato periodi di forte *judicial activism* (Corte Warren) ovvero di *restraint* (Rehnquist *Court* e, per certi versi anche la

[23] La Corte Suprema ha definito tale dottrina come «*one of the rules basic to the federal system and this Court's appropriate place within that structure*» nel caso *Rescue Army v. Municipal Court* [331 U.S. 549, 570 (1947)].

[24] M.H. Redish, *Judicial Review and the "Political Question"*, cit., p. 1031. L'autore ha continuato precisando che «*not only have they disagreed about its wisdom and validity […] but they also had differed significantly over the doctrine's scope and rationale*». Similmente si può richiamare la nostra dottrina costituzionalistica che ha rilevato come «i contenuti [della dottrina delle *political questions*, *n.d.r.*] sono tutt'altro che univoci», G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 125.

[25] LH. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 96. Altra parte della dottrina statunitense ha finanche sostenuto che «*the effort to make the political question problem into a "doctrine" – to bound it by a rule of law – is a fool's errand*»: L.M. Seidman, *The Secret Life of the Political Question Doctrine*, cit., p. 442.

Roberts *Court*)[26] che hanno influito sul suo modo di invocare l'applicabilità della *doctrine*.

Come si approfondirà nel corso dei successivi paragrafi, nonostante la Corte Suprema nel corso di tutta la sua storia abbia fatto variamente applicazione della *political question doctrine*, negli anni Sessanta del secolo scorso ha tentato di fornire una sorta di schema classificatorio che, nelle intenzioni, avrebbe dovuto rappresentarne l'assetto definitivo[27], sebbene, al suo interno, gli studiosi abbiano ritenuto coesistere e interagire almeno tre differenti modi di concepirla[28]. Una prima concezione, che si può definire *classica*, trova un fondamento teorico negli scritti di Hamilton e un ancoraggio giurisprudenziale nel caso *Marbury v. Madison*[29], e prevede un quadro d'insieme tendenzialmente rigido nel senso di imporre alle corti federali l'astensione ogniqualvolta la Costituzio-

[26] A dire il vero la Corte Rehnquist, sebbene abbia spesso adottato posizioni di forte *self-restraint*, non ha mancato di stupire per aver assunto decisioni di stampo meno conservatore, soprattutto dopo le nomine di nuovi giudici effettuate dal presidente Clinton. Per maggiori approfondimenti vedasi: M.V. Tushnet, *Rehnquist Court*, in *Encyclopedia of the Supreme Court*, IV, Gale, 2008, p. 210 ss.; ma anche Id., *A Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, W.W. Norton & Company, New York, 2005. Anche l'attuale Corte Roberts viene definita conservatrice (il *chief justice* Roberts è stato nominato dall'ex presidente degli Stati Uniti G.W. Bush), per maggiori approfondimenti vedasi C. Massey, *Roberts Court*, in *Encyclopedia of the Supreme Court*, IV, Gale, 2008, p. 269 ss.; M. Coyle, *The Roberts Courts. The Struggle for the Constitution*, Simon&Schuster, U.S., 2013.

[27] Nel caso *Baker v. Carr* [369 U.S. 186 (1962)], che si analizzerà nel dettaglio al par. n. 3. Questo tentativo classificatorio, comunque, rimase un "mero intento". Infatti, come si evince dall'analisi della giurisprudenza successiva al caso *Baker* i requisiti in esso individuati furono oggetto di plurime (e contraddittorie) interpretazioni. Per un'analisi più approfondita delle difficoltà collegate ai tentativi di concettualizzazione della dottrina in esame si vedano i parr. successivi e la dottrina ivi richiamata.

[28] In tal senso, *ex multis*, F. Scharpf, *Judicial Review and the Political Question…*, cit., p. 517 ss., nonché L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 96. A dire il vero vi sono anche autori i quali, quanto meno a partire dal caso *Baker*, concepiscono la *political question doctrine* secondo due possibili approcci, uno formale ed uno di tipo funzionale (su cui *infra*, nota n. 190). Si veda, a tal proposito, B. Neuborne, *In Praise of Seven-grade Civis: A Plea for Striate Adherence to the Separation of Power*, 26 *Land & Water L. Rev.* 385, 1991, p. 391. Si ricorda, inoltre, che la concezione "negativa" del principio di separazione dei poteri troverebbe le proprie radici già nel *The federalist*, n. 51 e n. 78.

[29] [5 U.S. (1 cranch) 137 (1803)].

ne individua sfere di competenza riservate[30]. Secondo un approccio che è stato definito *prudenziale*[31], invece, si concepisce la *political question doctrine* come un mezzo attraverso cui evitare di sindacare il merito di una questione sottoposta all'esame di una corte federale ogniqualvolta un siffatto sindacato sia astrattamente idoneo a vulnerare l'autorità del potere giudiziario ovvero ledere un principio[32]. Il giudice, inoltre dovrebbe astenersi dal sindacare le questioni nelle quali vengono variamente in rilievo obiettivi politici contrapposti o in competizione, atteso che la loro definizione implicherebbe l'esercizio di una qualche forma di discrezionalità politica[33]. Si tratta, quindi, di un approccio non rigorosamente legato al testo della Costituzione[34]: si propugna l'astensione dalla

[30] Secondo tale impostazione il limite di *political question* non sarebbe altro che una delle forme attraverso le quali si estrinseca e va attuato il principio di separazione dei poteri. Posizione, questa, già espressa da M.F. Weston, *Political Questions*, cit., p. 296 ss., il quale ha descritto le *political questions* come «*one which is by the law for the determination of the executive or legislative departments, or possibly of the people themselves […] [T]he line between judicial and political question […] is the line drown by the constitutional law delegation, and none other*», p. 131. Per maggiori approfondimenti sul punto si veda par. n. 4, spec. nota n. 147.

[31] C.d. *prudential view*.

[32] Si integrerebbero, quindi, le ipotesi in cui la giurisdizione federale, e, nello specifico, la Corte Suprema, applicherebbe le proprie *passive virtues*. Tuttavia, si tratta di casi in cui non trova applicazione unicamente la *political question doctrine*, ma anche tutte le situazioni in cui la Corte Suprema, attraverso la tecnica dell'*avoidance*, evita di pronunciarsi sulla controversia.

[33] Il maggior esponente di questa visione è certamente A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, cit., spec. pp. 23 ss. e 183 ss. L'autore ascriveva alla categoria delle *political questions* tutte quelle questioni la cui definizione avrebbe posto la Corte di fronte alla scelta fra risultati potenzialmente basati sull'aderenza ad un particolare assetto di principi e valori, attività per la quale egli riteneva intrinsecamente inadatto il giudice. Id., *The Supreme Court, 1960 Term. Foreword the Passive Virtues*, cit., p. 40 ss. (parzialmente *contra*, però G. Gunther, *The Subtle Vices of the "Passive Virtues": A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review*, 64 *Colum. L. Rev.* 1, 1964]. In posizioni non del tutto difformi, quantomeno in relazione alla critica verso la *classical political question doctrine*: M. Finkelstein, *Judicial Self-Limitation*, 37 *Harv. L. Rev.* 338, 361, 1924; Id., *Further Notes on Judicial Self-Limitation*, 39 *Harv. L. Rev.* 221, 1925; nonché O.P. Field, *The Doctrine of Political Questions in the Federal Courts*, cit., p. 485 ss.

[34] R.E. Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, cit., p. 253.

decisione di tutte quelle questioni che le *political branches* siano meglio predisposte a definire[35].

Infine, vi è la c.d. *functional view*, che è concepita come utile sia a perimetrare l'ambito delle *political questions* – tenuto conto della ripartizione dei poteri desumibile dal testo costituzionale – sia ad individuare i criteri da seguire al fine di indirizzare le interpretazioni e decisioni dei giudici[36]. Secondo quest'ultima accezione avrebbero natura politica, implicando, così, il dovere di astensione per i giudici federali, tutte le questioni ritenute carenti delle informazioni necessarie o che si distinguono perché il loro specifico oggetto richiede un'uniformità di decisioni o, infine, quelle questioni la cui definizione nel merito da parte di un giudice potrebbe in concreto ostacolare, se non vulnerare, l'attività degli altri poteri[37]. Quando le corti applicano "funzionalmente" la *political question doctrine*, cioè, dovrebbero considerare tutte le possibili conseguenze del loro coinvolgimento prima di stabilire la propria attitudine, oltre che la propria competenza in senso tecnico, a decidere un caso. Al centro di tale concezione, quindi, vi sarebbe l'analisi delle attitudini istituzionali di ciascun potere a occuparsi di una data materia e il criterio di allocazione delle competenze dovrebbe essere quello della valorizzazione del potere che "strutturalmente" e istituzionalmente è il più idoneo ad intervenire[38].

---

[35] M.V. Tushnet, *Law and Prudence in the Law of Justiciability…*, cit., p. 1232.

[36] Maggior esponente di tale posizione è stato F. Scharpf, *Judicial Review and the Political Question…*, cit., p. 517 ss., ma si veda anche J.H. Choper, *The Political Question Doctrine: Suggested Criteria*, cit., p. 1457 ss.

[37] F. Scharpf, *Judicial Review and the Political Question…*, cit., pp. 566-582. Va ovviamente tenuto sempre a mente il fatto che la Corte Suprema, anche quando decide che sia opportuno astenersi dall'intervenire a definire nel merito questioni che si ritengono attratte alla competenza costituzionalmente riservata al potere legislativo o a quello esecutivo, non abdica mai al potere di esercitare il *judicial review*, al contrario, essa si riserva il potere ultimo di decisione sul punto. Inoltre, come osservato da autorevole dottrina (L. Henkin, *Is there a "political question" doctrine?*, cit., p. 597 ss.) non sarebbe possibile ammettere che esistano norme costituzioni escluse dal potere interpretativo della Corte. Attraverso la *political question doctrine* la Corte non rinuncia ad un suo potere, ma pone le basi per l'intervento di altri organi politici, riafferma la propria competenza a determinare quali siano le questioni sulle quali una particolare azione dell'Esecutivo o del Congresso sia esplicitamente prevista e garantita dalla Costituzione.

[38] I giudici svolgerebbero la c.d. *institutional capacities inquiry*. La Corte cioè, si concentrerebbe sulla natura della questione presentata e determinerebbe se il pote-

Inoltre, nell'analizzare una questione che si sospetta politica, i giudici si dovrebbero chiedere se il loro eventuale intervento sia necessitato dalla presenza di un *legal void* determinato o dal mancato intervento regolatorio da parte degli organi competenti, o dalla presenza di una disciplina che si presenta come inadeguata a proteggere interessi costituzionalmente rilevanti, perché insufficiente o finanche eccessiva ed esorbitante i confini costituzionalmente definiti[39].

Dall'analisi dei casi in cui la Corte Suprema ha variamente fatto riferimento alla *political question doctrine*, si può affermare che essa, riconoscendola quale limite al proprio agire, non solo abbia più spesso adottato un approccio di tipo funzionale, ma che, più che preoccuparsi del carattere della controversia o dei possibili rimedi, si sia preoccupata di valutare se fosse possibile tradurre le norme desumibili dagli enunciati costituzionali in limiti per l'attività degli altri poteri dello Stato o in *affermative definitions* delle libertà individuali che le corti possano individuare e applicare[40].

---

re giudiziario ha i requisiti, cioè la capacità di poter definire la questione in un «*consistent predictable and manageable way*». L'ambito in cui questo scrutinio viene maggiormente effettuato è quello degli affari esteri e militari. Così: B. Neuborne, *Of Sausage Factories and Syllogism Machines: Formalism, Realism, and Exclusionary Selection Techniques*, 67 *N.Y.U. L. Rev.* 419, 2002, p. 421; M.E. Tigar, *Judicial Power, the Political Question Doctrine, and Foreign Relations*, cit., p. 1135 ss.

[39] È stato osservato che spesso una disciplina "inadeguata" si riscontra quando i poteri coinvolti nella sua disciplina sono «*ill equiped to impose structural limitations*» oppure, per vari ordini di ragioni (fra cui «*perverse incentives*»), non apprestano una regolamentazione completa della materia. In tali situazioni l'esercizio del *judicial review of legislation* sarebbe funzionale al soddisfacimento di due propositi: a) può stabilire *substantive standards* che si accordino con le previsioni costituzionali; b) può determinare una sorta di "influenza positiva" sulle *political branches*, incentivandole ad agire secondo gli schemi costituzionalmente previsti dando vita ad una sorta di "circolo virtuoso" che renda nel tempo meno necessario il ricorso al *judicial review*. Per maggiori approfondimenti sul punto si veda K.L. Richer, *The Functional Political Question and the Justiciability of Employee Tort Suits Against Military Service Contractors*, 85 *N.Y.U. L. Rev.*, 1694, 2010. In giurisprudenza significative sono le argomentazioni espresse nei casi *Baker v. Carr* [369 U.S. 186 (1962)]; *Bush v. Gore* [531 U.S. 98 (2000)], *Boumediene v. Bush* [553 U.S. 723 (2008)].

[40] Ad esempio, nel caso *Baker v. Carr* citato sia i giudici che hanno aderito all'*opinion of the Court*, sia i giudici dissenzienti, erano concordi nel ritenere che la Corte dovesse soffermarsi su un'analisi funzionale della dottrina più che su una sua concezione meramente formalistica e il disaccordo fra essi concerneva l'individuazione dei concreti presupposti per decidere o meno la questione. Per il giudi-

Come vedremo nel corso dei successivi paragrafi e nel capitolo V del presente lavoro, sono state a vario titolo riconnesse alla nozione di *political questions* principalmente le questioni concernenti i *foreing affairs*, il mantenimento della pace, le dispute inerenti i processi elettorali o il c.d. *redistricting*, i conflitti inerenti gli *internal proceedings* del Congresso e finanche questioni concernenti la sicurezza, la sanità o la materia ambientale. Si tratta di settori non sempre facilmente definibili quanto a loro contenuto, di "materie" i cui confini non sono riconducibili a questioni politiche o questioni "giustiziabili" (e decidibili) secondo criteri fissi ed oggettivi, specialmente allorché si intersecano con profili inerenti gli *individual rights claims*. Gli ambiti materiali che tradizionalmente sono stati ritenuti come originanti *political questions* ineriscono, cioè, settori che per loro intrinseca natura vedono sfumare i confini fra competenze del potere giudiziario, di quello legislativo e di quello esecutivo. Specialmente in alcuni periodi della propria storia, infatti, la Corte Suprema ha ritenuto di poter – e finanche di dover – fornire soluzioni giuridiche a problematiche dalla natura spesso politica, rischiando di esorbitare dall'alveo dell'esercizio delle competenze costituzionalmente attribuite limitando o condizionando l'azione degli altri poteri in virtù di una asserita superiorità quale «*ultimate interpreter of the Constitution*»[41].

2. *Origini e sviluppo della dottrina nel contesto statunitense*

Procedendo ad esaminare le modalità di evoluzione della dottrina in analisi, si può osservare come una sorta di anticipazione di quella che sarebbe diventata la formulazione della *political question doctrine*

---

ce Frankfurter le considerazioni sulla titolarità a disciplinare determinati fenomeni giuridici rappresentavano una ragione sufficiente a negare la giustiziabilità della questione, mentre per il giudice Brennan alcune considerazioni relative alla necessità concreta di esercitare il *judicial review*, piuttosto che timori relativi alle possibili difficoltà pratiche conseguenti al suo esercizio, rappresentavano l'elemento determinante per definire la questione nel merito. Per maggiori approfondimenti cfr., *infra*, par. 3.

[41] *Baker v. Carr* [369 U.S. 186, 211 (1962)].

sia già rinvenibile nella tradizione giuridica inglese[42], mentre, in America, gli scritti di Hamilton contenuti nel *Federalist* offrono alcuni spunti di riflessione interessanti. Nella affermazione: «*if it be said that the legislative body are themselves the constitutional judges of their own powers and that the construction they put up upon them is conclusive upon the other departments it may be answered that this cannot be the natural presumption where it is not to be collected from any particular provisions in the constitution*»[43], gli studiosi hanno rinvenuto, infatti, significativi elementi anticipatori di quello che nei decenni successivi sarebbe stato lo sviluppo della dottrina. Secondo tale interpretazione, la Costituzione federale conterrebbe «*particular provisions*» idonee a rappresentare una giustificata eccezione all'applicazione del *judicial review of legislation*[44]. Inoltre si ritiene che la nozione di *political question doctrine* sia emersa, ancorché solo implicitamente, in alcuni casi precedenti al riconoscimento del potere di *judicial review*[45].

---

[42] In particolare il giudice Frankfurter ricorda come una prima elaborazione dell'opportunità che il potere giudiziario si astenesse da "materie politiche" fosse rinvenibile in «*Duke of York's Claim to the Crown, House of Lords, 1460,* 5 *Rot. Parl.* 375» (il duca di York aveva agito accampando il diritto di essere riconosciuto quale erede al trono. I giudici, tuttavia, rifiutarono di decidere) caso citato in *Coleman v. Miller* [307 U.S. 333, 470 (1939)]. Riferendosi al contesto costituzionale inglese Frankfurter affermò che il «*judicial power could come into play only in matters that were the traditional concern of the courts at Westminster, and only if they arose in ways that to the expert feel of lawyers constituted "Cases" or "Controversies". It was not for courts to meddle with matters that require no subtlety to be identified as political issues*» [307 U.S. 333, 460 (1939)]. Un altro caso inglese in cui venne in rilievo la nozione di *political question* fu «*Nabob of the Carnatic v. East India co*., 1 Ves. Jr 370 (1791), 2 Ves. Jr. 56 (1793)», così citato in R.J. Bean Jr, *The Supreme Court and the Political Question: Affirmation or Abdication?*, 71 *W. Va. L. Rev.* 97, 1969, p. 99, nota n. 7. Secondo parte della dottrina quest'ultimo caso fu quello che più di tutti gli altri sancì la *political question doctrine* come parte del diritto inglese: M. Finkelstein, *Judicial Self-Limitation*, cit., p. 338 ss.

[43] A. Hamilton, *The Federalist Papers*, n. 78, cit., p. 466.

[44] R.J. Bean, *The Supreme Court and the Political Question: Affirmation or Abdication*, cit., p. 97 ss.; R.J. Pushaw Jr, *Justiciability and Separation of Power: A Neo-federalistis Approach*, 81 *Cornell L. Rev.* 393, 1996, p. 424; Id., *Judicial Review and the Political Question Doctrine: Reviving the Federalist "Rebuttable Presumption" Analysis*, cit., p. 1165 ss.; R.E. Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, cit., p. 237 ss.; Id., *The Rise and the Fall of the Political Question Doctrine*, cit., p. 23 ss.

[45] Si fa riferimento, in primo luogo all'*Hayburn's case* [2 U.S. 409 (1792)] (su cui cfr. cap. III, par. 1.3, nota 28). Inoltre, forme embrionali di affermazione della dottrina in esame possono essere rintracciate anche in pronunce quali il ca-

Al di là di queste determinazioni "embrionali", che suggeriscono l'esistenza di ambiti sottratti alla conoscibilità dei giudici (senza tuttavia specificarne la natura ed i contenuti) fu Marshall a fornire un importante contributo interpretativo, da un lato sostenendo che il potere di *judicial review* non si estendesse ad ogni questione legale[46], dall'altro affermando espressamente il ruolo di tendenziale preminenza del potere giudiziario nei suoi rapporti con gli altri poteri dello Stato in virtù del fatto che la concreta individuazione delle *political questions* sottratte all'ingerenza del potere giudiziario è attività di esclusiva competenza della Corte[47]. Sia in casi quali *Marbury v. Madison*, sia in successive pronunce, Marshall sostenne il ruolo della Corte Suprema quale interprete privilegiato del testo costituzionale facendovi discendere l'autorità di poter valutare se sindacare o meno la costituzionalità di decisioni ascrivibili tanto al potere legislativo quanto a quello esecutivo[48]. Per Marshall, quindi, stabili-

---

so *Ware v. Hylton* [3 U.S. 199 (1796)], con cui la Corte si rifiutò di esaminare una questione concernente il rispetto di clausole contenuti in un Trattato; nonché il caso *Martin v. Mott* [25 U.S. 19 (1827)], con cui la Corte si rifiutò di sindacare l'esercizio di poteri presidenziali connessi alla guida delle forze armate ed esercitati su autorizzazione da parte del Congresso. Sul punto si vedano, per maggiori approfondimenti: R.J. Bean, *The Supreme Court and the Political Question: Affirmation or Abdication*, cit., spec. pp. 97-99; Y.S. Zemach, *Political Questions in the Courts*, Wayne State University Press, Detroit, 1976, spec. pp. 141-142 e nota n. 2.

[46] «*Questions in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court*»: *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 cranch) 137, 170 (1803)].

[47] [5 U.S. (1 cranch) 137, 170 (1803)].

[48] Marshall, a dire il vero, provò a circostanziare l'ambito di intervento della Corte individuando alcuni elementi che avrebbero dovuto orientare il giudice nella identificazione di una *political question:* «*[t]he subjects are political. They respect the nation, not individual rights…*». Si tratta, cioè, di questioni che coinvolgevano aree del diritto coperte da una sorta di "riserva costituzionale" alla discrezionalità di altri poteri atteso che «*the province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to enquire how the executive, or executive ofiicers, perform duties in which they have discretion*», *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 cranch) 137, 170 (1803)]. Peraltro siffatta posizione era stata espressa da Marshall già prima del caso *Marbury*, nel corso di alcuni discorsi che egli tenne al Congresso nel 1800. In quella sede, infatti, egli aveva sottolineato come la Costituzione riservasse inequivocabilmente la disciplina di determinate questioni alla discrezionalità di poteri dello Stato diversi da quello giudiziario, la cui competenza, peraltro, era limitata all'indagine di specifici *cases and controversies.* In ragione di ciò «*by extending the judicial power to cases in law and equity, the constitution had never been understood to confer on that department any political power whatever*». Al

re se la Costituzione preveda sfere di competenza riservate a favore delle *political branches* è una questione di rigorosa interpretazione costituzionale[49].

Nel caso *Marbury*[50] Marshall prese una posizione molto netta, riuscendo, quindi, ad evitare di far percepire la Corte Suprema come un organo debole senza, al contempo, minarne l'autorevolezza che poco a poco essa veniva ad assumere[51]. Tuttavia, l'ampia assunzione di poteri della Corte Marshall, nel tempo, sfociò in aperti conflitti fra la Corte Suprema, da un lato, e il presidente e il Congresso dall'altro, rendendosi necessaria, per la Corte, una revisione delle proprie posizioni e l'elaborazione di una vera e propria dottrina legale che riducesse il suo margine di discrezionalità nella individuazione delle questioni politiche[52].

Va ricordato, comunque, che all'epoca della Corte Marshall il rapporto fra esercizio del sindacato di costituzionalità e *political*

---

contrario, «*if the judicial power extended to every question under the constitution, it would involve almost every subject proper for legislative discussion and decision*» e questo avrebbe avuto quale drammatica consegenza la vulnerazione del principio di separazione dei poteri atteso che «*the division of power […] could exist no longer, and the other departments would be swallowed up by the judiciary*» Speech of the honourable John Marshall (march 7, 1800) in 18 U.S. (5 wheat. App. Note I, 16-17 (1820).

[49] Secondo M.F. Weston (*Political Questions*, cit., p. 301): «*[j]udicial questions […] are those which the sovereign has set to be decided in the courts*». Secondo l'autore, inoltre, «*the problem is one of interpretation in a very well understood sense*». Ma si vedano anche le considerazioni di H. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, cit., pp. 7-8.

[50] Per una dettagliata ricostruzione di questo caso e per le implicazioni ad esso connesse si veda cap. I, spec. parr. 3.4.2. e 3.4.3.

[51] R.G. McCloskey, *The American Supreme Court*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010 (1st ed. 1960), spec. p. 25 ss. Secondo questo autore le argomentazioni espresse nel caso Marbury furono «*a master work of in direction, a brillant example of Marshall's capacity to sidestep danger while seeming to court it, to advance in one direction while his opponents [were] looking in another*».

[52] Così ad esempio, nel caso *Decatur v. Paulding* [39 U.S. 497 (1840)] fu ribadito, con maggior forza rispetto a quanto effettuato nel caso *Marbury*, che competenza legittima della Corte fosse solo il sindacato su diritti individuali e non indagini sulle modalità con cui gli altri poteri dello stato espletassero i propri doveri, specialmente in presenza di margini di discrezionalità espressamente riconosciuti. Pertanto, questioni in loro natura politiche ovvero sottoposte dalle leggi alla sfera di influenza di altri poteri dello Stato non potevano essere fatte oggetto di analisi nel merito da parte dei giudici della Corte Suprema.

question doctrine si configurava in termini difformi da come il medesimo rapporto si è successivamente sviluppato[53]. Non vi era, cioè, una contrapposizione netta fra *judicial review* e questioni politiche, nel senso che se la Corte si riservava il potere di individuare quali fossero limiti costituzionalmente previsti, al contempo riconosceva come la Costituzione federale riservasse un ampio margine discrezionale, sia al potere esecutivo sia a quello legislativo, nella interpretazione ed implementazione dei suoi enunciati e mostrava un atteggiamento di tendenziale deferenza e rispetto nei confronti delle decisioni espressione del potere politico. In altre parole, le corti federali, e *in primis* la Corte Suprema, si ritenevano competenti ad individuare i margini di intervento discrezionale che la Costituzione attribuiva ai vari poteri e al contempo, si astenevano dall'ingerirsi in merito alle modalità di concreto esercizio di tale discrezionalità[54]. Un esempio significativo di ciò è rappresentato dal caso *M'Culloch v. Maryland*. Chiamata a pronunciarsi in merito alla *Necessary and proper clause* di cui all'art. 1, sez. 8, della Costituzione federale, la Corte Marshall riconobbe che, sebbene «*the power of the government are limited*», una razionale e ragionevole interpretazione del testo costituzionale «*must allow the national legislature that discretion, with respect to the means by which the powers it confers are to be carried into execution, which will enable that body to perform the high duties assigned to it, in the manner most beneficial to the people*»[55]. La Corte, cioè, si astenne dal sindacare (e quindi, definire), il contenuto sostanziale del termine *necessary* per evitare di ingerirsi nella sfera di competenza discrezionale riservata al potere legislativo e confermando, quindi, un atteggiamento di sostanziale deferenza nei confronti dell'attività di interpretazione e sviluppo della Costituzione portata avanti dagli altri poteri dello Stato[56].

Va precisato, comunque, che altro è la generale consapevolezza che vi siano questioni sottratte alla conoscibilità del giudice, altro

---

[53] Cfr. i capp. I e II del presente lavoro.

[54] R.E. Barkow, *The Rise and the Fall of the Political Question Doctrine*, cit., p. 26.

[55] *M'Culloch v. Maryland* [17 U.S. (4 Wheat.) 316, 421 (1819)].

[56] Sebbene la Corte continuasse a riservarsi la discrezionalità ultima in sede di decisione circa l'opportunità di entrare o meno nel merito di un caso.

è individuare criteri certi e universalmente condivisi che consentano di identificare tali questioni. Poiché la Costituzione federale non contiene alcun riferimento esplicito al potere di *judicial review*, è stato osservato come ne sia in un certo senso una logica conseguenza il fatto che la Corte Suprema non abbia espressamente rinunciato alla astratta competenza ad incidere su questioni riservate all'*interpretive authority* del Congresso o del potere esecutivo. Al contrario, la deferenza che caratterizza l'approccio della giurisdizione federale alle *constitutional decisions* assunte dai poteri politici si dovrebbe far derivare dalla riserva di competenza a favore di una *political branch*, desumibile direttamente dal testo costituzionale e da indizi, o comunque tracce di natura strutturale, che escluderebbero che tale riserva possa eventualmente essere condivisa con il potere giudiziario. A ciò si aggiunga che è invalsa l'opinione secondo cui la possibilità di comprendere se una determinata questione o la disciplina di uno specifico settore sia da ascrivere alla discrezionalità del solo potere politico sarebbe desumibile anche dal *background* storico delle disposizioni che vengono in rilievo[57]. Come è agevole intuire, ricorrere ad argomentazioni di tipo "struttural-formale" al fine di dirimere i vari nodi interpretativi appare non sempre agevole e parte della dottrina ha sottolineato la necessità di arricchire l'indagine con considerazioni ascrivibili ad una *prudential view* ovvero ad una *functional view*[58]. A tal proposito si è osservato come nel caso *Marbury* la Corte Suprema, nel decidere se una questione sottoposta al suo esame si dovesse definire *politica*, è ricorsa ad una argomentazione di tipo eminentemente strutturale: si è chiesta, cioè, se fossero coinvolti *individual legal rights* ovvero se il caso si risolvesse in una questione generale di scelta politica. Un ulteriore "indizio" che soccorre il giudice chiamato a decidere in merito alla politicità o meno di una questione inerisce la tipologia di informazioni che si ritengono ne-

[57] In tal senso S.G. Calabresi, *The Political Question of Presidential Succession*, 48 *Stan. L. Rav.* 155, 1995, spec. p. 157; ma anche R.E. Barkow, *The Rise and the Fall of the Political Question Doctrine*, cit., p. 27; M. David, *Passport to Justice: Internationalizing the Political Question Doctrine for Application in the World Cour*t, 40 *Harv. Int'l L.J.* 81, 1999.

[58] R.E. Barkow, *The Rise and the Fall of the Political Question Doctrine*, cit., p. 27. Inoltre cfr., *supra*, note nn. 31-34.

cessarie al fine di risolvere il caso: se, cioè, siano necessarie indagini (e competenze) che si attaglino perfettamente alle risorse e al bagaglio di esperienza delle *political branches* oppure se siano implicate questioni sensibili inerenti specifici interessi nazionali o relazioni estere. Infine, un terzo elemento valutativo si ritiene sia rappresentato dal fatto che esistano *legal standards* da applicare per risolvere la questione costituzionale, la cui presenza farebbe ritenere che la materia si possa attrarre nella competenza delle corti[59].

Nelle prime fasi di approccio alle *political questions* la posizione della Corte Suprema ha registrato significativi mutamenti, sia di ordine generale, sia riferibili agli ambiti materiali delle diverse questioni sottoposte al suo esame[60].

---

[59] Sul punto già O.P. Field, *The Doctrine of Political Questions*, cit., p. 485 ss.

[60] In molte decisioni la Corte Suprema, pur rilevando la presenza di *political questions* ha ritenuto di poter individuare i confini dell'azione dei vari poteri dello Stato, dichiarando la propria competenza a decidere questioni che implicassero una violazione di leggi o della Costituzione federale. Gli ambiti materiali in cui ciò è emerso con maggior evidenza ineriscono: a) la determinazione o il riconoscimento della sovranità di altre nazioni; b) gli effetti dei trattati sui confini del Paese; c) i diritti dei nativi americani; d) l'immigrazione; e) i diritti ed i poteri di cui alla *guarantee of a republican form of government clause*; f) le procedure di revisione costituzionale; g) la regolamentazione del commercio; h) profili attinenti le esigenze di sicurezza nazionale; i) questioni inerenti la politica estera. Con riferimento al *primo profilo* si possono ricordare i casi: *United States v. Palmer* [16 U.S. 610 (1818)]; *Williams v. Suffolk Ins. Co*. [38 U.S. 415 (1839)]; *Underhill v. Hernandez* [168 U.S. 250 (1897)]; *Oetjen v. Central Leather Co.* [246 U.S. 297 (1918)]; *U.S. v. Belmont* [301 U.S. 324 (1937)]. Si tratta di casi in cui la Corte, pur rilevando che l'individuazione della sovranità è una *political question* riservata alle *political branches*, si è comunque spinta a decidere il merito. Con riferimento al *secondo profilo* si possono ricordare i casi: *Foster v. Neilson* [27 U.S. 253 (1829)]; *U.S. v. Arredondo* [31 U.S. 691 (1832)]; *Garcia vs. Lee* [37 U.S. 511 (1838)], *Doe v. Braden* [57 U.S. 635 (1853)]; *Terlinden v. Ames* [184 U.S. 270 (1902)]. Relativamente ai *diritti dei nativi americani*, invece, nel corso del XIX secolo la Corte Suprema si è trovata a dover valutare se il Congresso avesse ecceduto i propri poteri regolativi vulnerando i loro diritti. La Corte decise nel merito questi casi stabilendo che il Congresso aveva agito conformemente ai poteri che la Costituzione federale gli riconosceva poiché si trattava di questioni politiche riservate alla sua sfera discrezionale. Cfr. *Johnson v. McIntosh* [21 U.S. 543 (1823)]; *Stephens v. Cherokee Nation* [174 U.S. 445 (1899)]; *Cherokee Nation v. Hitchcock* 187 U.S. 294, 298 (1902)]; *Lone Wolf v. Hitchcock* [187 U.S. 553 (1903)]. La fine del XIX secolo ha visto la Corte Suprema coinvolta in questioni inerenti i *diritti degli immigrati* e ha spesso fatto riferimento al concetto di *political question* nello stabilire se il Congresso avesse agito nel rispetto delle proprie prerogative costituzionali. Cfr. *Chae Chan Ping v. United States* [130 U.S. 581 (1889)]; *Nishimura Ekiu v. United States* [142 U.S. 651

Fra il XIX e la prima metà del XX secolo la Corte Suprema si è spinta anche a decidere casi di rilevanza politica provvedendo a definire se il Congresso o il potere esecutivo avessero agito nel ri-

(1892)]; *Fong Yue Ting v. United States* [149 U.S. 698 (1893)]. A partire dall'inizio del XX secolo la Corte Suprema si è trovata a dover interpretare la c.d. *guarantee clause* di cui all'art. 4, § 4 della Costituzione federale allorché le sono state sottoposte controversie in cui veniva in rilievo la determinazione se solamente il Congresso avesse il potere di decidere questioni inerenti il *re-apportionment o la materia elettorale*. I *supreme justices*, rifacendosi al concetto di *political question*, da un lato ritennero che solamente il Congresso avesse il potere di «*guarantee the republican form of government under the Guarantee Clause*» (rifacendosi peraltro al precedente di cui al caso *Luther v. Borden* [48 U.S. 1 (1849)], su cui *infra*) dall'altro ribadirono la propria competenza a decidere questioni in cui venisse in rilievo la violazione di diritti individuali riconosciuti dalla Costituzione. Si vedano, a tal proposito i casi *Pacific States Tel. & Tel. Co. v. State of Oregon* [223 U.S. 118 (1912)]; *Ohio ex rel. Davis v. Hildebrant* [241 U.S. 565 (1916)]. Ma si veda anche il caso *Colegrove v. Green* [328 U.S. 549 (1940)] la cui natura di *political question* fu messa, però, in questione nel caso *Baker v. Carr* su cui *infra.* Peraltro va rilevato come parte della dottrina sostenga che le questioni inerenti la *guarantee clause* dovrebbero essere giustiziabili. In tal senso E. Chemerinsky, *Cases under the Guarantee Clause Should be Justiciable*, 65 *U. Colo. L. Rev.* 849, 1994. In posizioni simili si attestano anche le posizioni di alcuni giudici della Corte Suprema come, ad esempio, il giudice O'Connor (in *New York v. United States* [505 U.S. 144 (1992)]). Con riferimento alle *procedure di revisione costituzionale* si segnala il caso *Coleman v. Miller* [307 U.S. 433 (1939)] con cui la Corte stabilì che risiedesse nel potere discrezionale del Congresso la decisione sulle tempistiche di ratifica di un emendamento costituzionale (su questo caso, si veda *infra* nelle pagine che seguono). Ma, *contra*, si veda il più recente caso *Uhler v. American Federation of Labor-Congress of Indus. Organizations* [468 U.S. 1310 (1984)].

Relativamente ai profili attinenti la *sicurezza nazionale* esempi significativi della giurisprudenza del tempo furono i casi *Martin v. Mott* [93 25 U.S. 19 (1827)], definito «*quintessential "political question" case*» (G. Skinner, *Misunderstood, Misconstrued, and Now Clearly Dead: The "Political Question Doctrine" as a Justiciability Doctrine, Even in the Area of Foreign Affairs*, cit., p. 18); nonché il caso *Luther v. Borden* [48 U.S. 1 (1849)] su cui diffusamente, *infra*, nelle pagine che seguiranno. Infine, in materia di *foreign affairs* si possono ricordare i casi *Mitchell v. Harmony* [109 54 U.S. (13 Howard) 115 (1851)]; *Underhill v. Hernandez* [168 U.S. 250 (1897)]; *United States v. Curtiss-Wright Exp. Corp.* [299 U.S. 304 (1936)]. In questo ambito vanno menzionati anche alcuni casi giudicati dopo la seconda guerra mondiale che testimoniano come la Corte abbia deciso di non ricorrere alla *political question doctrine* per astenersi dal definire nel merito questioni in cui venivano in rilievo diritti individuali. In questi casi la Corte si spinse a valutare se il Congresso o il potere esecutivo avevano agito nell'ambito della cornice costituzionale. In particolare si tratta dei casi *United States ex. rel. Quirin v. Cox (Ex parte Quirin)* [317 U.S. 1 (1942)]; *Hirabayashi v. United States* [320 U.S. 81 (1943)]; *Korematsu v. United States* [143 323 U.S. 214 (1944)]; *Harisiades v. Shaughnessy* [342 U.S. 580 (1952)].

spetto delle reciproche competenze costituzionali. La Corte, cioè, di fronte alla necessità di valutare la natura politica o meno delle questioni sottoposte al suo esame ha dimostrato preferire un'ampia indagine sull'impostazione dell'approccio ermeneutico nei confronti delle riserve costituzionali di competenza. Ad esempio, nel celebre caso *Luther v. Borden*[61] deciso dalla Corte Suprema guidata da Taney, per la prima volta fu enunciato il concetto di *political question* quale dottrina separata dalle considerazioni relative alla mera interferenza con l'esercizio di funzioni eminentemente politiche che non avrebbero garantito la presenza di un sicuro parametro giuridico su cui fondare una decisione nel merito[62]. La Corte fece affidamento su una riserva di competenza a favore dell'autorità del potere legislativo di cui alla *Guarantee clause* di cui all'art. 4 della Costituzione. I giudici federali considerarono due problematiche: a) si chiesero se una Corte potesse decidere quale fra i due "governi" in competizione si dovesse ritenere legittimo a reggere democraticamente il Rhode Island; b) nel caso in cui si fosse riconosciuta la legittimità del potere costituito, si interrogarono se esso avesse agito illegalmente, derogando, in contravvenzione a quanto disposto nella *Guarantee clause* ai principi repubblicani.

In via preliminare la Corte affermò di avere un ruolo dichia-

---

[61] [48 U.S. 1 (1849)]. Si trattava di un caso originato dalla *Dorr's rebellion* occorsa nello Stato del Rhode Island. Ai giudici fu chiesto se i militari del governo coloniale avessero commesso una violazione irrompendo nella casa dell'attore, in un momento della rivolta in cui i ribelli avevano prematuramente proclamato l'adozione di una nuova Costituzione, nonostante il governo insistesse sul potere della carta. Su questo caso, *ex multis*: R.J. Pushaw Jr, *Judicial Review and the Political Question Doctrine: Reviving the Federalist "Rebuttable Presumption" Analysis*, cit., spec. pp. 1193-1195; L. Fuentes-Rohwer, *Reconsidering the Law of Democracy: Of Political Questions, Prudence, and the Judicial Role*, 47 *Wm. & Mary L. Rev.* 1899, 2006, spec. p. 1915 ss. e bibliografia ivi indicata, spec. alla nota n. 74.

[62] Va precisato, comunque, che questa è una delle possibili letture del caso (la c.d. *nonjusticiability thesis*). Cfr. A.R. Amar, *The Central Meaning of Republican Government: Popular Sovereignity, Majority Rule, and the Denominator Problem*, 65 *U. Colo. L. Rev.* 749, 1994, spec. p. 753 ss.; con L. Henkin, *Is there a "Political Question" Doctrine?*, cit., p. 608 (secondo il quale la Corte Suprema avrebbe semplicemente riconosciuto che le *political branches* avevano agito nel quadro dei poteri costituzionali).

rativo e non creativo di diritto[63], riconoscendo parallelamente che compete al Congresso stabilire «*what government is the established one in a State*»[64]. La Corte, quindi, declinò la propria competenza a "riempire" di significato il disposto di cui all'art. 4 della Costituzione federale, in particolar modo con riferimento alla *republican form of government clause* di cui alla sez. IV dello stesso, trattandosi di *political question* la cui non giustiziabilità rimarrebbe incontestata[65]. In virtù di una interpretazione che si potrebbe definire *prudenziale* del dato testuale si precisò come non spettasse alle corti federali stabilire quale fra le due entità che si affermavano governi indipendenti fosse quello legittimato. I supremi giudici avrebbero interpretato la *guarantee clause* nel senso di intendere l'espressione «*United States shall guaranteee to every state in this union a republican form of government*» come se *United States*[66] si dovesse riferire esclusivamente al Congresso: da tale ancoraggio testuale, la Corte fece derivare l'implicazione strutturale secondo cui essa non avrebbe potuto dividere alcuna responsabilità interpretativa con il Congresso a causa delle difficoltà di un coinvolgimento giudiziario.

In relazione alla seconda questione (se il governo coloniale avesse agito illegalmente all'atto di adottare la legge marziale) la Corte assunse un atteggiamento tendenzialmente più attivo nel senso di ammettere, in astratto, che una corte federale potesse decidere se uno Stato si fosse reso responsabile di una violazione della *guarantee clause*, però definì il caso concreto nel senso di ritenere non costituzionalmente illegittime le scelte del Rhode Island

---

[63] [48 U.S. 1, 41 (1849)].

[64] [48 U.S. 1, 42 (1849)] «*For as the United States guarantee to each State a republican government, Congress must necessarily decide what government is established in the State before it can determine whether it is republican or not. And when the senators and representatives of a State are admitted into the councils of the Union, the authority of the government under which they are appointed, as well as its republican character, is recognized by the proper constitutional authority. And its decision is binding on every other department of the government, and could not be questioned in a judicial tribunal. […] Yet the right to decide is placed there, and not in the courts*».

[65] [48 U.S. 1, 43 (1849)].

[66] Sulla controversa portata dell'interpretazione offerta in questo caso cfr. *infra*, note nn. 68 e 69.

in ragione della temporaneità e straordinarietà della vigenza della legge marziale.

Le implicazioni di tale decisione sono state piuttosto controverse in dottrina. Secondo alcuni le argomentazioni espresse dalla Corte Suprema nel caso *Luther*, mostrerebbero come l'applicazione della *political question doctrine* secondo l'accezione classica fosse arricchita da molti *prudential factors*[67]. La motivazione della sentenza consentirebbe, infatti, di comprendere come la sentenza fosse fortemente ancorata non solo al testo e alla struttura costituzionale, ma anche alla consapevolezza delle possibili conseguenze per il sistema costituzionale che sarebbero potute derivare da una decisione di censura. La Corte Suprema, quindi, nel decidere, sarebbe stata consapevole di quale fosse il proprio ruolo nel sistema[68].

Altri, invece, rilevano come, in realtà, l'impatto immediato della decisione fosse meno forte e, soprattutto, spinto da esigenze pragmatiche[69]. La Corte, infatti, avrebbe incominciato ad interpretare il caso *Luther* come applicazione della *classical political question doctrine* solo con il tempo, essendosi limitata, in quella sede, a stabilire che non spetta al potere giudiziario stabilire la legittimità di due governi in competizione[70].

---

[67] R.E. Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, cit., p. 257.

[68] Si è osservato infatti che con questa decisione «*there was no assumption that the court's sphere of action in all cases is complete interpretive power*». In tal senso R.E. Barkow, *The Rise and the Fall of the Political Question Doctrine*, cit., p. 29.

[69] La Corte Suprema sarebbe stata «*at the centre of a political firestorm, sure to find trouble regardless of the step it to chose to take*» e per questo il *Chief justice*, «*in order to minimize the peril facing the Court, […] framed the question in Luther as one of two legitimate governments. And to the Court, that question was a difficult one*» e per queste ragioni si sarebbe percorsa la via della *prudence*. Così L. Fuentes-Rohwer, *Reconsidering the Law of Democracy: Of Political Questions, Prudence, and the Judicial Role*, cit., p. 1921.

[70] Vari sarebbero i casi successivi a *Luther* in cui la Corte Suprema avrebbe continuato ad interpretare la *guarantee clause* nel merito. Sul punto L. Fuentes-Rohwer, *Reconsidering the Law of Democracy: Of Political Questions, Prudence, and the Judicial Role*, cit., p. 1919, spec. nota n. 100. Su questi profili anche A.E. Bonifield, *The Guarantee Clause of Article IV, Section 4: A Study in Constitutional Desuetude*, 46 *Minn. L. Rev.* 513, 1962, spec. p. 534 ss.

A partire dal 1849 il concetto di *political question* ha vissuto fasi espansive e riduttive quanto ad applicazione pratica, tuttavia nel complesso, fino alla metà del secolo scorso, si è registrato un progressivo ampliamento della definizione dei suoi confini fino ad includere le maggiori questioni costituzionali e uno dei campi in cui si è registrata l'applicazione più consistente della dottrina in analisi è stato quello dell'applicazione (invocata dai ricorrenti) della citata *republican form of government clause*[71].

In molti casi in cui le parti hanno successivamente invocato la protezione della *guarantee clause*, si è seguita la linea interpretativa espressa nel caso *Luther*. Quale esempio significativo si richiama il caso *Pacific States Tel. Co. v. Oregon*, sebbene in quella sede si sia fondata la decisione ricorrendo più a fattori "prudenziali" che alla visione classica della *political question doctrine*. Chiamata a giudicare in merito alla legittimità di una legge tributaria dell'Oregon, la Corte si ritrovò a doversi pronunciare sul fatto che quello Stato non avesse una forma di governo repubblicana, poiché la sua Costituzione consentiva alla popolazione di legiferare tramite iniziativa diretta o referendum. Anche in questo caso la Corte Suprema ha affermato che la questione sottopostale esulerebbe dalla propria competenza decisionale[72].

---

[71] Cfr., *ex multis*: *Pacific States Tel. Co. v. Oregon* [223 U.S. 118 (1912)], con cui la Corte ribadì quanto statuito in *Luter v. Borden* [48 U.S. 1 (1849)]; *Mountain Timber Co. V. Washington* [243 U.S. 219 (1917)], relativo ai compensi dovuti al lavoro femminile; *Highland Farms Dairy v. Agnew* [300 U.S. 608 (1937)], in materia di delega di poteri legislativi.

[72] Il presidente White stabilì che se il meccanismo di iniziativa dell'Oregon avesse provocato l'allontanamento dai principi del governo repubblicano allora la corte federale avrebbe dovuto considerare illegittima tale forma di governo o, praticamente, pronunciare un decreto che dispensasse da ogni obbligo di contribuire al sostegno o di obbedire alle leggi dell'ordinamento illegittimo e costruire tramite un'azione giudiziaria, sulle rovine del precedente, un nuovo ordinamento conforme a quanto richiesto dalla Costituzione federale. Un'azione di questo rilievo ha senz'altro un peso diverso da quella che la corte federale avrebbe dovuto compiere per proteggere i diritti individuali violati nella situazione in esame poiché in genere l'azione individuale è l'atto attraverso il quale si esprime anche l'opposizione individuale all'azione di governo, ma non per questo al governo stesso. Di conseguenza la corte concluse che il riconoscere al potere giudiziario federale la possibilità di intervenire a definire sostantivamente la *guarantee clause*, avrebbe significato ingerirsi nel margine di intervento costituzionalmente riservato al potere legislativo. L'assunto decisivo del presidente White fu problematico: se una corte avesse rilevato che un particolare meccanismo caratterizzante la forma di

Significativo è l'iter argomentativo seguito dai giudici nell'addivenire ad una decisione. Essi, infatti, avrebbero potuto limitarsi a seguire il precedente *Luther* in punto di interpretazione della *guarantee clause*, tuttavia scelsero di addentrarsi a descrivere nel dettaglio le conseguenze negative che si sarebbero determinate se la Corte si fosse spinta ad analizzare il merito e a statuire che lo Stato dell'Oregon fosse privo di una forma di governo repubblicana[73]. Così, di fronte a ciò che la Corte considerava come la prospettiva di dover dichiarare l'illegittimità di un governo statale, non sorprende che essa abbia declinato la propria competenza a definire il caso nel merito. L'aspetto veramente rilevante, tuttavia, è che sembra si sia giunti a siffatta conclusione attraverso un iter argomentativo che non partiva dall'analisi del linguaggio e della struttura della Costituzione, quanto piuttosto dal possibile impatto della decisione sul sistema costituzionale. La Corte dopo aver analizzato le potenziali conseguenze negative di una sua decisione nel senso di stabilire la carenza di democraticità nel sistema costituzionale dell'Oregon, si chiese se l'art. 4 della Costituzione federale potesse giustificare o addirittura richiedere siffatto intervento. E nel rispondere i giudici si concentrarono non sui *prudential factors* già parzialmente considerati nel caso *Luther,* preferendo riservare ampio spazio all'analisi delle possibili conseguenze negative che si sarebbero prodotte all'esito di una decisione in punto di illegittimità della forma di governo dell'Oregon[74].

---

governo avesse potuto modificarne il carattere repubblicano, perché mai la corte non avrebbe potuto semplicemente affermare l'illegittimità dello stesso? Un approccio siffatto è tuttavia quello che ha caratterizzato la giurisprudenza in materia di *political question.* Una questione è politica non perché è di particolare interesse per i vari rami del governo, ma perché le previsioni costituzionali che gli attori avrebbero indicato come norme parametro non li avrebbero condotti ad una soluzione giudiziale.

[73] Affermare ciò infatti: a) avrebbe comportato la possibilità, per chiunque intendesse contestare in giudizio il sistema di tassazione o altre competenze statali, di contestare anche la legittima esistenza dello Stato stesso; b) avrebbe determinato «*a practically award a decree absolving from all obligation to contribute to the support of or obey the laws of such established state government*»; c) avrebbe implicato «*as a consequence of the existence of such judicial authority a power in the judiciary must be implies, unless it be that anarchy is to ensue, to build by judicial action upon the ruins of the previously established government a new one*» [223 U.S. 118, 142 (1912)].

[74] R.E. Barkow, *The Rise and the Fall of the Political Question Doctrine*, cit., p. 30. Per una recente rilettura del caso *Pacific States* si veda: N.R. Williams, *Di-*

L'esame delle motivazioni espresse, sia nel caso *Luther*, sia nel caso *Pacific States*, fa comprendere come la riflessione sull'impatto costituzionale di una decisione giudiziale sia opportuna (se non addirittura doverosa) in sede di indagine sulle possibili modalità di approccio e interpretazione del testo costituzionale. Si è osservato, inoltre, che il ricorso a fattori "prudenziali", quale tecnica interpretativa o comunque parte dell'iter logico argomentativo posto a sostegno di una decisione, ha creato le condizioni affinché i *prudential factors* venissero ad acquisire un certo margine di autonomia e valore indipendente dal testo, dalla struttura o dalle disposizioni costituzionali di volta in volta in rilievo[75]. Questo processo ha fatto sì che casi quali *Luther* o *Pacific States* rappresentassero la base giuridica che legittimò la fase di espansione della *political question doctrine* verso una sua concezione quale generale strumento di *avoidance*, e ciò fu considerato un elemento particolarmente attrattivo da parte della Corte del *New Deal* nel difficile percorso di ricerca delle modalità attraverso cui reclamare la propria legittimazione. Come noto, infatti, le decisioni attiviste rese in materia di *due process clause* e di *commerce clause* determinarono la reazione del presidente Roosevelt e la proposta del *court packing plan*, cosicché, anche al fine di conservare la propria autonomia, la Corte Suprema rivide le proprie posizioni virando verso un atteggiamento di maggior *judicial restraint* e di *deferential approach* nei confronti dell'azione del Congresso e del presidente[76]. In tal senso, casi inerenti la determinazione dei collegi elettorali[77], il peso dei voti[78] e le restrizioni all'azione politica[79] furono considerati *political questions* sottratte all'area di conoscibilità del giudice. Tuttavia, preme rilevare come, nonostante in linea di principio anche tutte le questioni inerenti la politica e gli affari esteri rientrassero in un ambito astrattamente sottratto al

rect Democracy, the Guaranty Clause, and the Politics of the "Political Question" Doctrine: Revisiting Pacific Telephone, 87 *Or. L. Rev.* 979, 2008.

[75] R.E. Barkow, *The Rise and the Fall of the Political Question Doctrine*, cit., p. 30.

[76] Sul "passivo attivismo" della Corte del *New Deal* si veda cap. III, par. 2.3. e cap. I, spec. par. 2.

[77] Vedasi ad esempio la decisione *Colegrove v. Green* [328 U.S. 549 (1946)].

[78] Ad esempio *South v. Peters* [339 U.S. 276 (1950)].

[79] Ad esempio *McDouglas v. Green* [335 U.S. 281 (1948)].

sindacato giurisdizionale, in concreto, la giustiziabilità delle stesse è spesso dipesa dal contesto in cui esse venivano ad originarsi. In altre parole, per quel che concerne l'esercizio del sindacato di costituzionalità, anche nelle materie astrattamente rientranti nel concetto di *political questions* si è osservata una certa tendenza delle corti federali, e in particolare della Corte Suprema, a considerarle ultronee rispetto alla responsabilità giudiziale. La dottrina non ha mancato di rilevare come in tutti i casi dalla forte valenza politica ci fosse un atteggiamento prudenziale in ordine all'esercizio del *judicial review*; atteggiamento che enfatizzava il fatto che la Corte fosse alquanto guardinga e restìa dal decidere nel merito ogni questione astrattamente idonea a mettere in crisi il proprio prestigio e autorevolezza[80].

La dottrina delle *political questions*, quindi, da riflesso della normale attività di interpretazione della Costituzione[81], si è venuta a connotare anche per un altro aspetto, non propriamente giuridico, inerente valutazioni intrinsecamente discrezionali. Tale clausola viene utilizzata dalla Corte Suprema per sottrarsi all'obbligo di decidere quando, a prescindere dalla definizione normativa della propria giurisdizione, essa ritiene che non sia prudente determinare uno scontro con gli organi politici, e così facendo i giudici effettuano una valutazione che esula dalla stretta attività di interpretazione e testimonia, invece, una scelta definibile essa stessa politica in ragione della dose di discrezionalità che la caratterizza[82]. La *political question doctrine* era, infatti, una delle modalità preferite dalla Cor-

[80] Si vedano, in particolare, L. Henkin, *Is there a "political question" doctrine?*, cit., p. 597 ss.; R.A. Schapiro, *Judicial Deference and Interpretive Coordinacy in State and Federal Constitutional Law*, 85 *Cornell L. Rev.* 656, 2000, spec. p. 685 ss.

[81] Interpretazione di quelle disposizioni costituzionali che, si è detto, definiscono l'ambito della funzione giurisdizionale e insieme, per differenza, l'area che appartiene all'esclusivo dominio della politica.

[82] Ciò si poteva già leggere fra le righe del caso *Marbury* e comunque prima della decisione del caso *Baker v. Carr*, cioè prima che la Corte Suprema tentasse di razionalizzarne l'utilizzo esemplificandone i presupposti in presenza dei quali è possibile per i giudici invocare la clausola della natura politica di una controversia. Cfr., a tal proposito, il caso *Colegrove v. Green* nell'ambito del quale la Corte Suprema si era evidentemente espressa in termini assai generali, mortificanti per la funzione giurisdizionale, che sembrava dovesse essere destinata a cedere sempre alle opzioni politiche degli organi di indirizzo [328 U.S. 549-553, 554 (1946)].

te Suprema per evitare decisioni di principio potenzialmente vulneranti la sua autorevolezza e prestigio[83].

Questa tendenza a ridefinire i confini della *political question doctrine* in senso estensivo, nell'ambito di un più ampio e generale atteggiamento di deferenza verso l'azione degli altri organi costituzionali, ha trovato un esempio significativo nel caso *Coleman v. Miller* del 1939[84], in cui alla Corte è stato chiesto di decidere una questione concernente un emendamento costituzionale presentato con il preciso proposito di contrastare un suo precedente. Nel 1924, infatti, il Congresso aveva dato avvio ad una procedura di emendamento (il c.d. *Child Labor Amendment*) che, tuttavia, non fu ratificata da tutti gli Stati. In particolare, lo Stato del Kansas non ratificò l'emendamento nel 1925 e lo stesso rimase pendente fino a che, nel 1937, il nuovo parlamento dello Stato procedette alla sua ratifica. Ciò causò la reazione di alcuni parlamentari i quali si opposero e agirono in giudizio sostenendo che la procedura seguita non fosse conforme a quanto stabilito all'art. 5 della Costituzione federale. Il ricorso fu giuridicamente argomentato sottolineando l'impossibilità di ratificare una proposta di emendamento già respinta in precedenza e, comunque, l'irragionevole durata della procedura di ratifica (12 anni) che di per sé avrebbe dovuto determinare la decadenza della stessa. La presentazione del caso alla Corte fu accompagnata dallo svilupparsi di pressioni politiche forti, cosicché i supremi giudici ritennero di dover dichiarare la propria incompetenza a decidere il caso nel merito trattandosi di una *political question* rimessa alla esclusiva discrezionalità del legislatore. In relazione alla prima argomentazione, non fu riscontrata la presenza di presupposti giuridici a fondamento dell'azione, mentre in relazione alla censura relativa alla presunta irragionevole durata della procedura di ratifica, i supremi giudici non ravvisarono nemmeno la sussistenza di un fondamen-

[83] *Ex multis* si ricorda la posizione particolarmente "prudenziale" espressa da A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, cit. Vedasi altresì la *dissenting opinion* del giudice Frankfurter nel caso *Baker v. Carr* [369 U.S. 186, 267 (1962)]. Oggi, invece, come si è anticipato al cap. III del presente lavoro, la Corte Suprema preferisce ricorrere a strumenti meno problematici in sede di selezione dei casi da decidere, quali lo *standing*, la *ripeness* o la *mootness*.

[84] [307 U.S. 433 (1939)].

to giuridico idoneo a consentire una decisione nel merito, rilevando come si trattasse di una questione da ascriversi alla discrezionalità del Congresso poiché la Costituzione gli riserverebbe il completo ed esclusivo controllo sulle procedure di emendamento.

Significativo è il fatto che la motivazione di questo caso fu articolata in senso non del tutto coerente con quanto successivamente affermato nel caso *Baker v. Carr* ed emerge una concezione radicale della *political question doctrine*, che è stata oggetto di critica da parte di alcuni autorevoli studiosi nei decenni successivi[85].

Il *chief justice Hughes*, nel redigere l'*opinion of the Court* argomentò la decisione di astenersi a sindacare il merito della questione distinguendo il caso sottoposto all'esame della Corte da un precedente del 1921, *Dillon v. Gloss*, in cui, al contrario, i supremi giudici si erano distinti per un atteggiamento di minor *restraint* e avevano concluso che il Congresso potesse legittimamente porre un limite settennale per la ratifica del XVIII emendamento ritenendolo un «*reasonable time*»[86]. Infatti si sostenne che in *Dillon* la Corte non si era illegittimamente ingerita nella discrezionalità riservata al Congresso stabilendo quale in astratto potesse essere un tempo ragionevole di esercizio del potere di ratifica ove il Congresso avesse evitato di individuarne uno a priori, bensì si era limitata a dare atto del fatto che l'individuazione concreta di un siffatto limite andasse ascritta alla competenza del potere legislativo. Il giudice Black, tuttavia, nella sua *concurring opinion*, tentò di spingersi oltre sottolineando come la procedura di emendamento di cui all'art. 5 della Costituzione fosse intrinsecamente politica e, di conseguenza, sottratta da qualsivoglia forma di controllo o interferenza giudiziale[87].

Che il caso *Coleman* possa esser riletto nel senso di considerarlo espressione di un divieto assoluto di sindacabilità delle procedure di emendamento è considerato quanto meno dubbio da parte della dottrina[88], sebbene essa sia divisa soprattutto in merito al problema delle modalità di ricorso e degli scopi perseguiti attraverso il sindacato di costituzionalità, nonché in merito alla stessa possibilità che il *judicial*

---

[85] Si veda *supra*, nota n. 70.
[86] [256 U.S. 368, 375 (1921)].
[87] [307 U.S. 433, 453-454 (1939)].
[88] L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 94 ss.

review of legislation sia lo strumento corretto con cui controllare procedimento attraverso il quale gli emendamenti proposti dal Congresso siano ratificati dagli Stati[89]. Ciò che rende il caso *Coleman* particolarmente interessante è la forza persuasiva dei soli *prudential factors* nella determinazione della decisione finale. I sette giudici che hanno opinato nel senso di ritenere sussistente una *political question* non sono ricorsi a strumenti logico-argomentativi che muovessero dal testo, dalla storia o dalla struttura formale dell'art. 5 della Costituzione. Al contrario, fu l'argomentazione inerente la mera assenza di criteri idonei a fondare una decisione giudiziale a guidare l'*opinion of the Court* e le *concurring opinions* dei quattro giudici che si unirono ad essa[90].

3. *(*segue*): la svolta e l'inizio del declino della dottrina*

3.1. *Il caso* Baker v. Carr

La concezione forte della *political question doctrine* si sviluppò in senso espansivo sino all'avvento della *Warren Court* (1953-1969) e alla stagione del suo marcato attivismo[91]. All'inizio degli anni Sessanta la Corte Suprema cominciò, infatti, a ridefinire in senso restrit-

[89] Cfr. W. Dellinger, *The Legitimacy of Constitutional Change, Rethinking the Amendment Process*, 97 *Harv. L. Rev.* 396, 1983 (l'autore ha rilevato l'opportunità e l'esigenza di un ruolo attivo da parte degli organi di controllo giurisdizionali per sindacare il procedimento di richiesta e direzione di una nuova convenzione costituzionale sui criteri con i quali ben 2/3 degli stati membri dell'unione attuano l'art. 5) con L.H. Tribe (*American Constitutional Law*, cit., p. 94 ss.) il quale, invece, ha rilevato come l'indagine sulla costituzionalità nel merito degli emendamenti proposti sia in ogni caso una materia interamente sottoposta al controllo degli organi di governo, senza possibilità di appelli giurisdizionali.

[90] R.E. Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, cit., p. 280.

[91] A. Wohl, *Warren Court*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, V, Gale 2008, p. 173 ss.; T.M. Vestal, *Warren Earl*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, V, Gale 2008, p. 169 ss. Nella letteratura italiana si vedano in particolare G. Bognetti, *Malapportionment, ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1966 e E. Ceccherini, *Eguaglianza del voto e rappresentatività delle minoranze. Recenti orientamenti giurisprudenziali negli Stati Uniti*, in *Quad. cost.*, 2, 1997, p. 311 ss.

tivo i confini della *political question doctrine*, tentando di individuarne i caratteri costitutivi nel celebre, quanto controverso, caso *Baker v. Carr*[92]. La Corte riscrisse la dottrina in esame in termini alquanto ristretti quanto al suo campo di applicazione, determinando una espansione delle proprie competenze a sindacare questioni che fino a quel momento erano state sottratte dalla sua area di conoscibilità. Infatti, il giudice Brennan, redattore dell'*opinion of the Court*, elaborò un'articolata dottrina volta a definire le *political questions* e, dopo aver ribadito che la "non giustiziabilità" di una questione è innanzitutto una declinazione del principio di separazione dei poteri[93], precisò come fosse doveroso distinguere una *political question* da un *political case*, perché la richiesta di protezione di diritti politici non necessariamente avrebbe dovuto considerarsi esclusa dal sindacato giurisdizionale[94]. I *supreme justices*, dovrebbero, così, svolgere caso per caso una verifica della possibilità di applicare canoni giurisdizionali certi al fine di decidere una controversia. Questo approccio, tuttavia, secondo parte della dottrina ha avuto conseguenze non felici, potendosi prestare a manipolazioni da parte della Corte Suprema, libera di conseguire i propri scopi concreti, in ragione delle evenienze pratiche[95].

---

[92] [369 U.S. 186 (1962)]. Si tratta di un caso in materia di *reapportionment*. La Corte, modificando il proprio consolidato orientamento, stabilì la propria competenza a decidere nel merito. Il ricorrente, Baker, residente nel Tennessee, rilevò che, nonostante la Costituzione statale imponesse una revisione dei distretti elettorali ogni dieci anni, al fine di garantire che in ogni distretto la popolazione fosse più o meno equivalente, nei fatti, il Tennessee non vi aveva provveduto dal censimento del 1901. A causa di ciò si era venuta a creare, nel tempo, una situazione per cui i voti degli abitanti delle aree rurali avevano di fatto un peso maggiore rispetto a quello della popolazione cittadina.

[93] [369 U.S. 186, 210 (1962)].

[94] «*Of course the mere fact that the suit seeks protection of a political right does not mean it presents a political question*» [369 U.S. 186, 210 (1962)]. La Corte regolarmente decide questioni che hanno implicazioni politiche anche rilevanti e non necessariamente tali *political cases* portano all'applicazione della *political question doctrine*. Celebri sono i casi in cui la Corte Suprema ha stabilito che alcune procedure elettorali vulneravano il diritto di voto dei cittadini in ragione del loro colore della pelle (si veda ad esempio *Terry v. Adams* [345 U.S. 461 (1953)] o, di recente il caso *McCutcheon v. Federal Election Commission*, 572 U.S. (2014), *slip opinion* (testo in http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-536_e1pf.pdf) sul finanziamento ai partiti politici.

[95] In tal senso *ex multis* R.F. Nagel, *Political Law, Legalistic Politics: A Recent History of the Political Question Doctrine*, 56 *U. Chi. L. Rev.* 643, 1989, spec.

In *Baker* si stabilì che le *political questions* attenevano unicamente ai rapporti fra il potere giudiziario e le altre *political branches* federali, restando, così, esclusi i rapporti fra potere giudiziario federale e gli Stati: in questo modo la Corte riuscì ad espandere il sindacato dell'autorità giudiziaria a questioni (come il c.d. *legislative redistricting*) che per lungo tempo erano state ritenute *political questions* sottratte alla sua area di conoscibilità[96].

Inoltre, la Corte Suprema si attribuì espressamente la responsabilità di essere il soggetto ultimo titolare del potere di stabilire come la Costituzione concepisse i rapporti fra le *political branches*, ritenendosi titolare della competenza a decidere di sindacare o meno se le loro azioni eccedessero i margini di discrezionalità costituzionalmente riservate[97].

Elemento essenziale nella distinzione delle *legal questions* dalle *political questions* divenne pertanto la sussistenza di un *constitutional commitment* con un altro potere dello stato atteso che «*[…] deciding whether a matter has in any measure been committed by the Constitution to another branch of government, or whether the action of that branch exceeds whatever authority has been committed, is itself a delicate exercise in constitutional interpretation, and is a responsibility of this Court as ultimate interpreter of the Constitution*»[98].

---

p. 657 ss.; M.W. McConnell, *The Redistricting Cases: Original Mistakes and Current Consequences*, 24 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 103, 2000, spec. p. 107 ss.; ma anche R.J. Pushaw Jr, *Judicial Review and the Political Question Doctrine: Reviving the Federalist "Rebuttable Presumption" Analysis*, cit., p. 1165 ss. (quest'ultimo Autore ha rilevato, in particolare, che «*if the justices can discard this law and impose their ideological preferences in an area as quintessentially and traditionally "political" as the states' apportionment of their legislatures, then becomes pointless to try to distinguish "legal" from "political" questions*», p. 1166); L. Fuentes-Rohwer, *Reconsidering the Law of Democracy: of Political Questions, Prudence, and the Judicial Role*, cit., p. 1927.

[96] «*…it is the relationship between the judiciary and the coordinate branches of the Federal Government, and not the federal judiciary's relationship to the States, which gives rise to the "political question*» [369 U.S. 186, 210 (1962)]. Cfr. il capitolo successivo per un'analisi della principale giurisprudenza della Corte Suprema in materia.

[97] In realtà, almeno entro certi limiti, anche prima del caso *Baker* la Corte Suprema aveva agito in questo modo, sebbene non si fosse espressa in termini così espliciti. Si veda, *supra*, la nota n. 60.

[98] [369 U.S. 186, 211 (1962)].

Tale decisione, nonostante alcune ambiguità di fondo rilevate sia dai *dissenters*, sia dalla dottrina, fu particolarmente innovativa in quanto, per la prima volta, si tentò una razionalizzazione della *political question doctrine*, individuando espressamente i criteri che avrebbero dovuto orientare il giudice nella qualificazione delle questioni da definirsi come politiche e, pertanto, sottratte all'esame della Corte. Venivano, cioè, forniti gli strumenti per un *modus operandi* tendenzialmente uniforme, più trasparente rispetto al passato, nella selezione dei casi da trattare e decidere. Nello specifico, furono definite politiche le questioni che presentassero almeno uno dei seguenti requisiti: a) la sussistenza di un «*textual commitment*» che vincolasse il coordinamento di una determinata questione ad un organo politico; b) l'assenza di *standards* giurisdizionali fondatamente rinvenibili; c) l'impossibilità di giudicare senza una iniziale decisione di natura politica su una materia non espressamente riservata alla giurisdizione; d) l'impossibilità che la Corte decidesse indipendentemente, senza invadere il terreno riservato agli organi dello Stato cui quella materia è demandata per legge; e) la necessità di cieca adesione ad una decisione politica già presa; f) ovvero la possibilità che la Corte non riesca a imporre la propria posizione di fronte ad una questione sulla quale si siano già pronunciati, in maniera svariatamente composita, diversi organi dello Stato[99].

Con questa decisione, quindi, la Corte Suprema mostrò di far propria non solo la teoria classica della *political question doctrine* (il primo fattore e, forse, il secondo), ma anche di considerare la *prudential view* (i restanti quattro fattori e, forse, il secondo)[100].

I giudici, dopo aver effettuato un attento scrutinio sull'applicabilità di tutti i criteri al caso concreto, decisero nel senso di negar-

[99] [369 U.S. 186, 217 (1962)].

[100] In tal senso R.E. Barkow, *The Rise and the Fall of the Political Question Doctrine*, cit., p. 34. Cfr. anche L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 94 ss. Sulla differenza fra *classical* e *prudential view* cfr. par. 1 del presente capitolo. Critico verso l'indicazione di fattori di carattere "prudenziale" (considerati privi di qualsivoglia base costituzionale) è G. Skinner, *Misunderstood, Misconstrued, and Now Clearly Dead: The "Political Question Doctrine" as a Justiciability Doctrine, Even in the Area of Foreign Affairs*, cit., spec. p. 456. Secondo questo autore la Corte Suprema avrebbe commesso un grave errore valutativo che avrebbe ingenerato non poche difficoltà applicative da parte delle corti federali inferiori.

la e, conseguentemente, dichiararono che nessuno di essi era applicabile, procedendo, così, ad esaminare la richiesta di tutela ai sensi dell'*equal protection clause* presentata dai ricorrenti.

In *Backer* la Corte si è trovata a dover affrontare una problematica simile a quella di cui ai precedenti *Colegrove v. Green* e, per certi versi, *Luther v. Borden*[101]. Tuttavia, essa mostrò di modificare profondamente il proprio approccio e si spinse a decidere il caso *Baker* ricorrendo non alla *guarantee clause* (in relazione alla quale era consapevole della difficoltà di rinvenire adeguati standard giudiziali[102]), ma alla *equal protection clause* di cui al XIV emendamento alla Costituzione federale[103]. Secondo la maggioranza, infatti, l'applicazione dei criteri elaborati avrebbe condotto, utilizzando quale parametro interpretativo la *guarantee clause*, a riconoscere la presenza di una *political question*, diversamente, il ricorso all'*equal protection clause* avrebbe fornito quei *manageable standards* necessari per definire la questione nel merito[104].

Nonostante la presenza di rilievi critici di non poco conto, inerenti soprattutto l'impossibilità di far derivare dal caso *Baker* elementi che consentano in modo chiaro di distinguere «*"political que-*

---

[101] In punto di sindacato in presenza di una questione in cui venisse in rilievo la *guarantee clause* di cui all'art. IV, § 4, della Costituzione federale. Sul punto cfr. *supra*, par. 2, e la nota n. 60.

[102] A commento di tale decisione (pt. 233) si è infatti affermato che «*the guarantee clause foreclose a search for standards because no such standards exist*», L. Fuentes-Rohwer, *Reconsidering the Law of Democracy: Of Political Questions, Prudence, and the Judicial Role*, cit., p. 1925. Sul punto, però, in senso critico, cfr. anche E. Chemerinsky, *Cases Under the Guarantee Clause Should Be Justiciable*, cit., spec. p. 871; D.J. Merrit, *The Guarantee Clause and State Autonomy: Federalism for a Third Century*, 88 *Colum. L. Rev.* 1, 1988, spec. p. 76.

[103] Secondo la Corte tale parametro interpretativo forniva, qui, *judicially manageable standards* non rinvenibili nella *guarantee clause* [369 U.S. 186, 226 (1962)]. Sul punto, diffusamente L. Fuentes-Rohwer, *Baker's Promise, Equal Protection, and the Modern Redistricting Revolution: A Plea for Rationality*, 80 *N.C. L. Rev.* 1353, 2002, spec. p. 1358, e, Id., *Reconsidering the Law of Democracy: Of Political Questions, Prudence, and the Judicial Role*, cit., p. 1925, ove si è rilevato che il cambio di parametro interpretativo è stato fortemente criticato dalla dottrina, spec., nota n. 130.

[104] Mentre l'applicazione degli altri 5 fattori (*supra*, nota n. 99) non sarebbe stata rilevante atteso che la questione sottoposta all'esame della Corte non coinvolgeva *coequal federal branch*, bensì «*the consistency of state action with the federal government*» [369 U.S. 186, 226 (1962)].

stions" from justiciable "legal" ones»[105], l'importanza delle risultanze del caso *Baker* sono state recentemente sottolineate da quella parte della dottrina che ne ha individuato due elementi fondamentali. In primo luogo si è ricordato come le sei ipotesi descritte siano «*individually sufficient and collectively necessary*» per qualificare una questione sottoposta all'esame della Corte come una «*nonjusticiable political question*»: la giurisprudenza seguente al caso Baker, infatti, si sarebbe limitata a precisare la portata di queste categorie senza, tuttavia, ampliarne il numero[106]. In secondo luogo, è significativo che il giudice Brennan, nel redigere l'*opinion of the Court*, non solo abbia individuato i sei fattori integranti una *political question*, ma li abbia applicati in concreto ai fatti di causa, mentre la giurisprudenza precedente si era caratterizzata per un'analisi astratta della problematica e delle questioni costituzionali che venivano in rilievo.

Secondo la maggioranza dei giudici le corti non avrebbero potuto evitare di decidere tutte quelle controversie in cui le conseguenze di scelte discrezionali del potere politico si potessero ritenere eccedenti gli ambiti di intervento costituzionalmente tracciati. Uno degli elementi da considerare come rilevante al fine di addivenire ad una decisione nel merito ineriva il fatto che le disposizioni costituzionali richiamate dalle parti ricorrenti potessero configurarsi come *enforceable rights* per mezzo di una statuizione giudiziale. A tal proposito i ricorrenti avevano sottolineato come, a causa del fatto che il numero degli abitanti dei vari distretti legislativi differiva, i voti dei residenti nei distretti più popolosi avevano un "peso" minore rispetto a quelli dei residenti nei distretti meno abitati, determinandosi una illegittima disparità di trattamento lesiva del XIV emendamento, declinata come peso del voto di ciascuno nella determinazione delle scelte finali. Argomentando la propria decisione i giudici ebbero non

---

[105] R.J. Pushaw Jr, *Judicial Review and the Political Question Doctrine: Reviving the Federalist "Rebuttable Presumption" Analysis*, cit., p. 1175. In senso conforme J.P. Mulhern, *In Defence of the Political Question Doctrine*, cit., p. 163. Le risultanze del caso Baker sono state ritenute più il frutto di «*practical considerations*» che non di «*legal ones*»: L. Fuentes-Rohwer, *Reconsidering the Law of Democracy: Of Political Questions, Prudence, and the Judicial Role*, cit., p. 1927.

[106] Aa.Vv., *Developments in the Law. Access to Courts*, 122 *Harv. L. Rev.* 1151, 2009, spec. p. 1193.

poche difficoltà nel qualificare il XIV emendamento come *enforceable right*, ma si determinò in tal senso anche perché questo sarebbe stato l'unico criterio realisticamente in grado di forzare le scelte politiche orientandole verso i binari della legittimità[107].

Dissentirono dall'*opinion of the Court* i giudici Frankfurter e Harlan con argomentazioni che, sebbene conformi alla precedente giurisprudenza della Corte[108], tuttavia non si ponevano in linea con l'attivismo della Warren Court e la concezione del *judicial review* da essa espressa[109].

---

[107] L.H. Pollak, *Judicial Power and "The Politics of the People"*, 72 *Y.L.J.* 81, 1962. Tale Autore ha osservato che *fil rouge* dei casi richiamati fino ad ora è rappresentato dal fatto che, in relazione alle *political questions*, le corti effettuano una valutazione circa la possibilità di far derivare gli *enforceable rights* dalle norme costituzionali che le parti in giudizio di volta in volta richiamano.

[108] Frankfurter, in particolare, si rifece alla propria *opinion* nel caso *Colegrove v. Green* del 1946. Egli precisò che l'autorità della Corte «*ultimately rests on sustained public confidence in its moral sanction*» [369 U.S. 186, 267 (1962)]. Si è sostenuto che i criteri formulati dal *justice* Brennan nell'*opinion of the Court* in *Baker v. Carr* [369 U.S. 186, 223 (1962)] e le «*converging considerations*» espresse da Frankfurter nella *dissenting opinion* al caso [369 U.S. 186, 289 (1962)] – e nei precedenti *Coleman v. Miller* [307 U.S. 433, 460 (1939)] e *Colegrove v. Green* [328 U.S. 549 (1946)] – non sarebbero concettualmente così distanti. Entrambe le posizioni esprimerebbero i variegati aspetti e le differenti linee di pensiero sottese alla *political question doctrine*. In tal senso Y.S. Zemach, *Political Questions in the Courts*, cit., p. 151.

[109] Uno dei punti oggetto di maggior critica fu la scelta di decidere il caso sulla base dell'*equal protection clause*. Secondo la maggioranza dei giudici, infatti, «*judicial standards under the Equal Protection Clause are well developed and familiar, and it has been open to courts since the enactment of the Fourthteen Amendment to determine, if on the particular facts they must, that a discrimination reflects no policy, but simply arbitrary and capricious action*» [369 U.S. 186, 226 (1962)]. Secondo il *Justice* Frankfurter tali standard nemmeno potevano dirsi esistenti, cosicché il caso non avrebbe dovuto esser deciso nel merito [369 U.S. 186, 283, 322-323 (1962)]. Si è sostenuto che le differenti posizioni di Brennan e di Frankfurter in merito all'opportunità di decidere questo caso non inerissero tanto (o quantomeno non solo) la natura della *political question doctrine*, quanto piuttosto «*in emphasis and the definition of the substance of the constitutional issue involved*», Y.S. Zemach, *Political Questions in the Courts*, cit., p. 150. Per maggiori approfondimenti si vedano anche M.W. McConnell, *The Redistricting Cases: Original Mistakes and Current Consequences*, cit., 106 ss., nonché M. Klarman, *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, 90 *Mich. L. Rev.* 213, 1991, spec. p. 258, il quale ha sostenuto la validità teorica di tutte le contestazioni mosse dai *dissenters* nel caso *Baker*. R.J. Pushaw Jr, ha rilevato come le parole del *justice* Brennan sopra citate in realtà non avrebbero fornito alcun «*concrete legal principles of constitutional equality in the districting context*» quanto, piuttosto, offerto

Nonostante la presenza di forti posizioni critiche in dottrina, specialmente in relazione agli *apportionment cases*[110], l'attivismo che caratterizzò l'azione della Corte Suprema a partire dalla metà degli anni Cinquanta ne fece la sede di espressione dell'evolversi dei valori espressi dalla società civile statunitense e di recezione delle richieste di tutela delle libertà fondamentali[111]. Il giudice supremo aveva già posto fine alle pratiche segregazioniste[112] ed era percepito come il "salvatore politico" dei soggetti privati dei diritti civili senza per questo veder minata la propria legittimazione o autorevolezza: i sentimenti prevalenti erano in favore dell'attivismo giudiziario e tali sentimenti in parte continuano ancora oggi, sebbene l'attivismo si sia evoluto e declinato anche secondo diverse direzioni[113]. In questo contesto, il rifiutarsi di decidere un caso non perché sia la Costituzione a richiederlo, ma perché l'astensione rappresenti un'opzione "preferibile" per la Corte, sarebbe stato difficilmente concepibile e proprio per tale ragione la *political question doctrine*, specialmente nella sua accezione "prudenziale", è stata considerata a lungo decaduta da larga parte della letteratura statunitense[114].

---

una mera «*criptic sentence*» (in *Judicial Review and the Political Question Doctrine: Reviving the Federalist "Rebuttable Presumption" Analysis*, cit., p. 1174 e, per maggiori approfondimenti, cfr. ivi note 59 e 52).

[110] Su cui diffusamente, *infra*, al cap. V, par. 2 del presente lavoro.

[111] J. Greenbaum, *Giustizia Costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, Giuffrè, Milano, 1992; G. Bognetti, *Malapportionment, ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti*, cit., p. 1 ss. Per maggiori approfondimenti su questi profili si rimanda altresì ai capp. II e III del presente lavoro.

[112] Ad esempio il caso *Brown v. Board of Education* [347 U.S. 483 (1954)].

[113] Sul punto di rimanda al cap. III del presente lavoro, spec. parr. nn. 1 e 4.

[114] *Ex multis* cfr. G. Skinner, *Misunderstood, Misconstrued, and Now Clearly Dead: The "Political Question Doctrine" as a Justiciability Doctrine, Even in the Area of Foreign Affairs*, cit., p. 427 ss.; R.E. Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, cit., p. 237 ss.; L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 96 ss.; M.V. Tushnet, *Law and Prudence in the Law of Justiciability…*, cit., p. 47 ss.; W. McCormack, *The Political Question Doctrine. Jurisprudentially*, cit., p. 793 ss.; E. Chemerinsky, *Interpreting the Constitution*, Preager, New York, 1987, p. 95 ss.; M. H. Redish, *Judicial Review and the "Political Question"*, cit., p. 1031 ss.; M.E. Tigar, *Judicial Power, the Political Question Doctrine, and Foreign Relations*, cit., p. 1135 ss. Dopo la "riscrittura" della *political question doctrine* ad opera del caso *Baker* in ben poche occasioni la Corte Suprema di rifiutò di decidere ritenendo di trovarsi di fronte ad una *nonjusticiable political question.* Cfr. *Gilligan v. Morgan* [413 U.S.

3.2. *(*segue*): i successivi sviluppi*

La giurisprudenza federale successiva al caso *Baker* mostrò un atteggiamento delle corti tendenzialmente aderente alla "nuova" concezione di *political question doctrine* che portò una sensibile diminuzione dei casi di applicazione della stessa.

Sebbene il caso *Baker* avesse fornito un nuovo test per le *political questions*, dalle caratteristiche abbastanza flessibili, tuttavia, alla prova dei fatti, tale decisione segnò l'inizio della fine della "*prudential" political question doctrine*, quantomeno in molti settori tradizionalmente dominio della stessa[115]. Nei quasi quarant'anni successivi a *Baker* la maggioranza dei giudici della Corte Suprema riscontrò solo in due ipotesi la presenza di una *political question* e in entrambi vi era un significativo *textual commitment* che individuava nelle *political branches* la sede "naturale" per la decisione costituzionale[116].

Al contempo, però, sebbene la Corte abbia inviato chiari segnali sfavorevoli alla *prudential" political question doctrine*[117], non sono

---

1 (1973)] e *Nixon v. United States* [506 U.S. 224 (1993)] (su cui diffusamente al capitolo successivo).

[115] R.E. Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, cit., p. 237 ss.; M.E. Tigar, *Judicial Power, the Political Question Doctrine, and Foreign Relations*, cit., p. 1135 ss., nonché G. Skinner, *Misunderstood, Misconstrued, and Now Clearly Dead: The "Political Question Doctrine" as a Justiciability Doctrine, Even in the Area of Foreign Affairs*, cit., spec. p. 450 ss.; R.J. Pushaw Jr, *Judicial Review and the Political Question Doctrine: Reviving the Federalist "Rebuttable Presumption" Analysis*, cit., p. 1165 ss.; L. Fuentes-Rohwer, *Reconsidering the Law of Democracy: Of Political Questions, Prudence, and the Judicial Role*, cit., p. 1899 ss.

[116] Cfr. *Gilligan v. Morgan* [413 U.S. 1 (1973)] e *Nixon v. United States* [506 U.S. 224 (1993)].

[117] Dopo la decisione del caso Baker ci sono stati almeno venti casi in cui la Corte Suprema si è posta espressamente il problema della sussistenza della *political question doctrine* come ostativa ad una sua decisione nel merito: *Powell v. McCormack* [395 U.S. 486 (1969)]; *Gilligan v. Morgan* [413 U.S. 1 (1973)]; *United States v. Nixon* [418 U.S. 683 (1974)]; *Elrod v. Burns* [427 U.S. 347 (1976)]; *Del. Tribal Bus. Comm. v. Weeks* [430 U.S. 73 (1977)]; *Goldwater v. Carter* [444 U.S. 996 (1979)]; *INS v. Chadha* [462 U.S. 919 (1983)]; *Trans World Airlines, Inc. v. Franklin Mint Corp.* [466 U.S. 243 (1984)]; *Oneida County v. Oneida Indian Nation of New York State* [470 U.S. 226 (1985)]; *Japan Whaling Ass'n v. Am. Cetacean Soc.* [478 U.S. 221 (1986)]; *Davis v. Bandemer* [478 U.S. 109 (1986)]; *Quinn v. Millsap* [491 U.S. 95 (1989)]; *United States v. Munoz-Flores* [495 U.S.

mancate ipotesi di segno parzialmente contrario. Ad esempio, nel caso *O'Brien v. Brown*[118] la Corte non diede seguito ad una decisione di una corte distrettuale che aveva ritenuto di poter decidere quali membri di un gruppo di Illinois e California dovessero sedersi alla *Convention* democratica del 1972. Nonostante la Corte in questo caso non abbia preso espressa posizione in merito alla presenza di una *political question*, tuttavia dal testo dell'*opinion of the Court* si può agevolmente desumere come essa abbia suggerito che la materia avrebbe dovuto considerarsi tale, e fra le righe della motivazione si intuisce la presenza di *prudential concerns* a sostegno della scelta di astensione[119].

L'analisi della giurisprudenza successiva mostrò, tuttavia, che non la concezione prudenziale, ma quella classica della *political question doctrine*, prevalse in due importanti casi in cui la Corte Suprema fece applicazione della dottrina.

Il primo fu il caso *Gilligan v. Morgan* del 1973. I ricorrenti avevano sollecitato una pronuncia giudiziale in merito alla conformità alla *due process clause* di cui al XIV emendamento delle modalità di reclutamento e formazione della Guardia Nazionale[120]. Fu richiesto

385 (1990)]; *U.S. Dep't of Commerce v. Montana* [503 U.S. 442 (1992)]; *Franklin v. Massachusetts* [505 U.S. 788 (1992)]; *Nixon v. United States* [506 U.S. 224 (1993)]; *Vieth v. Jubelirer* [541 U.S. 267 (2004)]; *League of United Latin American Citizens v. Perry* [548 U.S. 399 (2006)]; *Boumediene v. Bush* [553 U.S. 723 (2008)]; *Zivotofsky v. Clinton* [566 U.S._(2012)] *slip opinion*; *Zivotofsky v. Kerry* [576 U.S._(2015)] *slip opinion.* Molti di più sono, tuttavia, i casi in cui tale riferimento si rinviene in termini impliciti. Per un'analitica ricostruzione giurisprudenziale si veda *infra*, cap. V del presente lavoro.

[118] [409 U.S. 1 (1972)].

[119] Sebbene la Corte fosse «*unwilling to undertake final resolution of the important constitutional questions presented without full briefing and argument», essa notò che il caso «involved claims of the power of federal judiciary to review actions heretofore thought to lie in the control of political parties*» [409 U.S. 1, 4-5 (1972)].

[120] I ricorrenti sostenevano che alcuni studenti, nel corso di scontri conseguenti ad una protesta, fossero morti a causa di lacune nelle modalità di formazione e allenamento della Guardia Nazionale. Nelle more del giudizio, comunque, la Guardia nazionale adottò nuove regole sull'"uso della forza" e modificò le modalità di formazione delle reclute. La Corte Suprema affermò che «*[n]o justiciable controversy is presented in this case, as the relief sought by respondents, requiring initial judicial review and continuing judicial surveillance over the training, weaponry, and standing orders of the National Guard, embraces critical areas of responsibil-*

alla Corte di riconoscere la propria competenza a definire il caso nel merito e di stabilire giudizialmente «*standards for the training, kind of weapons and scope and kind of orders to control the actions of the National Guard*»[121]. La Corte si rifiutò di sindacare la questione per diversi ordini di motivi, primo fra tutti il fatto che l'art. 1, paragrafo 8, della Costituzione federale riserverebbe al Congresso la competenza ad intervenire in tale materia; inoltre una eventuale decisione nel merito non si sarebbe potuta ancorare a riferimenti giuridici certi atteso che non solo i giudici non ravvisavano aree in cui fosse meno auspicabile (ed opportuno) l'intervento giudiziale, ma «*complex, subtle, and professional decisions as to the composition, training, equipping and control of a military force are essentially professional military judgement, subject always to civilian control of the Legislative and Executive branches*»[122].

Il secondo caso post-*Baker* in cui fu dichiarata presente una *political question* si ebbe solo nel 1993[123], mentre nei decenni precedenti furono varie le decisioni interpretate dagli studiosi come indice di un persistente declino della dottrina conseguente all'erodersi dei margini della sua applicabilità[124]. Ad esempio, si ricorda il caso *Japan Whaling Ass'n v. American Cetacean Society*, con cui la Corte Suprema ha escluso che ai giudici fosse impedito di sindacare le modalità di attuazione di una legge (integrativa di un accordo internazionale) ogniqualvolta essi si trovassero in concreto a dover definire «*a purely legal question of statutory interpretation*»[125].

---

ity vested by the Constitution, see Art. I, § 8, cl. 16, in the Legislative and Executive Branches of the Government» [413 U.S. 1, 5-12 (1973)].

[121] [413 U.S. 1, 5-6 (1973)].

[122] [413 U.S. 1, 10 (1973)].

[123] Si veda *infra*, la nota n. 128.

[124] Si ricordano, a tal proposito, i casi: *Elrod v. Burns* [427 U.S. 347 (1976)] in materia di *political patronage*; *INS v. Chadha* [462 U.S. 919 (1983)] in materia di *One-House veto*; *County of Oneida v. Oneida Indian Nation* [470 U.S. 226 (1985)] in materia di *Indian affairs*; *Davis v. Brandemer* [478 U.S. 109 (1986)] in materia di *political gerrymandering*. In tali ipotesi la Corte Suprema argomentò nel senso di escludere la presenza di una *political question.*

[125] [478 U.S. 221, 229-230 (1986)]. La questione, assai complessa, traeva origine dalla contestazione sulle modalità di esecuzione e attuazione di una legislazione statale a sua volta attuativa di un accordo internazionale del 1946 (*l'International Convention for the Regulation of Whaling (ICRW*).

Pochi anni dopo, nel 1986, di fronte ad una Corte Suprema che si era spinta a sindacare la decisione del direttore della CIA di licenziare un proprio dipendente, il giudice Scalia, con una *dissenting opinion*, diede atto della implicita decadenza della *political question doctrine* rilevando, con rammarico, come non residuassero ambiti di esercizio del potere (in quel caso esecutivo) sottratti al sindacato giurisdizionale[126].

Inoltre, nel caso *New York v. United States* il giudice O'Connor, redattrice dell'*opinion of the Court*, espressamente rilevò come anche in relazione alla *guarantee clause*, sia la giurisprudenza, sia gli studiosi di diritto costituzionale, opinassero nel senso di non ricondurre tutte le ipotesi di sua applicabilità a *nonjusticiable political questions*, imponendosi, così, un radicale ripensamento delle risultanze del caso *Luther*[127].

Solo nel 1993, la conservatrice Corte Rehnquist, nel decidere il caso *Nixon v. United States*, dichiarò di astenersi dal definire il caso trovandosi di fronte ad una *political question*[128]. La Corte Suprema – chiamata a decidere in merito al ricorso del giudice W.L. Nixon, già *Chief Judge* della *U.S. District Court* per il *Southern District* del Mississippi, sottoposto a procedura di *impeachment* e destituito – ritenne di non poter sindacare la questione, declinando la propria competenza in favore del Senato. Nel caso di specie il Senato aveva delegato l'esame della questione ad un apposito comitato i cui membri, dopo aver assunto le prove che ritenevano opportune, espresse-

---

[126] *Webster v. Doe* [486 U.S. 592, 621 (1988)].

[127] [505 U.S. 144, 184-186 (1992)]. Sulla possibilità che non tutte le questioni inerenti la *guarantee clause* fossero delle *political questions* si veda anche il più risalente caso *Reynolds* v. *Sims* [377 U.S. 533, 582 (1964)] «*[s]ome questions raised under the Guarantee Clause are nonjusticiable*». Anche la dottrina costituzionalistica opinava nel senso di ritenere ammissibile, se non addirittura auspicabile, l'intervento giudiziario, quantomeno in alcuni casi. Sul punto si veda L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 398; J.H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1981, pp. 118, 122-123; E. Chemerinsky, *Cases Under the Guarantee Clause Should be Justiciable*, 65 *U. Colo. L. Rev.* 849 (1994); D.J. Merritt, *The Guarantee Clause and State Autonomy: Federalism for a Third Century*, 88 *Colum. L. Rev.* 1, 1988; W.M Wiecek, *The Guarantee Clause of the U.S. Constitution*, Cornell University Press, U.S., 1972, pp. 287-289, 300.

[128] Ci si riferisce al caso *Nixon v. United States* [506 U.S. 224 (1993)] che sarà analizzato nel dettaglio al cap. successivo.

ro il proprio parere sulla cui base il Senato votò per la rimozione del giudice. Nixon presentò ricorso sostenendo che l'istituzione di un comitato di *impeachment* violasse l'art. I, sez. III della Costituzione federale ai sensi del quale spetterebbe all'intero Senato la conduzione della procedura di *impeachment*. La Corte Suprema, con una sentenza resa all'unanimità, decise di non sindacare il merito determinando quella che è stata definita la "riapparizione" della *political question doctrine* poiché l'*opinion of the Court*, pur non menzionandola espressamente, si basa su argomentazioni che riprendono e presuppongono il concetto classico della stessa[129].

La reazione degli studiosi, infatti, fu nel senso di leggere nella decisione una ridefinizione, in senso marcatamente espansivo, dei confini della dottrina[130] anche se non mancò chi, partendo da una posizione favorevole al riconoscimento della massima estensione dei poteri del giudice, riconobbe che i c.d. *impeachment cases* fossero comunque l'esempio tipico della sua applicazione[131].

Dopo tale decisione non fu chiaro se essa rappresentasse un *unicum*, un'eccezione, rispetto ad una tendenza ormai consolidata, oppure se si fosse di fronte ad una nuova fase di ri-espansione della *doctrine*. Come la storia della *political question doctrine* dimostra, però, la risposta a tale interrogativo non è univoca, dipendendo, in generale, dal modo in cui la Corte Suprema concepisce il proprio ruolo di interprete della Costituzione e, più in generale, il proprio ruolo nel sistema costituzionale statunitense.

All'indomani della definizione del caso *Nixon* l'interrogativo diffuso fra gli studiosi era se la Corte avrebbe continuato a muoversi verso l'egemonia costituzionale sulle altre *political branches* o se avrebbe dimostrato una nuova considerazione per le radici classiche della dottrina e si dovettero attendere gli *elections cases* del 2000 per avere una prima significativa risposta a tale quesito.

Si fa riferimento ai casi *Bush v. Palm Beach County Canvassing*

---

[129] R.E. Barkow, *The Rise and the Fall of the Political Question Doctrine*, cit., p. 38.

[130] Si veda, ad esempio J. Gerhardt, *Rediscovering Nonjusticiability: Judicial Review after Nixon*, 44 *Duke L.J.* 231, 1994.

[131] Si veda sul punto E. Chemerinsky, *Cases Under the Guarantee Clause should be Justiciable*, cit., p. 849 ss.

Board (c.d. *Bush I*) e *Bush v. Gore* (c.d. *Bush II*)[132]. Quest'ultimo, in particolare, ha dato origine ad un amplissimo dibattito in dottrina che ha riacceso il mai sopito dibattito sul ruolo del potere giudiziario e sulla c.d. *judicial supremacy*[133]. Entrambi i casi inerivano l'applicazione dell'art. II della Costituzione federale e la Corte Suprema affrontò le questioni senza nemmeno riferirsi esplicitamente alla *political question doctrine* (aspetto, questo, che è stato letto come un elemento indicativo suo del serio declino[134]) ma semplicemente facendone una peculiare applicazione. I giudici diedero per scontato di avere la «*responsibility to resolve the federal and constitutional issues the judicial system has been forced to comfort*»[135].

Inoltre, nell'ultimo decennio la Corte Suprema ha deciso casi dalle implicazioni complesse in alcuni settori controversi, quali quello della sicurezza pubblica e settori ad esso collegati[136], delle *foreign relations*[137], e finanche in settori quali l'ambiente[138] e la salute[139], che spingono ad interrogarsi sull'assetto che la *political question doctrine* è venuta ad assumere, alla luce, soprattutto, del ricorso a tecniche e strumenti di non decisione meno problematici[140].

A sommesso avviso di chi scrive, a mantenere vivo e attuale il dibattito inerente i confini della *political question doctrine* è il collegamento fra alcuni casi inerenti tali materie con la potenziale le-

---

[132] Rispettivamente: [531 U.S. 70 (2000)] e [531 U.S. 98 (2000)].

[133] R.E. Barkow, *The Rise and the Fall of the Political Question Doctrine*, cit., p. 40; Cfr. anche L. Fisher, Bu*sh. V. Gore: Too Political*, in N. Mourtada-Sabbah, B.E. Cain (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, cit., p. 199 ss.; M.V. Tushnet, *Law and Prudence in the Law of Justiciability…*, cit., p. 49 ss.; T.P. Crocker, *Bush v. Gore*, in *Encyclopedia of the Supreme Court*, I, Gale, 2008, p. 239 ss.; E. Chemerinsky, *Bush v. Gore was not Justiciable*, 76 *Notre Dame L. Rev.* 1093, 2001; J.M. Balking, *Bush v. Gore and the Boundary between Law and Politics*; 110 *Y.L.J.* 1407, 2001.

[134] Si veda anche, *supra*, nota 124.

[135] [531 U.S. 98-111 (2000)].

[136] Cfr. la casistica riportata al par. 3.2 del cap. successivo.

[137] Cfr. la casistica riportata al par. 3.1 del cap. successivo.

[138] *American Elec. Power Co. v. Connecticut* [564 U.S. 410 (2011)].

[139] Si fa riferimento ai ricorsi avverso la c.d. "riforma sanitaria Obama", che la Corte Suprema ha deciso di trattare nel merito e che sono stati decisi nel giugno 2012: *National Federation Of Independent Business, et al. v. Sebelius; Secretary of Health and Human Services, et al.* [567 U.S._(2012)], *slip opinion*, testo reperibile in www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/11-393c3a2.pdf.

[140] Cfr. cap. III del presente lavoro.

sione di diritti (anche fondamentali), e l'analisi che sarà condotta al capitolo successivo cercherà di dimostrare, e verificare, tale importante connessione.

4. *La* dottrina *al vaglio della dottrina: spunti di riflessione*

Nel corso dei paragrafi precedenti si sono analizzati i presupposti storici della *political question doctrine*, il contesto di emersione della stessa e i primi approcci della giurisprudenza. In questo paragrafo, invece, si vuole dare meglio conto di quelli che ne sono stati i fondamentali presupposti teorici e di come gli studiosi si siano confrontati su tale problematica[141], al fine di evidenziarne gli aspetti maggiormente complessi e gli stretti profili di interconnessione con l'esercizio del *judicial review* e, quindi, con il problema della definizione del ruolo del giudice (costituzionale) in un ordinamento democratico in cui vige il principio di separazione dei poteri.

Nonostante l'ambiguo e contraddittorio modularsi della dottrina in esame abbia fatto propendere parte degli studiosi di diritto costituzionale nel senso di ritenerla orami priva di sostanziale attualità[142], non solo l'evoluzione della giurisprudenza degli ultimi anni lascia aperti alcuni margini di dubbio[143], ma vi sono alcuni aspetti sostanziali che rendono comunque sempre vivo il dibattito.

Affrontare lo studio della *political question doctrine* impone, infatti, di considerare alcune problematiche che si sono mantenute vitali fin dalla redazione della Costituzione federale e dall'inizio dell'esercizio del *judicial review of legislation* da parte della Corte Suprema. Come già acutamente osservato da Tocqueville nella sua opera *La democrazia*

[141] Tuttavia è doveroso segnalare fin da ora che la letteratura sul punto è sterminata e prende in considerazione, sia i fondamenti teorici della *political question doctrine*, sia tutte le possibili implicazioni pratiche derivanti dall'applicazione (o dalla mancata applicazione della stessa) sia nella giurisprudenza della Corte Suprema, sia nella giurisprudenza delle Corti federali inferiori. Ciò che si cercherà di operare è una sorta di sistematizzazione che faccia emergere i nodi maggiormente problematici.

[142] Cfr. dottrina richiamata al paragrafo precedente, spec. note nn. 114, 115, 127, 133, ma anche par. 4.4.

[143] Si vedano i casi analizzati al cap. successivo.

in America, «raramente negli Stati Uniti emerge una *political question* che presto o tardi non si trasformi in una *judicial question*»[144], cosicché, ancor oggi, allorché si disquisirà in merito all'individuazione del *proper role* del giudice costituzionale nel sistema costituzionale americano, il tema della definizione dei confini della *political question doctrine* continuerà ad essere oggetto di studio e scontro[145].

4.1. *La* classical political question doctrine

Si è anticipato nelle pagine che precedono che, a partire dal caso *Marbury v. Madison*, si è affermata una concezione *classica* della *political question doctrine*, concepita quale mera declinazione del principio di separazione dei poteri[146] ed espressione dell'attività di interpretazione costituzionale. Tale posizione fu articolata, in dottrina, da M.F. Weston il quale descrisse le *political questions* come «*one which is by the law for the determination of the executive or legislative departments, or possibly of the people themselves*». In questo contesto «*[t]he line between judicial and political question […] is the line drown by the constitutional law delegation, and none other*»[147].

---

[144] A. DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, Phillips Bradley, ed., Vintage Books, New York, 1990, I 1, p. 280 (traduzione nostra). Si ricorda che l'Autore, nel definire la posizione della Corte Suprema rispetto agli altri poteri dello Stato ha rilevato l'intrinseca e ineliminabile politicità di quasi tutte le sue attribuzioni, sebbene il suo ordinamento sia interamente giudiziario (p. 180). E tale politicità deriverebbe proprio dal potere di esercizio della *judicial review of legislation* (pp. 122-126).

[145] La dottrina che si è occupata di analizzare quale debba essere il ruolo del giudice costituzionale in un ordinamento democratico retto dal principio di separazione dei poteri è, invero, sterminata e si rimanda alle considerazioni svolte ai capp. II e III del presente lavoro per una panoramica delle principali problematiche e della posizione che la principale dottrina ha assunto in relazione ad esse.

[146] Si è ricordato nelle pagine che precedono come già il giudice Marshall, nel caso *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 cranch) 137 (1803)], avesse elaborato la concezione classica della dottrina in parola rilevando che «*questions, in their nature political, or which are by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court*» e facendone una questione di mera interpretazione costituzionale. Cfr. *supra*, par. 2. Si ricorda, peraltro, che questo caso rappresentava una *political question* e che la decisione della Corte fu intrinsecamente connotata da rilevanti profili di politicità.

[147] M.F. WESTON, *Political Questions*, cit., p. 131. In senso conforme H. WECHSLER, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, cit., spec. pp. 7-8 ss. In senso parzialmente difforme O.P. FIELD, *The Doctrine of Political Questions in*

La teoria classica della *political question doctrine* fu poi riconcettualizzata in termini più moderni a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso anche al fine di fornirne una lettura in linea con l'evoluzione teorica iniziata a partire dal *New Deal* e dall'affermarsi dell'approccio realista al *judicial review*[148]. In particolare H. Wechsler, in reazione alla posizione espressa dal contemporaneo *justice* Hand[149], negò l'esistenza di un margine di reale discrezionalità nella scelta di decidere un caso ritenendo che il parametro discretivo fra *political questions* e *justiciable constitutional issues* fosse di natura strettamente legale[150]. Egli, infatti, argomentò a partire dalle parole di Marshall nel caso *Marbury* – secondo cui «*the duty of judicial department to say what the law is*»[151] – per sostenere che, sia l'esercizio del *judicial review of legislation*, sia l'astensione dall'ingerenza in *political que-*

the Federal Courts, 8 *Minn. L. Rev.* 485, 1924. Quest'ultimo autore, definito in epoche più recenti come esponente della *"cognitive" theory of political question* [da F. Scharpf, *Judicial Review and the Political Question…*, cit., p. 555], sostenne che «*the true basis of a political question is the lack of legal principles for the courts to apply in their consideration of cases involving certain types of subject matter*», p. 513.

[148] Cfr. cap. II del presente lavoro.

[149] Il giudice L. Hand sosteneva che le corti dovessero esercitare solo in rare occasioni il *judicial review*, concepito come strumento dalla natura intrinsecamente discrezionale e, perciò, in certa misura, pericoloso poiché la Corte Suprema avrebbe potuto esercitare la massima discrezionalità nella valutazione della sussistenza di *political questions* ed, eventualmente, dei presupposti per definire una controversia nel merito o di esercitare il *restraint* a seconda di «*how importunately the occasion demands an answer*». Secondo questo autore, quindi, la *political question doctrine*, definita «*a stench in the nostrils of strict constructionists*», sarebbe espressione delle riserve di competenza costituzionalmente poste, ai sensi delle quali i giudici non sono tenuti a decidere ogni caso, ancorché «*properly presented*» L. Hand, *The Bill of Rights*, cit., p. 15.

[150] Secondo Weschler (*Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, cit., p. 3) il potere di *judicial review* «*is grounded in the language of the Constitution and is not a mere interpolation*» come, al contrario, suggerito da Hand. Sugli stessi temi si vedano anche E.S. Corwin, *L'idea di "legge superiore" e il diritto costituzionale americano*, Neri Pozza, Vicenza, 1961; W.W. Crosskey, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, University of Chicago Press, Chicago, 1953. Per una rilettura e una riaffermazione della *classical theory* della *political question doctrine* si è espressa la dottrina anche di recente. Sul punto, ad esempio, R.J., Pushaw Jr, *Judicial Review and the Political Question Doctrine: Reviving the Federalist "Rebuttable Presumption" Analysis*, cit., p. 1165 ss.

[151] *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 cranch) 137, 177-178 (1803)].

stions, sono aspetti complementari cui la Corte «*cannot escape*»[152]. Secondo Wechsler la *political question doctrine*, quindi, non sarebbe altro che espressione dell'attività di interpretazione costituzionale: conseguentemente, laddove il testo «*has committed to another agency of government the autonomous determination of the issue raised*»[153], allora la Corte deve astenersi dall'intervenire.

La concezione classica della *political question doctrine* è stata variamente criticata in dottrina per la «*considerable obscurity about the nature of the constitutional analysis*» che dovrebbe portare la Corte a stabilire che vi sono sfere di competenza rigidamente riservate ai poteri legislativo ed esecutivo[154]. Infatti, così come declinata dal giudice Marshall, essa non sarebbe «*what it pretends to be*» ma «*ultimately a decision on the merit*»[155] e, comunque, non giustificherebbe con argomentazioni solide l'esclusione del potere di esercitare il *judicial review*[156].

Tuttavia, nonostante la presenza di posizioni che considerano la

---

[152] H. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, cit., spec. p. 10. *Contra* la visione di Wechsler che propugna una *constitutional neutrality* si vedano A.S. Miller, R.F. Howell, *The Myth of Neutrality in Constitutional Adjudication*, 27 *U. Chi. L. Rev.* 661, 1960; J.G. Deutsch, *Neutrality, Legitimacy, and the Supreme Court: Some Intersections Between Law and Political Science*, 20 *Stan. L. Rev.* 169, 1968; A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., spec. p. 49 ss.; J.O. Newman, *Between Legal Realism and Neutral Principles: The Legitimacy of Institutional Values*, 72 *Cal. L. Rev.* 200, 1984.

[153] H. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, cit., spec. pp. 7-8.

[154] Così F. Scharpf, *Judicial Review and the Political Question…*, cit., p. 540. Parimenti critica è R. Brooke Jackson, *The Political Question Doctrine: Where Does It Stand after Powell v. McCormack, O'Brien v. Brown and Gilligan v. Morgan?*, 44 *U. Colo. L. Rev.* 477, 1973, la quale ha sostenuto che la *classical political question doctrine* sarebbe «*for all intents and purposes […] dead*», p. 481.

[155] L. Fuentes-Rohwer, *Reconsidering the Law of Democracy: Of Political Questions, Prudence, and the Judicial Role*, cit., p. 1906. Ma si veda anche L.M. Seidman, *The Secret Life of the Political Question Doctrine*, 37 *John Marshall L. Rev.* 441, 2004, p. 477. Per una ricostruzione della posizione di questo autore cfr. *infra*, la nota n. 231.

[156] In particolare, M.H. Redish (*Judicial Review and the "Political Question"*, cit., p. 1042) criticando la posizione espressa da Weschler ha affermato che «*the mere fact that a constitutional provision expressly refers to the exercise of power by the political branches but not to the review role of the judicial branch cannot justify an abdication of the review function, since judicial review is nowhere mentioned in the Constitution*».

classical view della *political question doctrine* come obsoleta o, comunque, «*no longer useful in a doctrinal sense*»[157], non è mancato chi, in tempi relativamente recenti ha mostrato una diverso approccio. Nonostante la giurisprudenza della Corte Suprema abbia spesso aderito a posizioni riconducibili alla *prudential* o alla *functional view*, infatti, la concezione classica della *doctrine* è stata ritenuta «*critically important in the constitutional order*»[158] e si è sostenuta l'opportunità di un recupero della stessa al fine di evitare, o quanto meno limitare, le tensioni tra la teoria della *judicial supremacy* di cui la Corte Suprema pare spesso farsi portatrice e la *political question doctrine* così come "strumentalmente" e variamente concepita dagli studiosi, a seconda della concezione del ruolo del giudice di cui ciascuno si fa promotore[159].

4.2. *Il* prudential approach *alla* political question doctrine

La posizione dei sostenitori della *classical view* della *political question doctrine*, ancorché logicamente argomentata, fu oggetto di superamento a partire dalla decisione del caso *Baker v. Carr*, che diede origine ad un acceso dibattito dottrinale in cui vennero posti in questione il fondamento e gli scopi della *doctrine* in esame. Anche alla luce degli approdi giurisprudenziali, si venne ad affermare il c.d. *prudential approach*, che porta ad una lettura della *political question doctrine* distante dagli schemi logici formulati da

---

[157] L. Fuentes-Rohwer, *Reconsidering the Law of Democracy: Of Political Questions, Prudence, and the Judicial Role*, cit., p. 1912.

[158] R.E. Barkow, *The Rise and Fall of the Political Question Doctrine*, cit., p. 44.

[159] R.J. Pushaw Jr, *Judicial Review and the Political Question Doctrine: Reviving the Federalist "Rebuttable Presumption" Analysis*, cit., p. 1165 ss. Su posizioni critiche, però, L. Fuentes-Rohwer, *Reconsidering the Law of Democracy: Of Political Questions, Prudence, and the Judicial Role*, cit., p. 1909 ss. Su questi profili, cfr. in particolare R.E. Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, cit., p. 237 ss.; Id., *The Rise and Fall of the Political Question Doctrine*, cit., p. 23 ss.; E. Gant, *Judicial Supremacy and Nonjudicial Interpretation of the Constitution*, 24 *Hastings Const. L.Q.* 359, 1997, spec. p. 371; J.H. Choper, *The Political Question Doctrine: Suggested Criteria*, cit., p. 1457 ss.; ma cfr. anche M.H. Redish, *Judicial Review and the "Political Question"*, cit., spec. p. 1061 ss.

Marshall nel caso *Marbury* e fatti propri dalla teoria classica sopra descritta.

Il maggiore sostenitore dell'approccio prudenziale alla *political question doctrine* è certamente A.M. Bickel[160], il quale ha espresso una posizione di scetticismo nei confronti della nuova stagione inaugurata con *Baker*, ponendosi in sintonia con le posizioni fortemente restrittive già espresse dal giudice Frankfurter nel precedente caso *Colegrove v. Green*[161].

In Bickel l'atteggiamento tendenzialmente sfavorevole nei confronti di una concezione "ristretta" della *political questions* è da imputarsi al suo approccio al *judicial review* e al ruolo che una corte affetta da *countermajoritarian difficulty* dovrebbe esercitare. Egli individua la *ratio* profonda della *political question doctrine* nel «senso di mancanza di capacità della Corte» che discende: (a) dalla particolarità della materia e dall'impossibilità di trattarla secondo i canoni della *principled resolution*; (b) dalla sua importanza assoluta che tende a sbilanciare la valutazione giudiziaria; (c) dalla preoccupazione, non tanto che il giudizio sarà ignorato, quanto che dovrebbe esserlo ma non lo sarà; (d) infine (in una democrazia matura) dalla vulnerabilità interna, dall'incertezza di una istituzione che è politicamente irresponsabile e non ha terra dove affondare le radici»[162]. Secondo tale impostazione anche i canoni indicati in *Baker* sono insufficienti a definire compiutamente il concetto di *political question* (e la giurisprudenza successiva ad esso lo avrebbe confermato), non indicando la Costituzione il potere titolare della competenza a decidere in materia di *political questions*, né definendo la stessa il potere di *judicial review* e i suoi confini: mancherebbero appigli formali e testuali che ne definiscano in maniera precisa i limiti nei confronti delle competenze di altri poteri. Ne discenderebbe l'inapplicabilità dei canoni di *Baker* secondo criteri generali ed uniformi, secondo schemi quasi meccanici, essendo sempre necessaria la contestualizzazione e l'interpreta-

[160] A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., nonché Id., *The Supreme Court, 1960 Term. Foreword the Passive Virtues*, cit., p. 40 ss. Va precisato che parte della dottrina sostiene che l'approccio di Bickel sia da definirsi di tipo funzionale: F. Scharpf, *Judicial Review and the Political Question…*, cit., p. 534.

[161] *Colegrove v. Green* [328 U.S. 549 (1946)].

[162] A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., p. 184 (traduzione nostra).

zione degli stessi alla luce dell'ambito in cui sono invocati e del caso concreto. In questo senso, coloro i quali ritengono non necessaria la presenza della *dottrina* nel sistema costituzionale statunitense valorizzano al massimo la profonda concretezza della giurisprudenza, considerata l'unico mezzo per supplire alla mancanza di criteri generalissimi e universalmente ed uniformemente applicabili[163].

Va precisato che Bickel, pur nel suo scetticismo nei confronti dell'interventismo mostrato dalla Corte Suprema in *Baker*, considera la tematica delle *political questions* assolutamente significativa nella definizione della struttura del sistema di giustizia costituzionale del Paese.

Diversamente, altri studiosi liquidano questa problematica qualificando le *political questions* quale concetto all'interno del quale confluirebbero varie e diverse *doctrines of justiciability*: si tratterebbe, così, di un mero artificio retorico, un *escamotage* cui le corti ricorrerebbero in maniera strumentale e meramente funzionale alla non decisione di casi sgraditi[164].

La stretta connessione fra le concezioni del ruolo che le corti, e in particolare la Corte Suprema, devono svolgere all'interno dell'ordinamento fa sì che i sostenitori della necessità di un *self-restraint* propugnino una concezione ampia di *political question* che varrebbe ad escludere l'ingerenza del potere giudiziario in moltissime questioni costituzionalmente rilevanti; al contrario, coloro che si fanno portatori di istanze favorevoli al riconoscimento di un ruolo maggiormente attivo delle corti sono contrari all'espansione del concetto e hanno accolto con favore molte delle decisioni attraverso cui la Corte Suprema ha progressivamente eliminato l'applicazione della *doctrine* in esame.

---

[163] Così E. Chemerinsky, *Who Should be the Autoritative Interpreter of the Constitution? Why there Should not be a Political Question Doctrine*, in N. Mourtada-Sabbah, B.E. Cain (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, cit., p. 180 ss.; cfr. anche L. Henkin, *Is There a "Political Question" Doctrine?*, cit., p. 597 ss.

[164] Ad esempio L. Henkin, *Is There a "Political Question" Doctrine?*, cit., p. 597 ss., nonché si veda L. Sandstrom Simadr, *Standing Alone: Do we Steel Need a Political Question Doctrine?*, 100 *Dickinson L. Rev.* 303, 1996; M.V. Tushnet, *Law and Prudence in the Law of Justiciability…*, cit., p. 47 ss. Cfr. però, la peculiare posizione espressa da W. McCormack, *The Justiciability Myth and the Concept of Law*, 14 *Hastings Const. L.Q.* 595, 1987, spec. p. 597 ss. e 614 ss.

Di tutta evidenza è, quindi, lo stretto collegamento fra il problema della legittimazione del *judicial review of legislation* e le teorie a sostegno della fondatezza della *political question doctrine*. In un contesto complesso come quello odierno, quando è sollecitata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una legge, la Corte Suprema, ma in generale, ogni giudice costituzionale, potrebbe uscire dal tradizionale schema binario rappresentato dall'accoglimento o dal rigetto della questione, decidendo di non esprimersi e anche questa sarebbe una risposta[165].

La lettura bickeliana sul ruolo della Corte Suprema e sui soggetti preposti ad esercitare il sindacato di costituzionalità, se ha avuto successo fra molti studiosi, tuttavia è stata sconfessata dall'azione concreta della stessa Corte, quantomeno in molti settori *border line* quanto a "politicità" intrinseca[166]. Si ricorda che Bickel concepiva il *judicial review* facendone derivare la legittimazione dal valore sociale che si riscontra nella capacità istituzionale della Corte Suprema di individuare e collocare gerarchicamente i principi fondamentali[167]. Egli, inoltre, riteneva che fosse un mero artificio retorico affermare che il margine di discrezionalità da riconoscersi alla Corte Suprema nella scelta di un caso potesse essere spiegato unicamente come esercizio dell'attività di interpretazione costituzionale[168]. Per

---

[165] Nella dottrina italiana, in tal senso N. Olivetti Rason, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Cedam, Padova, 1984, p. 122.

[166] Cfr. cap. successivo.

[167] A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., pp. 23-28.

[168] A.M. Bickel, *The Supreme Court, 1960 Term. Foreword the Passive Virtues*, cit., p. 46: «*there is something different about it, in kind, not in degree, from the general "interpretive process"; something greatly more flexible, something which cannot exist within the four corners of Marbury v. Madison*». Bickel non nega che la *political question doctrine* possa talvolta essere adeguatamente spiegata come un atto di interpretazione costituzionale. Egli però critica e si discosta dalla insistenza di Weschler nel ritenere che l'interpretazione costituzionale sia «*all the doctrine can defensibly imply*». La sua posizione, con riferimento a tale profilo, pare qui non discostarsi da quella già espressa da M. Finkelstein (*Judicial Self-Limitation*, cit., p. 338 ss.) secondo cui «*it applies to all those matters of which the Court, at a given time, will be of the opinion that is impolitic or inexpedient to take jurisdiction. Sometimes this idea of inexpediency will result from the fear of the vastness of the consequences that a decision on the merits might entail. Sometimes it will result from the feeling that the Court is incompetent to deal with the particular type of question involved. Sometimes it will be induced by the feeling that the matter is "too high" for the Courts*», pp. 344-345. Pare evidente, qui, come

Bickel il *judicial review* trova la propria giustificazione nel fatto che la Corte Suprema è il soggetto in grado di estrapolare principi dagli «*enduring values of the society*»[169] e tale concezione era costruita in modo da essere funzionale alla valorizzazione delle c.d. *passive virtues*, vale a dire dell'insieme di quelle tecniche che consentirebbero alla Corte Suprema di evitare di esercitare il sindacato di costituzionalità ogniqualvolta sia opportuno[170]. Pertanto, basandosi sul concetto di virtù passive le corti sarebbero legittimate ad adottare un approccio prudenziale sia quando ritengano di poter applicare strumenti processuali idonei a rinviare o evitare la decisione, sia quando valutino di dover qualificare come *political question* specifiche problematiche che precise disposizioni costituzionali sottrarrebbe-

---

siffatte posizioni non utilizzino il linguaggio della *legal doctrine*, né dell'interpretazione costituzionale basata su canoni normativi certi, quanto, piuttosto, mostrino la consapevolezza della Corte Suprema di muoversi in un terreno eminentemente politico. Per maggiori approfondimenti sul punto L. Fuentes-Rohwer, *Reconsidering the Law of Democracy: Of Political Questions, Prudence, and the Judicial Role*, cit., spec. p. 1911 ss.

[169] A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., p. 26. Critico, però, G. Gunther (*The Subtle Vices of the "Passive Virtues": A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review*, 64 *Colum. L. Rev.* 1, 1964, spec. p. 3 ss.) secondo cui il potere discrezionale della Corte Suprema in ordine alla scelta dei casi da decidere non dovrebbe basarsi o comunque considerare le tendenze dell'opinione pubblica, quanto piuttosto trovare fondamento unicamente su un piano normativo. L'autore sostiene che la posizione bickeliana mini, di fatto, la valenza del *prudential approach*.

[170] Cfr. A.M. Bickel, *The Supreme Court, 1960 Term. Foreword the Passive Virtues*, cit., p. 40 ss. Bickel vede nella Corte Suprema affetta da *countermajoritarian difficulty* l'organo costituzionale investito di una funzione oracolare destinato ad indicare al popolo e agli organi rappresentativi il senso dei principi fondamentali. In tale prospettiva diviene necessario esaltare il valore del silenzio. Se ogni affermazione è l'indicazione di un valore da perseguire o di un disvalore, ciascuna pronuncia di merito ha un peso nell'ordinamento. Seguendo tali premesse il rigetto delle questioni non ha un significato dissimile dal loro accoglimento perché legittima una interpretazione costituzionale che ha trovato espressione in un provvedimento legislativo. L'unico modo per evitare di fornire avallo a una scelta del legislatore è non pronunciarsi. La scelta di tacere può anche conseguire ad una difficoltà opposta: una corte che intenda contrastare, mediante una decisione di incostituzionalità, una scelta del legislatore ampiamente supportata dall'opinione pubblica, si espone alla mancata esecuzione della pronuncia e alla perdita di autorità che ne risulterebbe. Il giudice deve dunque fare un uso sapiente del proprio potere di incidere sull'ordinamento, preferendo, finché è possibile, l'esercizio di *passive virtues* da intendersi soprattutto come impiego del silenzio al fine di consentire la maturazione delle condizioni politiche e sociali adatte a rimuovere la norma incostituzionale.

ro dalla sfera di competenza e conoscibilità del potere giudiziario per riservarle esplicitamente ad altri poteri. In concreto, comunque, il qualificare come *political* una questione potrebbe derivare anche dal ricorso a criteri interpretativi che, di volta in volta, i giudici valutano discrezionalmente opportuno (o prudente) adottare al fine di astenersi dal definire la questione sottoposta al loro esame. Tale approccio, ancorché estremamente suggestivo, presenta un profilo di debolezza che si rinviene nella concreta impossibilità di delimitare gli ambiti delle *political questions* secondo criteri univoci e l'esercizio delle prerogative dei giudici federali risulta connotato da un rilevante margine di discrezionalità, anche allorquando si faccia ricorso al *restraint*. Per Bickel la Corte Suprema dovrebbe esercitare *passive virtues* ogniqualvolta sia necessario evitare il *judicial review* poiché una «*principled decision*» non è possibile. In tale contesto, quindi, le *political questions* sono concepite come una delle espressioni dell'*avoidance*, il culmine di qualsiasi progressione di giudizio per evitare la decisione di un caso nel merito[171]. Peraltro, fra le varie tecniche di *avoidance* la *political question doctrine* occuperebbe un posto di assoluto rilievo perché «*resist being domesticated*» secondo i criteri già suggeriti da Weschler[172].

Tale posizione, nonostante abbia avuto un larghissimo seguito in dottrina, non è andata esente da critiche, in primo luogo perché non consentirebbe di distinguere le *political questions* dalle altre questioni costituzionali[173]. Inoltre, anche in presenza di *cases and controversies* rilevanti ai sensi dell'art. 3 Cost., Bickel auspicherebbe una Corte Suprema che si ponga in un atteggiamento deferente e prudenziale rispetto alle scelte degli altri poteri dello Stato e, quindi,

---

[171] A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., p. 183: «*the culmination of any progression of devices for withholding the ultimate constitutional judgment of the supreme court – and in a sense their sum – is the doctrine of the political question*».

[172] *Ibidem*, pp. 125-126: «*[the political question doctrine is] something greatly more flexible, something of prudence, not construction and not principle*». Critici su questo punto, però, L.M. Seidman, *The Secret Life of the Political Question Doctrine*, cit., spec. p. 442 ss.; M.V. Tushnet, *Law and Prudence in the Law of Justiciability…*, cit., p. 1024 ss.

[173] E di ciò era, in certa misura, consapevole lo stesso A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., p. 184.

scegliesse di non decidere proprio in applicazione delle sue *passive virtues* e dell'applicazione della tecnica dell'*avoidance*, nonché di un uso accorto delle altre *doctrines of justiciability*[174]. Tuttavia, quando la Corte non decide questioni costituzionalmente rilevanti per ragioni di "opportunità", anche politica, giustificando la propria scelta in punto di carenza di *mootness*, *standing* o *ripeness*, si possono porre rilevanti problemi di denegata giustizia[175]. Stabilire che una questione non è "matura" poiché la lesione dei diritti e degli interessi che vengono in rilievo non appare nella sua "concretezza", ovvero disporre la carenza di interesse o legittimazione ad agire, è decisione che non può mai prescindere da una intrinseca (e ineliminabile) componente di discrezionalità (politica). Vero è che su questa libertà di scelta Bickel ha costruito la sua teoria della *judicial review* e delle *passive virtues*, e che la concezione della *political question doctrine*, quale espressione dell'*avoidance*, ha trovato largo consenso fra gli studiosi. Tuttavia è proprio questo l'aspetto oggetto di più ampie critiche[176]. Inoltre, anche il fatto che fosse diffusa l'idea che

---

[174] G. Gunther, *The Subtle Vices of the "Passive Virtues": A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review*, cit., p. 1 ss. Significative sono anche le considerazioni di F. Scharpf, *Judicial Review and the Political Question…*, cit., spec. p. 521 ss. Ma si ricorda anche la posizione già di H. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, cit., spec. p. 7 ss. il quale ha rilevato come la premessa che le corti debbano interpretare ed applicare tutte le leggi nel caso in cui esse costituiscono requisito essenziale del giudizio sia un aspetto logicamente distinto dall'assunto secondo cui le corti debbano decidere nel merito tutti i casi sottoposti al loro esame. Inoltre, l'Autore, in relazione al rapporto fra *political question doctrine* e *judicial review* ha rilevato come «*all the doctrine can defensibly imply is that the courts are called upon to judge whether the constitution has committed to another agency of government the autonomous determination of the issue raised, a finding that itself requires an interpretation, but which is toto caleo different form a broad discretion to abstain or intervene*».

[175] Sul punto, cfr. cap. III del presente lavoro.

[176] Cfr. M.H. Redish, *The Federal Courts in the Political Order: Judicial Jurisdiction and American Political Theory*, Carolina Academic Press, Durham, 1991, spec. pp. 111-136; nonché Id., *Judicial Review and the "Political Question"*, cit., spec. p. 1045 ss. e L. Henkin, *Is there a "Political Question" Doctrine?*, cit., p. 597 ss. Su questi autori cfr., *infra*, par. 4.4. Redish, in particolare, sosteneva che il *judicial review* fosse un potere inscindibilmente connesso alla democraticità dell'ordinamento costituzionale cosicché non sarebbe stato possibile ritenere che un giudice potesse sottrarsi dall'obbligo di decidere in presenza di un atto che si sospettasse costituzionalmente illegittimo (in posizioni non dissimili: A. Barak, *The Judge in a Democracy*, cit., spec. p. 176 ss.). Secondo Redish, inoltre, l'elaborazione di Bi-

vi potessero essere questioni costituzionali a priori *non justiciable*, in ragione della presenza di un riferimento testuale quale mezzo idoneo a giustificare l'astensione giudiziale[177], se, da un lato, ha rappresentato uno degli aspetti fondamentali per la definizione della concezione "classica" della *political question doctrine*, dall'altro, ha originato rilevanti problemi anche in punto di definizione delle corrette tecniche di interpretazione del testo costituzionale[178].

4.3. *La* functional political question doctrine

Quasi parallelamente all'elaborazione dottrinale di Bickel si affermò una diversa concezione della *political question doctrine*, che non derivava i propri contorni dalle teorie sul potere di *judicial review* quanto, piuttosto, da valutazioni inerenti l'effettiva capacità dei giudici di decidere concretamente le questioni sottoposte al loro esame[179]. Conseguentemente, sarebbero attratte nell'alveo delle *political questions* tutte quelle questioni in cui i giudici difettino delle informazioni necessarie per addivenire ad una decisione nel merito[180], o quelle questioni la cui definizione nel merito potrebbe avere quale conseguenza il minare o l'ostacolare l'azione delle *political branches*. In relazione a tale ultimo profilo, i giudici dovrebbero esercitare un *self-restraint* allorché si imponga un'esigenza di

---

ckel non porrebbe le basi giuridiche per distinguere la *political question doctrine* dalle altre *constitutional issues* (*The Federal Courts in the Political Order…*, cit., p. 1053 ss.).

[177] Cfr. *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 Cranch) 137, 166 (1803)]; H. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, cit., p. 1 ss.

[178] Sono molteplici le dottrine sull'interpretazione costituzionale e la letteratura statunitense è sterminata. A titolo esemplificativo e ricognitivo si richiamano W.F. Murphy, J.E. Fleming, S.A. Barber, *American Constitutional Interpretation*, Foundation Press, New York, 2008; L.H. Bloom Jr, *Methods of Interpretation*, Oxford University Press, New York, 2009, nonché A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch…*, cit., p. 1 ss.; E. Chemerinsky, *Interpreting the Constitution*, Preager, New York, 1987; R.H. Fallon Jr, *A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, 100 *Harv. L. Rev.* 1081, 1987; J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, cit., p. 1 ss.

[179] Su cui anche *supra*, spec. note nn. 37 e 38.

[180] Esempio paradigmatico sono le questioni inerenti scelte di politica estera. F. Scharpf, *Judicial Review and the Political Question…*, cit., spec. p. 567.

coerenza con le decisioni assunte dagli organi rappresentativi, nel rispetto delle loro attribuzioni costituzionali[181], salvo che non vengano in rilievo diritti fondamentali[182] la cui tutela, secondo la consolidata teoria dei *preferred rights*[183], impone uno *strict scrutiny* da parte del giudice.

Il primo sostenitore di tale impostazione, ancorché influenzato da alcune costruzioni teoriche degli anni Cinquanta[184], fu Scharpf, nel 1966[185]. Questo autore, a differenza di Bickel, non riconduceva la *political question doctrine* ad una delle tecniche di *avoidance* e la differenziava dai presupposti processuali, quali lo *standing* e la *ripeness*, che comunque possono consentire alla Corte Suprema di evitare di definire un caso nel merito[186]. Scharpf declinava la *political question doctrine* come «*the Court's acknowledgment of the limitation of the American judicial process*»[187] e indicava alcuni *functional factors* la presenza dei quali avrebbe dovuto far propendere la Corte Suprema per la non decisione di una questione la cui natura esorbiterebbe «*the limits of its own responsibility*»[188]. Per Scharpf la *political question doctrine* avrebbe fornito, pertanto, «*a touchstone for the validity of competing theories of judicial review*»[189], e non sarebbe spiegabile né in termini di interpretazione delle riserve di competenza costituzionale, né in termini di esigenza di esercitare *passive virtues* per evitare *unprincipled decisions*, ma dovrebbe essere considerata l'espressione della consapevolezza della Corte circa i propri limiti.

Siffatta posizione, nonostante abbia ottenuto un certo segui-

---

[181] *Ibidem*, p. 573.

[182] *Ibidem*, spec. pp. 583-585.

[183] Su cui si veda cap. III, nota n. 114, del presente lavoro.

[184] J.P. Frank, *Political Questions*, cit., p. 36 ss.

[185] F. Scharpf, *Judicial Review and the Political Question…*, cit., p. 517 ss.

[186] La *political question doctrine* si differenzierebbe altresì dalle altre regole di *self-festraint* elaborate negli anni dalla Corte Suprema, come ad esempio quelle elaborate dal giudice Brandeis nella celebre *concurring opinion* al caso *Ashwander v. Tennessee Valley Authority* [297 U.S. 288 (1936)] su cui *supra*, al cap. III, nota n. 51.

[187] F. Scharpf, *Judicial Review and the Political Question…*, cit., p. 535.

[188] *Ibidem*, p. 567.

[189] *Ibidem*, p. 517.

to, sia in dottrina[190], sia in giurisprudenza, incorre in alcune difficoltà che hanno caratterizzato la *classical* e la *prudential view*. In particolare, se la *prudential view* si caratterizza per l'eccessiva vaghezza e, quindi, per la difficoltà di definirne i confini secondo canoni legali certi[191], al contrario, la *functional view*, parte dalla prospettiva opposta. La Corte Suprema si deve astenere dal decidere *political questions* per la sua inadeguatezza intrinseca a farlo: le *political questions* rappresenterebbero un ostacolo insormontabile per la Corte, ostacolo che non può essere modificato. La *doctrine* non sarebbe, quindi, uno strumento che la Corte Suprema potrebbe manipolare a sua discrezione in ragione degli obiettivi che essa intende perseguire, ma una limitazione che esprime l'incapacità "tecnica" a procedere con la *constitutional adjudication*[192]. Tuttavia, anche l'individuazione degli elementi funzionali enumerati da Scharpf, alla prova dei fatti, non si è dimostrata agevole e non ha consentito l'eliminazione dei numerosi elementi di ambiguità che caratterizzano l'uso della *doctrine* in esame da parte della Corte Suprema.

---

[190] Richiama la concezione funzionale B. Neuborne, *In Praise of Seven-grade Civis: A Plea for Striate Adherence to the Separation of Power*, cit., p. 385 ss. Tale Autore concepisce la *political question doctrine* secondo due possibili approcci, uno formale ed uno di tipo funzionale. Il primo approccio, che parte da una concezione del principio di separazione dei poteri tendenzialmente "negativo", tende a riunire la concezione classica e *prudential* della *dottrina* in esame, impone l'astensione del giudice ogniqualvolta vi sia la (necessaria) presenza di un *constitutional* o *textual commitment* della questione a favore di uno degli altri poteri dello Stato. Il secondo approccio, invece, tende a coincidere con la *functional view* e presupporrebbe una concezione del principio di separazione dei poteri anch'essa definita *functional*. Si rifà alla *functional view*, proponendone una rielaborazione, anche J.H. Choper, *The Political Question Doctrine: Suggested Criteria*, cit., p. 1457 ss.

[191] La Corte è il custode dei valori costituzionali nel tempo e la scelta di agire/non agire è rimessa, in ultima battuta, alla sua (discrezionale) saggezza.

[192] Contrari a tale impostazione vi sono tutti quegli autori che, al contrario, vedono nell'esercizio del *judicial review* un'importante occasione per implementare la democraticità dell'ordinamento. Ad esempio, A. Barak (*The Judge in a Democracy*, cit., p. 177) sostiene che «*the more non-justiciability is expanded, the less opportunity judges have for bridging the gap between law and society and for protecting the Constitution and democracy*». Cfr. anche gli autori analizzati al par. successivo.

4.4. *L'evoluzione del dibattito: verso l'inesistenza della* political question doctrine*?*

Uno dei maggiori critici alle posizioni appena descritte fu Louis Henkin, il quale, in un celebre saggio del 1976, ha sostenuto l'inconsistenza della *political question doctrine* partendo dal presupposto che, in un ordinamento democratico, non si può ammettere che vi siano parti della Costituzione sottratte al sindacato giurisdizionale[193]. Egli, inoltre, rilesse i casi che fino al quel momento erano stati indicati come *political questions* e ne confutò l'interpretazione corrente ritenendo che non sostenessero la dottrina della quale erano considerati applicazione ed espressione. Ad esempio, in relazione al caso *Luther v. Borden*, Henkin rilevò l'assenza di un atteggiamento acriticamente deferente della Corte Suprema e giustificò la decisione ritenendo che la Corte non si fosse rifiutata di sindacare la costituzionalità dell'azione delle *political branches*, quanto piuttosto che avesse preferito ritenere che le azioni del Congresso e del Presidente non avesse esorbitato i confini costituzionalmente definiti cosicché nessuna Corte avrebbe potuto censurarne l'operato.

Altro autore che ha criticato fortemente la *political question doctrine* è Redish, il quale, pur non aderendo perfettamente alla posizione di Henkin secondo cui la dottrina non esisterebbe[194], tuttavia ne condivide molte considerazioni. Egli, similmente ad Henkin, propugna una visione "forte" del *judicial review*[195], così che se le

---

[193] L. Henkin, *Is there a "Political Question" Doctrine?* cit., p. 597 ss. Per questo autore la *political question doctrine* semplicemente non esiste. È un «*unnecessary, deceptive packaging of several established doctrines that has misled lawyers and courts to find in it things that were never put there and make it far more than the sum of its parts*» (p. 622); è un mero artificio retorico, utile solamente ad evitare di decidere questioni "politicamente" scomode, e non una *doctrine* connotata da presupposti processuali concreti e tangibili.

[194] Secondo Redish (*Judicial Review and the "Political Question"*, cit., p. 1033), infatti l'analisi dei casi in cui la Corte si sarebbe rifiutata di ritenere sussistente la *doctrine* in parola dimostrerebbe che essa esiste poiché «*if no political question doctrine esiste there would be no need for the Court to expend so much effort to explain why the doctrine was inapplicabile*».

[195] Secondo tale prospettiva, se è vero che la Corte Suprema è una istituzione *countermajoritarian*, è altresì vero che essa ha il dovere di vigilare sul rispetto e sulla corretta implementazione della Costituzione federale, concepibile anch'essa come *countermajoritarian*, nel senso di insieme di norme sottratte alla disponibi-

modalità di esercizio di un potere da parte delle *political branches* si palesa di dubbia validità, la Corte Suprema avrebbe il dovere di esercitare il *judicial review*[196]. La *political question doctrine*, pertanto, pur esistente[197], non dovrebbe esserlo e «*should be given the total and complete repudiation it so richly deserves*»[198]. Secondo tale autore, infatti, allorché si sostenga che il *judicial review* è funzione che «*plays a legittimate role in a constitutional democracy*», allora ovvia conseguenza dovrebbe essere l'abbandono della *political question doctrine* «*in all its manifestations*»[199].

Una sorta di sintesi fra le due posizioni sopra descritte è stata proposta da McCormack, il quale ha sostenuto che la *political question doctrine* sia una «*disonest and misleading practice*» che non dovrebbe esistere per ragioni di ordine eminentemente logico. Sostenere, infatti, che il rifiuto di sottoporre a scrutinio giudiziale una azione delle *political branches* sulla base dell'assunto secondo cui esse sarebbero in grado di valutare la costituzionalità della propria azione, equivarrebbe a sostenere che l'azione contestata sia incostituzionale. A differenza di Henkin[200], egli ritiene che la scelta della Corte Suprema di applicare le *justiciability rules*, nel senso di non provvedere a definire un caso, sia una statuizione che tocca comun-

---

lità della volontà delle maggioranze contingenti. Su questo cfr. anche, *supra*, nota n. 12.

[196] M.H. Redish sul tema delle *political questions* conclude affermando che «*once we make the initial assumption that the judicial review plays a legitimate role in a constitutional democracy, we must abandon the political question doctrine, in all its manifestations. The doctrine inherently implies that one or both of the political branches may continue conduct that could conceivably be found unconstitutional, without any examination or supervision by the judicial branch. The moral cost of such a result, both to society in general and to Supreme Court in particular, far outweigts whatever benefits are thought to be derived from the judicial abdication of the review function*»: in *The Federal Courts in the Political Order: Judicial Jurisdiction and American Political Theory*, cit., p. 134 e, in senso pressoché identico, in Id., *Judicial Review and the "Political Question"*, cit., p. 1060.

[197] *Supra*, nota n. 194.

[198] M.H. Redish, *The Federal Courts in the Political Order*, cit., p. 1033.

[199] *Ibidem*, pp. 1059-1060.

[200] Il quale, pur avendo affermato che la Corte Suprema avrebbe definito il merito di molte questioni dalle rilevanti implicazioni politiche, tuttavia, non si è spinto fino a chiarire se una decisione nel merito sia impossibile da evitare. L. Henkin, *Is there a "Political Question" Doctrine?* cit., p. 597 ss.

que il merito dello stesso. Ogni decisione di *avoidance*, sarebbe, quindi, tale solo in apparenza[201].

Se l'elaborazione teorica di Henkin, Redish e McCormack è riuscita a far emergere le criticità insite nelle giustificazioni tradizionalmente offerte per la legittimità della *political question doctrine*, ciò che non sono state in grado di dimostrare è il perché la Corte Suprema talvolta adotti un atteggiamento di *restraint* invocandola, mentre

[201] In tal senso: W. McCormack, *The Political Question Doctrine. Jurisprudentially*, cit., spec. p. 795 («*when a court dismisses a challenge to governmental action on the basis of the political question doctrine it is always necessarily holding "that there are no legal rules constraining the validity of [the] challenged action*») e, in senso conforme anche Id., *The Justiciability Myth and the Concept of Law*, 14 *Hastings Const. L.Q.* 595, 1987, spec. pp. 597 e 614-623. Tuttavia tale autore non spiega se ciò avvenga implicitamente o esplicitamente. McCormack sostiene che ogni decisione in cui un caso viene *dismissed* in applicazione della *political question doctrine*, in realtà sia una decisione nel merito. Egli argomenta tale assunto sostenendo che ogni diritto di cui la Corte Suprema si rifiuta di garantire l'*enforcement* non può essere definito un *legal right* e la sua posizione può essere compresa unicamente nell'ambito di una concezione del sistema costituzionale in cui il potere giudiziario è responsabile della risoluzione di ogni questione legale, in cui, cioè, non vi possono essere aree sottratte alla conoscibilità dei giudici («*[I]f a court is not willing to enforce a provision or principle, then that provision or principle is not law*», *The Political Question Doctrine. Jurisprudentially*, cit., p. 822). Diversamente, Henkin (*Is there a "Political Question" Doctrine?* cit., spec. p. 617 ss.) osserva che «*ordinary principles of equity*» potrebbero spingere la Corte Suprema a rifiutare una decisione sull'azione dei pubblici poteri. In tempi più recenti si è mostrato critico verso tali impostazioni J.R. Siegel, *Political Questions and Political Remedies*, in N. Mourtada-Sabbah, B.E. Cain (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, cit., p. 243 ss., spec. p. 250. Secondo tale autore «*[t]here really are cases in which a court dismisses the plaintiff's claim, not because the defendant's action is subject to no legal constraint, but because the court concludes (rightly or wrongly) that the legal constraint applicable to the defendant's actions is not judicially enforceable […] The court needed special, unusual reasoning to explain why it declined to enforce a legal constraint on the defendant's actions […] sometimes […]. the action is subject to legal constraint Similarly, it is not correct to say that the political question doctrine "applies only in cases in which, on the merits, the government action was constitutionally permissible in any event*». Conseguentemente «*it is not correct to say that the political question doctrine "applies only in cases in which, on the merits, the government action was constitutionally permissible in any event". It is true that the political question doctrine is often, uselessly, invoked in such cases. Courts also, however, invoke the doctrine in cases in which it really does something: it prevents the courts from enforcing, in what would otherwise be a proper Article III case, an actual legal constraint on government conduct*», p. 251.

in casi che si palesano simili si ponga su posizioni opposte[202]. Essi, cioè, si limiterebbero a dimostrare come la *doctrine* in esame non sia conciliabile con la concezione forte di *judicial review* che propugnano e a sostenere che laddove si ammetta la non giustiziabilità di parti della Costituzione, allora esse dovrebbero essere considerate prive di valore legale[203].

Su posizioni profondamente diverse, tuttavia, si colloca quella parte della dottrina che, anche in tempi recenti ha animato il dibattito circa l'opportunità che si determini una riespansione del concetto di *political question*, spesso ancorando le proprie argomentazioni alla necessità di riequilibrare i rapporti fra i poteri dello Stato, rapporti che si sarebbero modificati con la pretesa della Corte Suprema di essere il soggetto deputato alla determinazione del significato ultimo delle disposizioni costituzionali[204].

Vi sono autori che giungono ad auspicare un'applicazione della dottrina anche in un campo che da sempre ne era sottratto: quello dei diritti, o quantomeno di alcuni di essi. Tale impostazione parte dal presupposto che sia necessaria una riconfigurazione e riformulazione dei criteri in presenza dei quali individuare una *political question*[205] ed è in questo contesto che si ravvisa finanche l'opportuni-

---

[202] Tale critica stata espressa da J.P. Mulhern, *In Defence of the Political Question Doctrine*, cit., spec. pp. 116 e 117.

[203] W. McCormack, *The Justiciability Myth and the Concept of Law*, cit., p. 634: «*the rule of law, which is the heart of the constitutional system depends on absolute judicial control over constitutional interpretation*». In senso non dissimile A. Barak, *The Judge in a democracy*, cit., spec. p. 177 ss.

[204] Cfr. M.J. Gerhardt, *Rediscovering Nonjusticiability: Judical Review of Impeachement after Nixon*, 44 *Duke L.J.* 231, 1994; R.E. Barkow, *The Rise and Fall of the Political Question Doctrine*, cit., p. 35 ss.; Id., *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, cit., p. 237 ss.; M.V. Tushnet, *Law and Prudence in the Law of Justiciability…*, cit., p. 47 ss.

[205] J.H. Choper, *The Political Question Doctrine: Suggested Criteria*, cit., p. 1459. In tale scritto, in luogo dei criteri individuati in *Baker*, si propongono solo quattro criteri idonei a distinguere casi integranti una *political question* dai casi giustiziabili: «*[t]he least disputed – textual commitment – is the initial factor listed in Baker v. Carr. The other three are based on functional considerations rather than constitutional language or original understanding. The first of these – "structural issues: federalism and separation of powers" – has been advanced and developed at length in my earlier work. It is based on a comparative advantage of the political process over the Court in sound constitutional decisionmaking respecting the*

tà di sottrarre (alcuni) diritti fondamentali dall'esclusivo dominio della Corte, poiché vi sarebbero previsioni costituzionali la cui formulazione non consentirebbe l'agevole individuazione giudiziale di principi chiari e coerenti[206]. In alcune circostanze, infatti, si sostiene che i diritti individuali sarebbero meglio garantiti e protetti dall'azione degli organi esecutivo e legislativo più che da una decisione giudiziale. Nello specifico si è argomentato che almeno il diritto alla *privacy*[207] potrebbe essere analizzato (per analogia) dalla Corte Suprema come una *political question*, sia perché si tratta di un diritto non espressamente previsto in Costituzione, sia per le caratteristiche peculiari che lo caratterizzano. Conseguentemente, la sua disciplina dovrebbe esser riservata al potere legislativo e l'approccio del *substantive due process* seguito dalla Corte Suprema per enucleare tale diritto sarebbe errato, poiché l'averne, di fatto, riservato la disciplina all'arena giudiziale, avrebbe comportato una concezione irrealistica di autonomia individuale, svincolata dal contesto sociale e dai doveri da esso derivanti[208].

Altra parte della dottrina statunitense contemporanea, comunque, ha propugnato una visione nettamente contraria a quella da ultimo descritta, sostenendo la perdurante validità di alcuni approdi teorici cui erano giunti coloro i quali sostenevano la necessità che non ci fosse nemmeno una *political question doctrine*[209]. Si rimette, così, al potere

---

relevant issues, as well as the trustworthiness respecting fundamental values of the national legislative and executive branches in doing so. The remaining two criteria involve removing questions of individual rights from the judiciary's realm – something that would (and should) occur very infrequently. The manageable standards test recognizes that there may be constitutional provisions for which the Court lacks the capacity to develop clear and coherent principles. The generalized grievance guide is similar in many ways to "structural issues" in that it is also grounded in matters of comparative advantage and trustworthiness of results».

[206] Cfr. J.H. Choper, *The Political Question Doctrine: Suggested Criteria*, cit., p. 1457 ss.; P.M. Garry, *A Different Model for the Right to Privacy: The Political Question Doctrine as a Substitute for Substantive Due Process*, 61 *U. Miami L. Rev.* 169, 2006.

[207] Diritto che si ricorda essere stato individuato in via pretoria con la decisione del caso *Griswold v. Connecticut* [381 U.S. 479 (1965)].

[208] In tal senso P.M. Garry, *A Different Model for the Right to Privacy…*, cit., p. 199.

[209] E. Chemerinsky, *Who Should Be the Authoritative Interpreter of the Constitution? Why There Should Not Be a Political Question Doctrine*, cit., p. 180 ss.

giudiziario la piena discrezionalità nella scelta di decidere o meno un caso per un duplice ordine di ragioni: innanzitutto perché quello giudiziario sarebbe il potere «più abile a proteggere la struttura della costituzione ed i suoi valori dalle pressioni della maggioranza», in secondo luogo perché il metodo di *decision-making* proprio dei giudici sarebbe preferibile per l'interpretazione ed evoluzione costituzionale[210]. Tale impostazione, ovviamente, ha come presupposto l'idea che il giudice costituzionale debba essere l'*authoritative interpreter* di tutte le previsioni costituzionali e che, quindi, decisioni rese dalla Corte Suprema, anche in forte contrapposizione con le decisioni degli altri poteri dello Stato, non avrebbero minato, alla prova dei fatti, la credibilità o la legittimazione dell'organo di giustizia costituzionale. Vero sarebbe esattamente il contrario. Si tratta di una visione forse un po' estrema, che, tuttavia non è il frutto di un'elaborazione teorica meramente astratta, avente quali presupposti solo indicazioni di principio, ma che tiene conto dei riscontri effettivi che le decisioni della Corte Suprema hanno ricevuto, anche quando particolarmente "scomode"[211].

Come ben argomentato da A. Barak, inoltre, i benefici derivanti da una concezione ampia della *political question doctrine* sarebbero decisamente inferiori rispetto a quelli conseguenti ad una concezione estremamente ristretta della stessa. Secondo tale impostazione ogni controversia dovrebbe poter essere, quantomeno in astratto, *justiciable*[212]: «*the mere fact that an issue is "political" – that is, holding political ramifications and predominant political elements – does not mean that it cannot be resolved by a court. Everything can be resolved by a court, in the sense that law can take a view as to its legality*»[213].

---

[210] E. Chemerinsky, *Who Should Be the Authoritative Interpreter of the Constitution?*, cit., p. 181 ss.; in senso conforme anche C. Douglas, *Political Question Doctrine*, cit., pp. 63-66.

[211] E. Chemerinsky, *Who Should be the Authoritative Interpreter of the Constitution?* cit., p. 197.

[212] «*every legal problem has criteria for its resolution. There is no "legal vacuum" […] every act can be "imprisoned" within the framework of the law. Even actions of a clearly political nature, such as waging war, can be examined with legal critera* […]»: A. Barak, *The Judge in a Democracy*, cit., p. 179.

[213] *Ibidem*. L'autore, comunque, per quanto contrario alle forme riconducibili alla *non-justiciability doctrine*, è consapevole del fatto che talvolta sia opportuno esercitare un certo *restraint*. Tuttavia ritiene preferibile ricorrere non alla *political*

4.5. *(*segue*): impossibilità di definire compiutamente il concetto di* political questions

Dall'analisi della letteratura che ha avuto modo di esprimersi sulla *political question doctrine* emerge chiaramente come non vi sia uniformità di vedute né in merito alla natura, né in merito agli scopi della stessa. La dottrina non è riuscita a stabilire quando e perché la *political question doctrine* si applica a certe questioni e ciò è da imputarsi, almeno in parte, al fatto che non vi è chiarezza in merito alle sue origini[214]. È di tutta evidenza, infatti, che senza l'individuazione di un'origine chiara, diventa complesso individuarne la *ratio* e gli scopi[215], specialmente allorché se ne considerano le diverse possibili implicazioni in relazione ai molteplici modi di concepire il *judicial review* e il ruolo esercitato dalla Corte Suprema in sede di esercizio di *constitutional adjudication.* Inoltre, in letteratura non vi è consenso sul fondamento degli scopi della *political question doctrine*: se essi si rinvengano nei precedenti[216], sulla *judicial limitation*[217] o nel testo della Costituzione[218].

Tale complesso quadro teorico ricostruttivo è da imputarsi in larga misura alla mutevolezza – e finanche ambiguità – della giurisprudenza, che non è stata in grado di elaborare canoni giudiziali

---

question doctrine per rifiutarsi di decidere un caso, ma a criteri processuali più tangibili (come l'assenza di interesse ad agire).

[214] A tal proposito è stato ben argomentato che «*the Court has never determined – when faced with a controversy that is sufficiently concrete, developed, and adverse to fulfill the explicit requirements of Article III – whether the political question doctrine is rooted in the Constitution or is simply a judicial construct*»: così J.H. Choper, *The Political Question Doctrine: Suggested Criteria*, cit., p. 1477.

[215] In relazione ad essi la dottrina statunitense si è posta su posizioni estremamente variegate i cui estremi concettuali sono rappresentati da Henkin (il quale sostiene che nei *political cases* la Corte Suprema si limiterebbe a rilevare che il potere legislativo ed esecutivo stavano agendo nell'ambito delle competenze costituzionalmente attribuite) e da Bickel (secondo cui, invece, la Corte deve fare una applicazione flessibile della *political question doctrine* sulla base di *prudential concerns*).

[216] *Baker v. Carr* [369 U.S. 186, 217 (1962)].

[217] A.M. Bickel, *The Supreme Court, 1960 Term. Foreword the Passive Virtues*, cit., p. 79.

[218] H. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, cit., pp. 7-9.

certi. L'applicazione dei canoni individuati in *Baker*, alla prova dei fatti, non ha contribuito a sopire i dubbi in merito all'applicabilità della *political question doctrine*, al contrario, l'analisi della giurisprudenza della Corte Suprema[219] è «*ill definied and laks proper guide post*»[220]. Ne consegue che in assenza di una guida, in assenza di criteri ermeneutici efficaci, per la Corte Suprema è complesso determinare quando astenersi dal decidere una questione e, pertanto, l'applicazione della *doctrine* in esame dipende quasi completamente da una decisione discrezionale, espressione della convergenza di posizioni raggiunta di volta in volta la maggioranza dei giudici; frutto, quindi, di «*practical considerations*» e non di «*legal ones*»[221].

Dal punto di vista eminentemente teorico, le diverse posizioni in dottrina sono state tutte in certa misura sconfessate dall'applicazione concreta. La concezione prudenziale della *political question doctrine* non ha trovato a lungo seguito in giurisprudenza in ragione dei problemi interpretativi che originava[222], parimenti, la concezione funzionale non è stata in grado di fornire criteri ermeneutici scevri da profili di criticità; infine la concezione classica ha mostrato fin

---

[219] E anche l'analisi della giurisprudenza delle corti federali inferiori, sulla quale, tuttavia, non ci si soffermerà nel presente lavoro. Per maggiori approfondimenti sul punto, *ex multis*: E. Chemerinsky, *Federal Jurisdiction*, Wolter Kluwer, U.S., 2011; R.H. Fallon *et al*., *Hart and Wechsler's*, *The Federal Courts and the Federal System*, Foundation Press, New York, 2009; M.H. Redish, *The Federal Courts in the Political Order: Judicial Jurisdiction and American Political Theory*, Carolina Academic Press, Durham, 1991.

[220] Così: K. Breedon, *Remedial Problems at the Intersection of the Political Question Doctrine, the Standing Doctrine, and the Doctrine of Equitable Discretion*, 34 *Ohio N.U. L. Rev.* 523, 2008, p. 526.

[221] L. Fuentes-Rohwer, *Reconsidering the Law of Democracy: Of Political Questions, Prudence, and the Judicial Role*, cit., p. 1927. Alcuni autori sostengono che l'applicazione della dottrina nella sua attuale forma dipenda «*almost entirely on the discretion of the majority of justices, untethered to an legal principles rooted in the constitution's structure, theory, history, or early precedent*»: così R.J. Pushaw Jr, *Judicial Review and the Political Question Doctrine: Reviving the Federalist "Rebuttable Presumption" Analysis*, cit., p. 1996.

[222] *In primis* la difficoltà di determinare, *ex ante*, quando i *prudential factors* indicati in *Baker* impongano un'effettiva astensione al giudice. In secondo luogo la difficoltà di circoscrivere la discrezionalità del giudice: la concezione prudenziale della *political question doctrine*, infatti, rende molto più agevole la scelta di non decidere un caso per ragioni di "opportunità soggettiva" che poco possono avere a che vedere con ragioni giuridiche.

da subito profili di ambiguità e inadeguatezza[223]. Al contempo, l'asserzione dell'assenza della *dottrina*, con il conseguente possibile intervento giudiziale in ogni questione, riverbererebbe effetti negativi quantomeno sull'assetto dei rapporti fra i poteri dello Stato e, quindi, sulla stessa forma di governo[224]. Si è osservato, a tal proposito, come si ammetterebbe l'ingerenza giudiziale in questioni che, sebbene rare (*electoral cases*, *impeachment cases*, questioni inerenti le procedure di ratifica degli emendamenti costituzionali), sono di fondamentale importanza per la separazione dei poteri e che si dovrebbero riservare in via esclusiva alle *political branches*. Inoltre l'assenza di una *political question doctrine* lascerebbe alla Corte Suprema, e solo ad essa, il potere (e dovere) di individuare i limiti al proprio operare e ciò rappresenta il compito più arduo da svolgere per i giudici di Washington perché consente di far emergere le tensioni e le problematiche sottese ad ogni decisione[225]. Quando la Corte si trova a dover proteggere diritti individuali, o a definire controversie fra la Federazione e gli Stati, o ancora quando deve risolvere dispute fra il Congresso e il potere esecutivo, non emergono problematicamente interessi suoi propri, operando essa come mero "arbitro", alla luce delle disposizioni costituzionali. Diversamente, quando viene in rilievo la possibile applicazione della *political question doctrine*, ciò che nelle situazioni appena descritte è implicito si appalesa come esplicito: diventa centrale la potenziale contrapposizione fra gli interessi (istituzionali) della Corte e i rapporti di forza con le altre *political branches*.

Tuttavia, il fatto che in tali casi la Corte Suprema non svolga un giudizio di tipo meramente politico, ma si trovi di volta in volta a dover decidere se la disciplina di una determinata materia vada interamente riservata ad una delle *political branches*, ponderando i vantaggi e gli svantaggi connessi all'esercizio del *judicial review*, re-

[223] Anche se alcuni autori ne hanno auspicato, anche in tempi relativamente recenti, un recupero e una rilettura. Cfr., *supra*, la nota n. 159.

[224] Secondo questa accezione la decisione degli *election cases* del 2000 ha significato una grave compromissione della necessità che ogni potere agisca entro la propria sfera di competenza per mantenere l'ordine costituzionale.

[225] R.E. Barkow, *The Rise and Fall of the Political Question Doctrine*, cit., p. 40; Id., *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, cit., p. 237 ss.

sponsabilizzerebbe i giudici. Tale processo di ponderazione evidenzierebbe gli elementi di forza e quelli di debolezza insiti in una decisione giudiziale, così come i risvolti positivi o negativi derivanti dal ritenere riservata ai poteri esecutivo o legislativo la disciplina di una data questione. La Corte, quindi, nel dover considerare caso per caso l'articolarsi delle competenze dei vari poteri coinvolti e le implicazioni a ciò connesse, sarebbe naturalmente portata a rifiutare una visione di se stessa orientata ad una marcata (ed incontrollata) *judicial supremacy*. Secondo tale impostazione, pertanto, il mantenimento, almeno in certa misura, della concezione classica della *political question doctrine* sarebbe imprescindibile al fine di evitare una grave minaccia all'ordine costituzionale e alla concezione dialogica che i padri fondatori ebbero dell'articolarsi dei rapporti fra i poteri dello Stato[226].

Ciò, comunque, non significa concepire in termini eccessivamente ristretti il ruolo del giudice costituzionale. Infatti, il significato ultimo della Costituzione non dovrebbe essere determinato sulla base di considerazioni e valutazioni di tipo (esclusivamente) politico, ma andrebbe considerato alla luce di una stretta interrelazione e compenetrazione con il dato giuridico. Concepire in termini troppo ristretti l'ambito riservato alla conoscibilità del giudice, ritenendo che la politica rappresenti la regola e il giudizio l'eccezione, renderebbe difficile la stessa emersione di questioni legali significative venendo, così, tradita la stessa funzione del giudice costituzionale e potenzialmente vulnerati i diritti costituzionali in virtù della "non-giustiziabilità" di molte questioni[227]. Il tema probabilmente andrebbe affrontato secondo una prospettiva tendenzialmente scevra da condizionamenti ideologici e avendo presente non soltanto le problematiche di ordine teorico e dogmatico, ma analizzando le modalità pratiche di evoluzione del sistema costituzionale secondo un'articolazione dei rapporti fra i poteri dello Stato che, ad avviso di chi

[226] R.E. Barkow, *The Rise and Fall of the Political Question Doctrine*, cit., p. 40 ss.; Id., *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, cit., p. 237 ss.; M.V. Tushnet, *Law and Prudence in the Law of Justiciability…*, cit., p. 47 ss.

[227] R.F. Nagel, *Political Law, Legalistic Politics: A Recent History of the Political Question Doctrine*, cit., p. 643 ss.

scrive, pare essere stata improntata ad un costante dialogo: talvolta difficile e dai toni accesi, ma pur sempre dialogo[228]. Si condivide, pertanto, la posizione di chi critica le varie posizioni espresse dalla dottrina rilevando come nessuna di esse tenga in debito conto il fatto che l'interpretazione del testo costituzionale non è né di esclusivo dominio dei giudici, né delle *political branches*, ma va configurato come uno «*shared-responsibility-model*» in cui la *political question doctrine* si deve intendere come uno dei possibili modi in cui esso si modula[229]. Tale assunto, comunque, non è in contraddizione con il fatto che né la Corte Suprema, né le Corti federali inferiori, sono state in grado si sviluppare la *doctrine* secondo direttrici lineari e coerenti[230]. Appaiono, così, significative ed attuali le considerazioni di chi, nel ripensare lo schema dottrinale tradizionale, ha rilevato come le difficoltà poste dalla giurisprudenza della Corte Suprema in relazione all'applicabilità della *political question doctrine* non dipendano dal fatto che i giudici di Washington abbiano talvolta agito nel senso di «politicizzare la legge», quanto piuttosto dal fatto che essi non siano mai riusciti con successo a «legalizzare la politica»[231].

---

[228] Per maggiori approfondimenti sul punto di vedano le considerazioni svolte all'ultimo par. del cap. successivo.

[229] J.P. Mulhern, *In Defence of the Political Question Doctrine*, cit., p. 101.

[230] Al contrario, correttamente la dottrina avrebbe rilevato l'incapacità della Corte Suprema di elaborare standard di giudizio che consentissero uno sviluppo lineare o di utilizzare gli standard elaborati (ad esempio nel caso *Baker*) in modo coerente, in ogni campo di applicazione della *political question doctrine*.

[231] Così L.M. Seidman, *The Secret Life of the Political Question Doctrine*, cit., p. 480. L'Autore, peraltro, reinterpreta il pensiero di molti studiosi a lui precedenti e propone una classificazione della *political question doctrine* diversa da quella tradizionale. Egli ha individuato non una singola *political question doctrine*, ma tre. Una "falsa" *political question doctrine*, una "*interpretive authority theory*" e una "*secret political question doctrine*". La prima, coincidente con l'elaborazione teorica del giudice Marshall sarebbe "falsa" perché non operante sulla base di previsioni costituzionali, di considerazioni giuridiche, ma eminentemente politiche. Secondo l'"*interpretive authority theory*" la Costituzione assegnerebbe alle *political branches* la *final interpretive authority* della determinazione del significato delle proprie proposizioni. La terza concezione, invece, parte dal presupposto che nessun principio normativo può statuire la propria legittimazione. Quindi, anche quando la soluzione ad una *constitutional question* pare di intuitiva evidenza, la Corte dovrebbe sempre porsi il problema se essa dovrebbe attenersi a tale soluzione. Così concepita la *political question doctrine* non può mai essere definita secondo parametri di tipo giuridico, presupponendo la questione della natura vincolante di ogni analisi giuridico-legale, cosicché nessuna argomentazione della Corte potrebbe giuridica-

Ci si può chiedere, a questo punto quale sia l'oggettiva utilità di ricercare profili definitori che, alla prova dei fatti paiono tutti non esenti da profili di criticità. Se non si può non convenire con chi, ravvisa l'inutilità, e finanche la scontatezza, di concepire la *political question doctrine* come uno strumento che trova il proprio fondamento unicamente nel principio di separazione dei poteri, riconducendo ogni controversia in materia ad un mero conflitto di attribuzioni[232], parallelamente non si può non rilevare come sia la stessa natura del *judicial review*, così come evolutosi nel corso dei decenni, a caratterizzare la funzione di *constitutional adjudication* di una connotazione intrinsecamente politica, allontanandolo, se vogliamo, «dall'ideale che di quella funzione prediligeva il costituzionalismo liberale»[233]. Come si evince chiaramente dall'analisi di quei casi in cui la Corte Suprema non ne ha ritenuti sussistenti i presupposti di applicabilità, la *political question doctrine* è divenuto uno degli strumenti decisori più politicamente orientati di cui la Corte Suprema si è avvalsa. Tuttavia, pur essendo incontestabile che negli anni se n'è fatto un uso manipolativo e finanche distorto, si conviene con quella dottrina che ravvisa l'utilità dell'esistenza della *political question doctrine* nel suo modellarsi, in ultima battuta, quale valvola di sicurezza del sistema[234]. Unitamente ad altre tecniche di selezione dei casi[235], la *political question doctrine* consente ai giudici un approccio flessibile al *judicial review*, volto ad instaurare un rapporto dialogico con il Congresso e l'Esecutivo, specialmente quando vengono in rilievo nuove esigenze di tutela, nuovi diritti, la cui emersione non trova una base giuridica espressa nella lettera della Costituzione. In particolare, se non si

---

mente sostenere l'applicazione della dottrina. L'autore conclude la propria analisi della problematica affermando la propria concezione del ruolo di giudice: «*the very assertion of judicial power is an act of unmediated freedom […] our own choiche between judicial and political constitutionalism poses a secret political question*», p. 480.

[232] N. Olivetti Rason, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 122 ss.

[233] G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, *La Costituzione liberale*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 67.

[234] In senso conforme: V. Barsotti, *L'arte di tacere...*, cit., p. 207.

[235] Specialmente lo *standing* e la *ripeness* su cui diffusamente al cap. III del presente lavoro.

considera la Corte Suprema quale interprete unico del Testo costituzionale e si ritiene che tale compito possa anche essere condiviso con le *political branches*, allora la *doctrine* in esame può essere utile per consentire l'allocazione fra di esse del potere di interpretazione costituzionale[236].

[236] Così J.P. Mulhern (*In Defence of the Political Question Doctrine*, cit., pp. 174-176), quando pone uno «*shared responsibility model of constitutional interpretation*». Ma cfr. E. Chemerinsky, *Who Should Be the Autoritative Interpreter of the Constitution? Why There Should Not Be a Political Question Doctrine*, cit., p. 180 ss.; Id., *A Unified Approach to Justiciability*, 22 *Conn. L. Rev.* 677, 1990; Id., *Interpreting the Constitution*, Preager, New York, 1987.

Capitolo V

LA GRAMMATICA GIURISPRUDENZIALE DELLA *POLITICAL QUESTION DOCTRINE*: CASI RILEVANTI IN AMBITI "SENSIBILI"

«Scarcely any political question
arises in the United States
that is not resolved, sooner or later,
into a judicial question»[1].

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Dagli *internal proceedings* agli *impeachment cases*. – 2.1. Il sindacato sugli *internal proceedings*. – 2.2. (*segue*): parallelismi con la giurisprudenza italiana in materia di *interna corporis acta*. – 2.3. La Corte Suprema di fronte ai c.d. *impeachment cases*. – 3. *Reapportionment*, *gerrymandering* e il "federalismo giurisdizionale". – 3.1. *Reapportionment* e *gerrymandering claims*. – 3.1.1. Le prime decisioni. – 3.1.2. L'avvio della c.d. *reapportionment era*. – 3.1.3. (*segue*): successivi sviluppi. – 3.1.4. (*segue*): la svolta del 2004. – 3.1.5. Alcune riflessioni d'insieme. – 3.2. I casi *Bush I* e *Bush II*. – 4. La più recente giurisprudenza: verso una riespansione della *political question doctrine*? – 4.1. Dalla politica estera alla sicurezza interna: riconfigurazione dei confini della *political question doctrine*. – 4.2. (*segue*): la tutela dei diritti fondamentali negli stati di emergenza: fra separazione dei poteri e *political questions*. – 4.3. (*segue*): la reazione della Corte Suprema: *Boumediene v. Bush*. – 4.4. (*segue*): i casi *Zivotosky I* e *II*: verso il ritorno alla *classical political question doctrine*? 4.4.1. *Zivotosky v. Clinton.* – 4.4.2. *Zivotosky v. Kerry*. – 4.5. L'*health care reform* quale ulteriore frontiera della *political question doctrine*? – 5. Un parziale bilancio.

[1] A. de Tocqueville, *Democracy in America*, Phillips Bradley ed., Vintage Books, New York, 1990, p. 280.

1. *Considerazioni introduttive*

Una delle difficoltà connesse allo studio della *political question doctrine* e all'analisi delle sue implicazioni ordinamentali deriva dall'uso poco coerente che la Corte Suprema ne ha fatto, anche a seconda degli ambiti in cui essa veniva concretamente in rilievo e del contesto storico di riferimento. Infatti, già nel celebre caso *Baker v. Carr*[2] i giudici di Washington avevano descritto gli elementi caratterizzanti la *political question doctrine*, facendone emergere la natura polivalente, di apparente "disordine"[3] e, come si è anticipato al capitolo precedente, gli stessi fattori identificanti la *doctrine* in esame, così come enucleati in quel caso, dal punto di vista pratico, non sono esenti da profili di sovrapposizione concettuale. Pertanto, non è possibile individuare le ipotesi di *political question* riferendosi ad un «*semantic catalouging*»[4], né configurare una versione razionalizzata della *doctrine* in parola: al contrario, è necessario procedere secondo un'indagine da svolgersi necessariamente caso per caso[5].

Da ciò sono derivate le numerose critiche prospettate da larga parte della letteratura americana[6]. La *political question doctrine* può essere, così, concettualizzata e compresa solo riferendola al concreto contesto costituzionale che di volta in volta viene in rilievo. L'analisi della giurisprudenza della Corte Suprema conferma il carattere sostanzialmente discrezionale e tacitamente convenzionale di tale *doctrine*: spesso, infatti, sono state definite nel merito questioni che in astratto presentavano rilevanti implicazioni politiche e caratteristiche (di fatto o di diritto) simili a quelle che, in diverse circostanze, hanno invece fatto propendere i giudici di Washington per una "opportuna" astensione dalla decisione.

---

[2] *Baker v. Carr* [369 U.S. 186 (1962)].

[3] «*In various settings, diverge, combine, appear, and disappear in seeming disorderliness*»: *Baker v. Carr* [369 U.S. 186, 210 (1962)].

[4] *Baker v. Carr* [369 U.S. 186, 217 (1962)].

[5] «*On a case-by-case basis*»: *Baker v. Carr* [369 U.S. 186, 211 (1962)].

[6] Cfr., *supra*, cap. IV.

2. *Dagli* internal proceedings *agli* impeachment cases

2.1. *Il sindacato sugli* internal proceedings

Come anticipato nel capitolo precedente, uno degli ambiti in cui, specialmente nel corso del XX secolo, l'applicazione della *political question doctrine* ha causato forti tensioni fra il potere legislativo e quello giudiziario inerisce la possibilità che quest'ultimo sia competente a sindacare le procedure interne sviluppate dal Congresso al fine di adempiere ai propri doveri costituzionali[7].

Il potere legislativo, come è comprensibile, è sempre stato molto geloso delle competenze attribuitegli dall'art. 1 della Costituzione federale, considerandole come espressione di autonomia ed indipendenza. Pertanto, l'interferenza sia del potere esecutivo, sia di quello giudiziario, è stata sempre ritenuta quasi una violazione delle regole di correttezza, se non addirittura del principio di separazione dei poteri[8].

Nell'esprimere la tensione nei rapporti fra Congresso e Corte Suprema in materia di sindacato sugli *internal proceedings* è emblematico il caso *Powell v. McCormack*[9] del 1969 con cui la Corte ritenne di poter decidere in merito all'esclusione di un deputato dalla Camera dei rappresentanti.

La Corte Warren, pur trovandosi a dover dirimere una questione inerente una materia tradizionalmente attratta nell'alveo di applicabilità della *political question doctrine*[10], stabilì che non se ne potesse invocare l'applicazione al fine di non decidere nel merito una controversia concernente il potere, riconosciuto al Congresso

---

[7] Qui le suggestioni verso la tematica inerente all'ammissibilità o meno del sindacato della Corte costituzionale sugli *interna corporis acta* del Parlamento pare forte. Cfr., *infra*, par. successivo.

[8] In tal senso: C. Douglas, *Political question doctrine*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, IV, Gale, 2008, pp. 63-66.

[9] [395 U.S. 486 (1969)]. Si trattava di un caso in cui, il ricorrente, eletto alla Camera dei rappresentanti, era ricorso alla Corte Suprema in reazione al rifiuto di riconoscere la sua elezione e alla decisione del Congresso di dichiarare vacante il seggio a lui destinato.

[10] Si vedano, sul punto, le considerazioni di H. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 *Harv. L. Rev.* 1, 1959.

dall'art. I, sez. 5, della Costituzione federale, di valutare la sussistenza dei requisiti di elettorato attivo e passivo. La Corte, così, riconobbe che il Congresso godeva di una sorta di "riserva costituzionale" unicamente in relazione alle procedure di valutazione dei requisiti di cui all'art. I, sez. 2, Cost., esorbitando da tale sfera ogni diverso ed ulteriore giudizio, nei cui confronti si legittimava il sindacato giudiziale.

La novità del caso *Powell* risiede nel fatto che esso concerneva una questione federale e rappresentava, pertanto, un'estensione delle risultanze di cui al caso *Baker*[11]. Quest'ultimo, infatti, aveva apparentemente circostanziato e delimitato la razionalizzazione del concetto di *political question doctrine* alle sole questioni intrafederali e, pertanto, non vi fu alcun problema quando, pochi anni prima, la Corte Suprema, nel caso *Bond v. Floyd*, si era ingerita nella valutazione di *internal proceedings* di una Camera elettiva statale rovesciando la decisione della stessa di rifiutare il seggio ad un membro eletto, in ragione delle opinioni personali da questi espresse[12].

Diversamente, nel caso *Powell v. McCormack* la Corte fu chiamata a decidere del ricorso di un soggetto eletto alla Camera dei Rappresentanti degli Stati Uniti e l'aver stabilito che la controversia non integrasse una *political question* rappresentò un'evoluzione nel processo di progressiva limitazione dell'estensione e applicabilità della *doctrine* e una conferma del profondo attivismo e attenzione per la tutela dei diritti che caratterizzò tutta l'opera della Corte Warren.

Al fine di sostenere la propria decisione, la Corte Suprema seguì la c.d. *classical political question doctrine*[13] e non considerazioni di tipo prudenziale, poiché condusse un'analisi analitica del *background* storico dell'art. I, sez. 5, Cost. e da essa fece derivare la propria competenza a definire la questione nel merito. L'effetto principale della decisione del caso *Powell* fu, quindi, quello di limitare la rilevanza e l'applicazione dei sei fattori espressi nel caso *Baker*, ad eccezione del riferimento al *textual commitment*, il qua-

[11] *Baker v. Carr* [369 U.S. 186 (1962)] su cui diffusamente, *supra*, cap. IV, spec. par. 3.1.

[12] [385 U.S. 116 (1966)].

[13] Su cui diffusamente, *supra*, cap. IV, spec. par. 4.

le, tuttavia, fu interpretato secondo criteri così rigidi e ristretti da rendere assai agevole l'individuazione di elementi che potessero comunque giustificare la necessità di un intervento giudiziale nel merito[14].

2.2. *(*segue*): parallelismi con la giurisprudenza italiana in materia di* interna corporis acta

Allo studioso italiano la configurazione dei limiti al sindacato sugli *internal proceedings* da parte della Corte Suprema evoca alcune suggestioni verso la tematica inerente l'ammissibilità o meno del giudizio sui c.d. *interna corporis acta* parlamentari.

La questione è oggetto di studio fin dagli anni Cinquanta del secolo scorso[15] e, per i profili di similitudine con il contesto statuniten-

---

[14] In particolare si precisò che «*art. 1, § 5, is at most "textually demonstrable commitment" to Congress to judge only the qualifications expressly set forth in the Constitution*» [395 U.S. 486-548 (1969)]. Sul punto C. Douglas, *Political question doctrine*, cit., p. 63 ss., ma cfr. anche alcuni più risalenti commenti al caso in esame come: C. Rice, *Comments on Powell v. McCormack*, 17 *UCLA L. Rev.* 94, 1969: secondo cui «*Powell v. McCormack is an unfortunate decision, principally because the Supreme Court should never have exercised its jurisdiction over the case. The ruling, however, is chiefly open to criticism, not because it is demonstrably contrary to established rules of law, but because it runs counter to those less clearly articulated, and essentially precatory, admonitions of judicial restraint which are implicit in the separation of governmental powers. The crucial point is not the jurisdiction of the subject matter, the Speech or Debate Clause, the issue of mootness raised by Justice Stewart in dissent or the substantive merits of Adam Clayton Powell's exclusion. Rather, the crucial point is justiciability-the problem of whether, out of a due regard for the separation of powers, the Court should refrain*», p. 94. In termini analogamente critici anche: T. Sandalow, *Comment on Powell v. McCormack*, 17 *UCLA L. Rev.* 164, 1969.

[15] Si ricorda che il noto giurista Santi Romano (*Gli atti di un ramo del Parlamento e la loro pretesa impugnabilità dinanzi la IV sezione del Consiglio di Stato*, in Id., *Scritti minori*. II, Giuffrè, Milano, 1950, p. 149 ss.) palesava la propria diffidenza verso la categoria degli *interna corporis acta* parlamentari definendoli «un caos indistinto e ancora male analizzato dall'indagine scientifica» (p. 149). I termini utilizzati, volutamente forti, evocano l'ambiguità del tema. Infatti, fin dalle più risalenti elaborazioni dottrinarie in materia – che hanno le proprie radici nella fase di limitazione del potere assoluto del sovrano in favore dell'indipendenza del Parlamento, determinando, così, il superamento dello Stato assoluto – con l'espressione *interna corporis* si allude ad una teoria dei rapporti fra gli organi e la giurisdizione, anche costituzionale, più che ad un insieme coerente di regole (così G.G. Floridia,

se, pare opportuno ripercorrere brevemente alcune tappe della giurisprudenza costituzionale nazionale.

Sin dai primi anni del suo operare la Consulta è stata chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di sindacare la legittimità costituzionale di atti e procedure interne alle Camere. La dottrina, in genere, in virtù dell'applicazione del principio di separazione dei poteri, ha sempre considerato in modo sfavorevole la possibilità che gli *interna corporis acta* del Parlamento potessero essere oggetto di sindacato costituzionale[16].

In sintonia con tale impostazione vi è la giurisprudenza del Giudice delle leggi, secondo la quale gli atti interni alle Camere sarebbero sindacabili limitatamente al profilo inerente il controllo di costituzionalità del procedimento di formazione delle leggi[17], escluden-

F. Sorrentino, voce *Interna corporis*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, p. 1 ss. (ad vocem); si veda anche G. Bertolini, *Appunti sull'origine e sul significato originario della dottrina degli* interna corporis, in Aa. Vv., *Studi per il ventesimo anniversario dell'assemblea costituente*, V, Vallecchi, Firenze, 1969, p. 25 ss.). Quello degli *interna corporis* è, pertanto, un insieme di atti e procedure, estremamente eterogeneo, che include l'insieme degli atti, delle procedure e delle attività poste in essere in seno al Parlamento e inerenti l'esercizio delle sue funzioni camerali. Un insieme, quindi, di accadimenti e procedimenti che spesso fanno da sfondo alla ribalta politico-istituzionale, ancor più in scenari politici instabili o poco chiari. Per una ricostruzione delle diverse teorie elaborate per individuare i limiti all'accertamento giudiziale degli *interna corporis* si veda su tutti; F. Modugno, *In tema di regolamenti parlamentari e di controllo sugli «interna corporis acta» delle Camere*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, II, Giuffrè, Milano, 1970, p. 1309 ss.

[16] Su questi temi F. Modugno, *In tema di regolamenti parlamentari e di controllo sugli «interna corporis acta» delle Camere*, cit., p. 1309 ss.; G. Buonomo, *Contrastanti indirizzi sulla insindacabilità degli* interna corporis, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 125-126, 1999, p. 61 ss.; E. Grosso, *Parlamento e Corte costituzionale*, in L. Violante (a cura di), *Il Parlamento, Storia d'Italia*, Einaudi, Torino, 2001, p. 443 ss., spec. p. 469 ss.; ma anche T.E. Frosini, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Giuffrè, Milano, 1997; G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in Id., *Lo Stato senza principe*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 9 ss., già in *Riv. dir. cost.*, 1, 1996, p. 3 ss.; A. Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994, spec. p. 85 ss.

[17] Nella risalente decisione n. 9 del 1959 la Consulta ha affermato che «[n]ella competenza di giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi, attribuita alla Corte dall'art. 134 della Costituzione, rientra senza dubbio e anzi in primo luogo quella di controllare l'osservanza delle norme della Costituzione sul procedimento di formazione delle leggi: in tal senso si è già affermato l'orientamento della Corte (Sentt. n. 3 e 57 del 1957)».

dosi, quindi, il sindacato sulla portata delle disposizioni dei regolamenti parlamentari, in relazione alla quale «è da ritenersi decisivo l'apprezzamento della Camera»[18].

La Consulta ha avuto modo di ribadire più volte come gli *interna corporis* non siano sindacabili in quanto tali – non potendo l'attività interna delle Camere essere oggetto di un giudizio esterno – e riferibili ad una tutela giurisdizionale ordinaria. In particolare, con la sent. n. 154 del 1985, il Giudice delle leggi ha escluso la sindacabilità dei regolamenti parlamentari in sede di giudizio di costituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge facendo leva su due argomentazioni: la prima di natura squisitamente formale, vale a dire la mancata menzione dei regolamenti parlamentari fra gli atti di cui al comma 1 dell'art. 134 Cost.; la seconda di natura sostanziale. Si è, infatti, valorizzata la necessità di salvaguardare l'«indipendenza guarentigiata nei confronti di qualsiasi altro potere» e «pertanto deve ritenersi precluso ogni sindacato degli atti di autonomia normativa ex art. 64, primo comma, Cost.»[19].

---

[18] Sent n. 9 del 1959. Si è precisato, inoltre, che «[m]entre il giudizio se un disegno di legge rientra fra quelli per i quali l'ultimo comma dell'art. 72 della Costituzione esige la procedura normale di approvazione, escludendo quella decentrata, involge una questione di interpretazione di una norma della Costituzione che è di competenza della Corte costituzionale agli effetti del controllo della legittimità del procedimento di formazione di una legge, la determinazione, invece, del senso e della portata della disposizione dell'art. 40 del regolamento della Camera, che esclude la procedura decentrata per l'approvazione di "progetti in materia tributaria" riguarda una norma, sull'interpretazione della quale, essendo stata posta dalla Camera nel suo regolamento esercitando la facoltà ad essa attribuita dall'art. 72 della Costituzione, è da ritenersi decisivo l'apprezzamento della Camera. L'osservanza di quella disposizione eccettuativa è rimessa alla Camera stessa avuto anche riguardo alle disposizioni dell'art. 72, terzo comma, della Costituzione e dell'art. 40 del regolamento della Camera, che prevedono, sia la possibilità di opposizioni al deferimento di un disegno di legge ad una Commissione in sede legislativa, sia la possibilità, su richiesta a determinate condizioni, che, fino al momento dell'approvazione definitiva, un disegno di legge già deferito ad una Commissione in sede legislativa sia obbligatoriamente rimesso alla Camera». Critica, però, la dottrina, in particolare P. Barile, *Il crollo di un antico feticcio (gli «interna corporis») in una storica (ma insoddisfacente) sentenza*, in *Giur. cost*., 4, 1959, p. 237 ss.

[19] La Corte costituzionale, infatti, ha ricordato che «[s]embra, […], che la soluzione possa e debba ricercarsi nell'art. 134 Cost., prima ipotesi, indagato alla stregua del sistema costituzionale. Formulando tale articolo, il costituente ha segnato rigorosamente i precisi ed invalicabili confini della competenza del giudice delle

Tuttavia, né in tale decisione, né in pronunce successive la Corte ha escluso che i regolamenti parlamentari potessero formare oggetto di decisione in sede di conflitti di attribuzione fra enti (cfr. ad es. sent. n. 379 del 1996 e, più di recente, anche la sent. n. 120 del 2014)[20].

---

leggi nel nostro ordinamento, e poiché la formulazione ignora i regolamenti parlamentari, solo in via d'interpretazione potrebbe ritenersi che questi vi siano ugualmente compresi. Ma una simile interpretazione, oltre a non trovare appiglio nel dato testuale, urterebbe contro il sistema. La Costituzione repubblicana ha instaurato una democrazia parlamentare, intendendosi dire che, come dimostra anche la precedenza attribuita dal testo costituzionale al Parlamento nell'ordine espositivo dell'apparato statuale, ha collocato il Parlamento al centro del sistema, facendone l'istituto caratterizzante l'ordinamento. È nella logica di tale sistema che alle Camere spetti – e vada perciò riconosciuta – una indipendenza guarentigiata nei confronti di qualsiasi altro potere, cui pertanto deve ritenersi precluso ogni sindacato degli atti di autonomia normativa ex art. 64, primo comma, Cost. Le guarentigie non vanno considerate singolarmente, bensì nel loro insieme. Ed infatti, attengano esse all'immunità dei membri delle Camere ovvero all'immunità delle rispettive sedi, è evidente la loro univocità, mirando pur sempre ad assicurare la piena indipendenza degli organi. […] Il Parlamento, […], in quanto espressione immediata della sovranità popolare, è diretto partecipe di tale sovranità, ed i regolamenti, in quanto svolgimento diretto della Costituzione, hanno una "peculiarità e dimensione" (sent. n. 78 del 1984), che ne impedisce la sindacabilità, se non si vuole negare che la riserva costituzionale di competenza regolamentare rientra fra le guarentigie disposte dalla Costituzione per assicurare l'indipendenza dell'organo sovrano da ogni potere. Le suesposte considerazioni non consentono che nell'art. 134, primo alinea, Cost. possano ritenersi compresi i regolamenti parlamentari in oggetto, dei quali pertanto va riconosciuta l'insindacabilità, con la conseguente dichiarazione d'inammissibilità della proposta questione, cui corrisponde la preclusione dell'esame del merito». Una critica in relazione alla fondatezza di tali argomentazioni si rinviene in A. Ruggeri, A. Spadaro (*Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 85) laddove si evidenzia come «l'unico vero "sovrano" di una democrazia costituzionale non può che essere il potere costituente o, meglio, il suo prodotto oggettivato, la Costituzione, ogni altro soggetto o organo essendo comunque assoggettato, particolarmente nelle sue manifestazioni di rilievo costituzionale, a controllo…». Si veda altresì F. Castaldi, *Autonomia delle camere e sindacato della Corte Costituzionale sull'esercizio in concreto dei poteri alla luce di recenti sviluppi giurisprudenziali: arretramento della Corte o monito per il futuro?*, in *Giur. it.*, 6, 1998, p. 1289 ss.

[20] Nella prima decisione, la Corte ha affermato che «[i]l confine tra i due distinti valori (autonomia della Camera, da un lato, e legalità-giurisdizione, dall'altro) è posto sotto la tutela di questa Corte, che può essere investita, in sede di conflitto di attribuzione, dal potere che si ritenga leso o menomato dall'attività dell'altro». Nella sent. n. 120 del 2014, invece, la Corte costituzionale, seppur dichiarando inammissibile la questione, ha in qualche modo aperto le porte, in maniera innovata rispetto al passato, al sindacato sull'uso del potere di giurisdizione domestica in sede di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. Sulla sindacabilità di atti di-

2.3. *La Corte Suprema di fronte ai c.d.* impeachment cases

Nei decenni successivi alla decisione del caso *Powell* anche in virtù della mutata composizione della Corte Suprema, si assistette ad una contrazione dei suoi esiti applicativi e l'esempio forse più significativo di tale processo è rappresentato dalla decisione *Nixon v. United States*, resa, nel 1993, dalla conservatrice Corte Rehnquist[21].

Nel caso di specie, la Corte Suprema venne investita del ricorso presentato dal giudice W.L. Nixon, già *Chief Judge* della *U.S. District Court* per il *Southern District* del Mississippi, sottoposto a procedura di *impeachment* e destituito.

Il Senato federale aveva delegato l'esame della questione ad un apposito comitato i cui membri, dopo aver assunto le prove ritenute opportune, espressero un parere sulla cui base l'Assemblea votò per la rimozione del giudice. Il ricorrente aveva perorato la propria causa sostenendo che l'istituzione di un comitato di *impeachment* violasse l'art. I, sez. III, della Costituzione federale, ai sensi del quale spetterebbe all'intero Senato la direzione e lo svolgimento della procedura. La Corte, con una decisione resa all'unanimità, ritenne di non potere sindacare la questione, determinando quella che è stata definita la "riapparizione" della *political question doctrine*, poiché l'*opinion* redatta dal giudice Rehnquist, pur non menzionandola espressamente, si basa su argomentazioni che riprendono e presuppongono il concetto classico della stessa[22].

Tale caso ha suscitato un ampio dibattito in letteratura. Sul presupposto che il principio di separazione dei poteri esiste ed è funzionale per proteggere i diritti individuali e che la *judicial review* ne è parte integrante, si è osservato che la Corte Suprema avrebbe dovuto spingersi a sindacare le modalità di esercizio delle procedure di

---

versi dai Regolamenti parlamentari si veda F. Biondi, *La delibera parlamentare di insindacabilità: il problema della rilevanza giuridica esterna della motivazione e il sindacato su di essa*, in *Giur. cost.*, 6, 1998, p. 3909 ss.

[21] [506 U.S. 224 (1993)]. Su questo caso cfr. anche, *supra*, cap. IV, par. 3.2.

[22] Così R.E. Barkow, *The Rise and the Fall of the Political Question Doctrine*, in N. Mourtada-Sabbah, B.E. Cain (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Lexington Books, Lanham, 2007, p. 38.

impeachment al fine di verificare che nessun diritto individuale fosse stato concretamente violato[23].

Diversamente, vi fu chi lesse il caso *Nixon* come un'importante lezione sulla concezione del ruolo della giustizia costituzionale nell'ordinamento giuridico[24]. Si sarebbe aperta la via per una migliore comprensione delle connessioni fra le procedure di *impeachment* e la *political question doctrine*: quest'ultima non avrebbe perso il proprio significato, rimanendo applicabile in virtù di ragioni storiche, strutturali e formali (*textual commitment*) e in forza di quella concezione "prudenziale" che imporrebbe di considerare attentamente le conseguenze sul sistema giuridico dell'esercizio del *judicial review*. Inoltre, nel fare applicazione della *doctrine* ai casi di *judicial impeachment*, la Corte Suprema avrebbe chiaramente preso posizione in relazione alla definizione dei propri limiti di intervento, nel senso di statuire che i giudici federali non avrebbero l'autorità di sindacare le procedure con cui la Costituzione consente la loro rimozione; con la conseguenza che risulterebbero aree del diritto escluse dal possibile ricorso ad un rimedio giurisdizionale[25].

---

[23] La Corte, cioè, avrebbe dovuto preoccuparsi di valutare se la potenziale perdita di posizione per il giudice federale vulnerasse la sua indipendenza garantita dall'art. III Cost. In tal senso, ad esempio, R.L. Brown, *When Political Questions Affect Individual Rights: The Other Nixon v. United States*, *Sup. Ct. Rev.*, 1993, p. 125 ss., spec. pp. 137-138.

[24] M.J. Gerhardt, *Rediscovering Nonjusticiability: Judicial Review of Impeachment after Nixon*, 44 *Duke L.J.* 231, 1994. Altra parte della dottrina, invece, pur muovendo da una posizione favorevole al riconoscimento della massima estensione dei poteri del giudice, riconobbe che gli *impeachment cases* fossero comunque l'esempio tipico della sua applicazione: in tal senso, E. Chemerinsky, *Cases Under the Guarantee Clause Should Be Justiciable*, 65 *U. Colo. L. Rev.* 849, 1994.

[25] Cfr. anche il caso *United States v. Butler* [297 U.S. 1, 87-88 (1936)]. In particolare, si veda la *dissenting opinion* del giudice Stone, il quale aveva già allora osservato che «*courts are not the only agency of government that must be assumed to have the capacity to govern*» rifiutando l'«*assumption that the responsibility for the preservation of our institutions is the exclusive concern of any one of the three branches of government, or that it alone can save them from destruction*».

3. Reapportionment, gerrymandering *e il "federalismo giurisdizionale"*

3.1. Reapportionment *e* gerrymandering claims

Uno degli ambiti in cui il concetto di *political question* ha mostrato tutta la propria variabilità, quanto ad estensione di confini ed ambiti applicativi, è quello del *reapportionment*, inerente, cioè, la revisione dei criteri di ripartizione dei seggi elettorali[26].

Il peso dei voti e il *reapportionment*, con riferimento all'elezione delle assemblee legislative statali e dei distretti per l'elezione del Congresso degli Stati Uniti, rappresentano una tematica che da sempre ha suscitato accese dispute e numerose controversie[27] e che in-

[26] Con il termine *gerrymandering*, invece, si allude alla pratica di manipolazione dei seggi elettorali. Tale termine (unitamente all'espressione "*partisan gerrymandering*") ha origine nel 1812 dalla unione del cognome dell'allora governatore dello Stato del Massachusetts, Elbridge Gerry, con il termine *salamander*, derivante dal fatto che il *redistricting plan* definito in quello Stato aveva determinato distretti elettorali così complessi e contorti da assomigliare ad una salamandra. Sul punto: *American Treasures of the Library of Congress*, http://www.loc.gov/exhibits/treasures/trr113.html, ove si legge che «*[i]n 1812, Jeffersonian Republicans forced through the Massachusetts legislature a bill rearranging district lines to assure them an advantage in the upcoming senatorial elections. Although Governor Elbridge Gerry had only reluctantly signed the law, a Federalist editor is said to have exclaimed upon seeing the new district lines, "Salamander! Call it a Gerrymander*».

[27] Sul punto la letteratura è molto articolata. In termini generali, si veda: R.H. Pildes, *Apportionment*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, I, Gale 2008, p. 89 ss., Id., *The Constitutionalization of Democratic Politics*, 118 *Harv. L. Rev.* 28, 2004. Per una prospettiva storico-politologica: M.A. Grarber, *From Republic to Democracy: The Judiciary and the Political Process*, in K.L. Hall, K.T. McGuire (eds.), *The Judicial Branch*, Oxford University Press, New York, 2005, p. 401 ss. Si vedano inoltre, *ex multis*, S. Issacharoff, P.S. Karlan, *Where to Draw the Line?: Judicial Review of Political Gerrymanders*, 153 *U. PA. L. Rev.* 541, 2004; L. Fuentes-Rohwer, *Reconsidering the Law of Democracy: Of Political Questions, Prudence, and the Judicial Role*, 47 *Wm. & Mary L. Rev.* 1899, 2006, spec. p. 1927 ss.; Id., *Doing Our Politics in Court: Gerrymandering, "Fair Representation" and an Exegesis into the Judicial Role*, 78 *Notre Dame L. Rev.* 527, 2003; S. Issacharoff, *Gerrymandering and Political Cartels*, 116 *Harv. L. Rev.* 593, 2002; J.H. Ely, *Gerrymanders: The Good, the Bad and the Ugly*, 50 *Stan. L. Rev.* 607, 1998; S. Issacharoff, *Judging Politics: The Elusive Quest for Judicial Review of Political Fairness*, 71 *Tex. L. Rev.* 1643, 1993; B. Grofman (ed.), *Political Gerrymandering and the Courts*, Agathon Press, New York, 1990

volge, in ultima battuta, la legittimazione dell'azione della Corte Suprema. In particolare, specialmente in passato, gli abitanti delle città sostenevano che il voto espresso dagli elettori residenti lontano dagli agglomerati cittadini avesse un peso maggiore, in virtù della concreta strutturazione dei distretti elettorali e di un'allocazione del numero di soggetti eleggibili per distretto che non teneva conto della distribuzione moderna della popolazione, con il risultato di una sovra-rappresentazione dei primi[28].

3.1.1. *Le prime decisioni*

Nel 1946 la Corte Suprema fu costretta a confrontarsi con la questione del *judicially mandated repportionment* nel caso *Colegrove v. Green*[29]. In una sofferta decisione decisa con la maggioranza di un solo voto, il giudice Frankfurter, redattore dell'*opinion of the Court*, – ricorrendo ad un uso dei *prudential factors* simile a quanto già espresso nel caso *Coleman*[30] – stabilì che la Corte non avesse il potere di interferire in questioni concernenti la distribuzione dei seggi congressuali avendo esse natura *political*. Egli ebbe modo di sottolineare che i ricorrenti chiedevano qualcosa di esorbitante dalla competenza della Corte Suprema, trattandosi di «*one of those*

(rist. 2008), p. 244 ss.; P.H. Schuck, *The Thickets Thicket: Partisan Gerrymandering and Judicial Regulation of Politics*, 87 *Colum. L. Rev.* 1325, 1987.

Per la dottrina italiana si veda, su tutti, l'analitico studio di G. Bognetti, *Malapportionment, ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1966. Per un commento alla giurisprudenza statunitense più recente in materia si vedano: G.F. Ferrari, *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2003/2004 e 2004/2005*, in *Giur. cost.*, 5, 2005, p. 4125 ss.; Id., *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2005/2006 e 2006/2007*, in *Giur. cost.*, 5, 2007, p. 3797 ss.; G. Romeo, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei Terms 2011/2012 e 2012/2013*, in *Giur. cost.*, 5, 2013, p. 4223 ss.

[28] In termini generali: C. Douglas, *Political Question Doctrine*, cit., p. 63 ss.; R.H. Pildes, *Apportionment*, cit., p. 89 ss.; in senso conforme anche L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 96 ss.; E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, cit., pp. 138-139. Nella letteratura italiana: G. Bognetti, *Malapportionment, ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti*, cit., p. 1 ss.

[29] [328 U.S. 549 (1946)].

[30] *Coleman v. Miller* [307 U.S. 433 (1939)].

demands on judicial power which cannot be met by verbal fencing about "jurisdiction"»[31].

La Corte arrivò a definire "ostile" all'attuazione di un sistema democratico il coinvolgimento del potere giudiziario «*in the politics of the people*» precisando che «*it is not less pernicious if such judicial intervention in an essentially political contest be dressed up in the abstract phrases of the law*»[32].

A sostegno delle proprie conclusioni il giudice Frankfurter argomentò che esse fossero le uniche desumibili dalle disposizioni della Costituzione federale[33], avendo questa conferito unicamente al Congresso l'autorità esclusiva ad assicurare «*fair representation by the States in the popular House, and left to that House determination whether States have fulfilled their responsibility*»[34].

Tuttavia, elemento di criticità di tale pronuncia derivava dal fatto che il giudice Frankfurter non portò argomentazioni concrete a sostegno della propria decisione, né individuò criteri che le Corti avrebbero potuto applicare in ipotesi di lesione di diritti individuali. Non basò la propria analisi su alcuna conclusione che trascendesse le norme parametro richiamate dagli attori a tutela dei diritti da essi invocati. Nella (remota) ipotesi che il Congresso venisse meno ai propri doveri, infatti, egli genericamente rimandava al popolo l'individuazione di una opportuna soluzione[35].

L'aspetto di debolezza che caratterizzava l'*opinion of the Court* fu ben messo in evidenza anche dal giudice Black nell'opinione dissenziente al caso. Egli auspicò un coinvolgimento giudiziale poiché sosteneva che le assemblee legislative statali non sarebbero intervenute in quanto composte da soggetti le cui carriere erano direttamente dipendenti dall'alterazione di equilibri che si sarebbe determinata in seguito al *reapportionment* dei distretti elettorali.

Al contrario, il giudice Rutledge, nella propria *concurring opi-*

---

[31] [328 U.S. 549, 552 (1946)].

[32] [328 U.S. 549, 554 (1946)].

[33] «*The Constitution of the United States gives ample power to provide against these evils*» [328 U.S. 549, 554 (1946)].

[34] [328 U.S. 549, 554 (1946)].

[35] [328 U.S. 549, 554 (1946)]. Osservazioni critiche all'iter argomentativo seguito dell'*opinion of the Court* possono rinvenirsi in L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 96 ss.

nion, aderì alla determinazione di Frankfurter ritenendo, però, che la stessa andasse giustificata sulla base di argomentazioni basate non su una rigida concezione della *political question doctrine*, bensì in virtù di «*equitable remedies*»[36]. Egli, cioè, non riteneva che si fosse in presenza di una *political question*, quanto piuttosto che il dovere della Corte di astenersi da una decisione nel merito risiedesse nel carattere particolarmente delicato, e politicamente sensibile, della questione[37].

3.1.2. *L'avvio della c.d.* reapportionment era

Per circa poco meno di un ventennio la giurisprudenza della Corte Suprema è parsa non discostarsi dal *decisum* del caso *Colegrove*[38], salvo che non venissero in rilievo questioni in cui la configurazione dei distretti elettorali o le procedure elettorali integrassero profili di *racial discrimination*[39].

Solo all'inizio degli anni Sessanta la Corte Suprema giunse a decidere alcuni casi che ebbero l'effetto di modificare profondamente l'assetto dei poteri legislativi statali e la configurazione delle *congressional delegations*.

In quella che viene definita la *reapportionment era*, cioè, la Corte, al fine di garantire la democraticità del processo elettorale, intervenne massicciamente a modificare tutte quelle disposizioni ritenute non più in linea con lo sviluppo demografico del Paese, determinando una riforma politica a livello nazionale in un contesto in cui, fino a quel momento, ogni prospettiva di mutamento era considerata "senza speranza"[40]. Si trattò di decisioni che, come prevedibile, ebbero un impatto significativo sull'opinione pubblica e non trovarono sin da subito un riscontro positivo unanime da parte della dottrina

---

[36] [328 U.S. 549, 565 (1946)].

[37] [328 U.S. 549, 565 (1946)].

[38] Si veda, ad esempio, il caso *South v. Peters* [339 U.S. 276 (1950)].

[39] Cfr., ad esempio, i casi *Gomillion v. Lightfoot* [364 U.S. 339 (1960)]; *Terry v. Adams* [345 U.S. 461 (1953)]; ma anche *Smith v. Allwright* [321 U.S. 649 (1944)].

[40] In questi termini: A.J. Mikva, *Justice Brennan and the Political Process: Assessing the Legacy of Baker v. Carr*, 1995 *U. Ill. L. Rev.* 683, 1995, p. 685.

che lamentava la creazione di «*constitutional rules and standards "out of the cloth"*»[41].

Nel tempo, comunque, l'opinione pubblica, la dottrina maggioritaria e gli stessi giudici hanno valutato in modo differente le decisioni rese nella *reapportionment era*, considerandole un passo coraggioso ed indefettibile per lo sviluppo del sistema elettorale – e dell'intero ordinamento costituzionale – secondo dinamiche pienamente democratiche.

La svolta si ebbe con celebre *Baker v. Carr*[42], già analizzato in seno al capitolo precedente[43]: i giudici della Corte Suprema optarono per un'inversione di rotta rispetto alla giurisprudenza che si era affermata sino a quel momento, stabilendo che, pur senza incidere sulla *guarantee clause* – e quindi senza determinare un *overruling* del caso *Luther v. Borden*[44] – si potesse agire nei confronti dello Stato che non avesse provveduto ad assicurare l'*equal protection of the law*[45].

Si sanciva, così, la giustiziabilità del processo politico al fine di valorizzare la protezione dei diritti dei singoli[46].

Solo due anni dopo la decisione del caso *Baker* la Corte Warren ha inciso nuovamente sulla legislazione in materia politica desumendo dal quadro costituzionale il celebre principio «*one person, one vote*»[47], ai sensi del quale ciascun cittadino avrebbe il diritto di poter

---

[41] Per una ricostruzione si veda: N. Persily, *Suing the Governments in Hope of Controlling it: The Evolving Justifications for Judicial Involvement in Politics*, 5 *U. Pa. J. Const. L.* 607, 2003, pp. 608-609.

[42] [369 U.S. 186 (1962)].

[43] Si veda spec. par. 3.1 del cap. IV.

[44] [48 U.S. 1 (1849)], su cui *supra*, cap. IV, par. n. 2.

[45] In realtà, non è mancato chi in dottrina ha rilevato come il riferimento all'*equal protection clause*, come contenente «*judicial standards […] well-developed and familiar*» [369 U.S. 186, 223-226 (1962)], non sia un'argomentazione dirimente poiché anche tale clausola, del pari della *guarantee clause*, presenta contorni dai confini vaghi e variamente interpretabili: in tal senso E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, cit., p. 139.

[46] La situazione dello Stato del Tennessee negava agli elettori l'*equal protection of the law* di cui al XIV emendamento poiché vi era una sovra-rappresentazione della popolazione risiedente nelle campagne nell'ambito delle assemblee elettive statali.

[47] Nel caso *Reynold v. Sims* [377 U.S. 533, 566 (1962)]. Il *chief justice* Warren dichiarò che «*[t]he Equal Protection Clause guarantees the opportunity for*

partecipare al processo politico senza che fattori di ordine istituzionale o discriminazioni possano in qualche modo incidere negativamente sulla espressione del suo diritto di voto[48]. Con il caso *Reynold v. Sims*, la Corte, cioè, riuscì a creare e implementare una misura concreta per valutare la costituzionalità del processo elettorale nonostante mancasse un riscontro diretto nel testo costituzionale che la giustificasse[49].

3.1.3. *(*segue*): successivi sviluppi*

L'aver qualificato l'*equal protection clause* come parametro che giustifica un sindacato giurisdizionale sullo svolgimento del processo politico al fine di tutelare il diritto al voto ha portato la giurisprudenza successiva ad intervenire sugli standard di giudizio applicabili e ad inaugurare un nuovo corso che ha condotto alla tendenziale eliminazione dell'applicazione della *political question doctrine* nelle questioni vertenti l'esercizio del diritto di voto, anche quando la Corte Suprema si è trovata a decidere in una composizione maggiormente conservatrice rispetto a quella liberale che aveva caratterizzato la Corte Warren, sebbene con modalità ed effetti di minore impatto rispetto alla c.d. *Warren Era*.

In questo contesto si colloca la decisione *Davis v. Bandemer*[50] del 1986 con cui alla Corte fu richiesto di stabilire se il c.d. *political gerrymandering*[51] fosse sottratto all'ambito applicativo della *politi-*

---

equal participation by all voters […] Diluting the weight of votes because of place of residence impairs basic constitutional rights under the Fourtheenth Amendment just as much as invidious discriminations based upon factors such as race […]». Si veda altresì il caso *Wesberry v. Sanders* [376 U.S. 1 (1964)], con cui si statuì che l'articolazione dei *congressional districting plans* dovesse garantire una *proportional representation* (pt. 18 della decisione).

[48] Alla luce del principio di eguaglianza ogni cittadino deve avere una voce effettivamente eguale a quella degli altri nella elezione dei membri dei corpi legislativi [377 U.S. 533, 562 (1962)].

[49] Per un commento si veda N. Persily, *Suing the Government in Hopes of Controlling It: The Evolving Justifications for Judicial Involvement in Politics*, cit., spec. pp. 608-609.

[50] [478 U.S. 109 (1986)].

[51] Cfr. supra, nota n. 26, nonché P.H. Schuck, *Partisan Gerrymandering: A Political Problem Without Solution*, in B. Grofman (ed.), *Political Gerrymandering and the Courts*, cit., p. 244 ss.

cal question doctrine e se le modalità di determinazione dei distretti elettorali nello Stato dell'Indiana ne violassero la Costituzione.

La Corte, nel decidere il caso, mostrò un'anima fortemente divisa e fu redatta una *plurality opinion* con cui il giudice White concluse che le decisioni del potere legislativo volte a ridefinire i criteri di distribuzione dei seggi elettorali, e concretanti un vantaggio per il partito politico di maggioranza a discapito di quelli all'opposizione, potevano astrattamente violare l'*equal protection clause* di cui al XIV emendamento della Costituzione federale. La Corte, tuttavia, circostanziò il proprio sindacato (e quello delle corti federali inferiori) alla sussistenza di alcuni presupposti, individuati nella presenza di una persistente frustrazione della volontà popolare o della negazione alle minoranze di un'equa possibilità di influire e dare il proprio apporto al processo politico[52].

Tuttavia la dottrina e la giurisprudenza successive, in particolar modo con la *plurality opinion* resa nel caso *Vieth v. Jubelirer*[53], hanno evocato in dubbio la concreta configurabilità di tali presupposti, sostenendo che non siano idonei a configurare quei *judicial manageable standards* che consentirebbero alla Corte Suprema un giudizio nel merito. E anche coloro i quali ritengono che tali standard esistano, non concordano sulla loro definizione e concreta portata applicativa[54].

---

[52] Tuttavia, nel caso di specie, la Corte non ritenne che la procedura di *redistricting* condotta nello Stato dell'Indiana concretasse la lesione di diritti lamentata dal Partito democratico [478 U.S. 109 (1986)]. Inoltre, va precisato che la sentenza in esame, seppur frutto di un difficile compromesso che consentiva l'astratta giustiziabilità di questioni di questo tipo, non trovò un ampio riscontro nella giurisprudenza delle corti federali inferiori. Su questi profili si veda R.L. Hansen, *Looking for Standards (in All the Wrong Places): Partisan Gerrymandering Claims after Vieth*, in *Loyola. LA Legal Studies Research Paper n. 4-12*, 2004.

[53] *Vieth v. Jubelirer* [541 U.S. 267 (2004)], su cui diffusamente *infra*.

[54] Cfr. le *dissenting opinions* in *Vieth* e, in dottrina si vedano B. Grofman (*Towards a coherent Theory of gerrymandering: Bandemer and Thronburg*, in B. Grofman [ed.], cit., pp. 29-30) secondo cui adeguati standard di giudizio richiederebbero un «*intentional and severe gerrymandering plan predictably non-transient in its effects*»; D. Hays Lowestein (*Bandemer's Gap: Gerrymandering and Equal protection*, in B. Grofman (ed.), *Political Gerrymandering and the Courts*, cit., p. 64) secondo cui gli standard di Bandemer sarebbero «*a run-of-the mill Fourtheen Amendment case about the targeting of "suspect classification(s)"*». Per L. Fuentes-Rohwer (*Reconsidering the Law of Democracy…*, cit., p. 1930) la portata

Sei anni dopo il caso *Bandemer* la Corte Suprema ebbe nuovamente occasione di pronunciarsi in materia di *reapportionment* nel caso *United States Department of Commerce et al. v. Montana et al.*[55] ritenendo che «[…] *As our previous rejection of the political question doctrine in this context should make clear, the interpretation of the apportionment provisions of the Constitution is well within the competence of the Judiciary […]*». I supreme *justices*, richiamando espressamente il precedente *Baker*, ritennero che il caso sottoposto al loro esame fosse un *political case*[56], quindi una mera questione interpretativa di rilevanti disposizioni costituzionali e non una *political question*[57]. Tuttavia, pur avendo sancito la propria astratta competenza a sindacare il merito della controversia, non si spinsero fino a censurare le scelte del Congresso[58].

3.1.4. *(*segue*): la svolta del 2004*

Una significativa inversione di rotta, per quel che concerne la posizione della Corte Suprema in tema di applicazione della *political question doctrine* ai casi di c.d. *malapportionment* e *partisan gerrymandering*, si ebbe nel 2004 con la sofferta decisione del caso *Vieth v. Jubelirer*[59]. Tale decisione divise fortemente la Corte Suprema ed ebbe grande impatto nell'opinione pubblica, mostrando come le diverse *opinions* dei giudici rispondessero alle diverse concezioni del *judicial review of legislation* e dei rapporti fra la giustizia costituzionale e il sistema politico-costituzionale che animavano la Corte.

---

del caso Bandemer può essere compresa se lo si considera «*as a species of the redistricting cases of the early 1960s […] as the Court made clear in Reynold v. Sims, the goal at the heart if the reapportionment revolution was the pursuit of fair representation. Bandemer is part and parcel of this revolution*». In senso conforme: G.E. Baker, *The Unfinished reapportionment revolution*, in B. Grofman (ed.), *Political Gerrymandering and the Courts*, cit., p. 11 ss.

[55] [503 U.S. 442 (1992)].

[56] [503 U.S. 442, 458 (1992)].

[57] [503 U.S. 442, 459 (1992)].

[58] [503 U.S. 442, 465 (1992)].

[59] [541 U.S. 267 (2004)]. La Corte Suprema fu chiamata ad esaminare il piano di *redistricting* predisposto dalla Pennsylvania dopo il censimento del 2000.

Quattro giudici siglarono una *plurality opinion* che sanciva la natura di *political question* per tutti i *gerrymandering claims*, in ragione dell'impossibilità di individuare giudizialmente *standard* e requisiti che consentissero di valutare oggettivamente e giuridicamente la questione[60].

Quattro giudici, invece, sostennero la piena "giustiziabilità" della controversia cercando di reperire standard di giudizio alternativi[61] a quelli elaborati dalla giurisprudenza sino a quel momento e rifiutati dai giudici che hanno siglato la *plurality opinion.*

Il *justice* Kennedy, nella *concurring opinion* che presentò da solo, pur sostenendo l'astratta conoscibilità per la Corte dei *partisan gerrymandering cases*, tuttavia si associò a coloro i quali ritenevano che nel caso di specie andasse avvalorata e confermata la decisione della *District Court* che non censurava come incostituzionale il *political gerrymandering*. Egli, infatti, riconobbe la difficoltà di

[60] Il giudice Scalia, cui si unirono i giudici Thomas, Rehnquist, e O'Connor, redigette l'*opinion of the Court*, invece i giudici Stevens, Souter e Breyer scrissero una *dissenting opinion* ciascuno, mentre Kennedy optò per una *concurring opinion.* Scalia sostenne l'impossibilità di individuare, nel caso in esame, quei *discoverable and manageable standards* che consentirebbero un giudizio nel merito. Inoltre gli standard di giudizio, che nel caso *Davis* erano costruiti a partire dalla *equal protection clause*, vengono qui definiti *unmanageable* soprattutto perché non si ritiene verificabile l'attualità e la portata degli effetti asseritamente discriminatori delle scelte del potere legislativo.

[61] Ad esempio il *Justice* Stevens ha cercato di applicare i principi del *racial gerrymandering* al contesto politico sostenendo che ci si dovesse domandare «*whether the legislature allowed partisan considerations to dominate and control the lines drawn, forsaking all neutral principles*» [541 U.S. 267, 339 (2004)]. Diversamente, il giudice Breyer elaborò un test articolato, distinto in diverse parti, da utilizzarsi come guida [541 U.S. 267, 360 (2004)]. Il Giudice Souter, per parte sua, cui si unì il giudice Ginsburg, elaborò un test fondato su cinque diversi elementi [541 U.S. 267, 347 (2004)]. Per un commento, in dottrina, si vedano *ex multis*: L. Fuentes-Rohwer, *Reconsidering the Law of Democracy…*, cit., spec. pp. 1933-1938; J.H. Choper, *The Political Question Doctrine: Suggested Criteria*, 54 *Duke L.J.* 1457, 2005, spec. p. 1486 ss. Quest'ultimo autore, pur definendosi «*sympatetic to the conflict between political gerrymanders and fundamental principles of democracy and effective representative government that Justice Souter and Breyer valiantly seek to resolve*» (p. 1488), tuttavia concorda con le difficoltà concrete palesate dai redattori delle *plurality opinions* pur rilevando come «*still real potential injury to individual voting rights remains. Neither the political process nor the majority's uncertainties about the electorate may be expected to be nearly as successful as litigation in correcting the distortions partisan gerrymandering causes*» (p. 1490).

individuare standard di giudizio che fossero politicamente neutrali e "gestibili" sotto il profilo delle applicazioni pratiche. Così, al fine di consentire l'astratta azionabilità di pretese future, argomentò in merito alla possibilità di ricorrere alle disposizioni di cui al primo emendamento, più che agli evanescenti standard di cui alla *equal protection clause*. Pertanto, in una prospettiva che vede la sostanziale compressione dei *representational rights* per motivi ideologici, politici o religiosi, residuerebbero, in capo agli Stati, alcuni margini di valutazione discrezionale in un'ottica essenzialmente pragmatica. Apparentemente, seguendo le argomentazioni di Kennedy, il *gerrymandering* a base etnico razziale rimane azionabile a livello teorico, ma si lascia spazio ad approcci critici riportando il dibattito su temi tipicamente invocati negli anni Sessanta per contestare l'operato della *Warren Court*, in punto di ricorso alla *political question doctrine* o alla inesistenza di *neutral principles* a fondamento del giudizio.

Questa pronuncia, sebbene non sia stata in grado di rovesciare nella sostanza la portata del precedente di *Davis v. Bandemer*[62], ne ha rappresentato, tuttavia, un fortissimo tentativo, giustificato dalla presenza in seno alla Corte Suprema di molte anime conservatrici, sostenitrici della necessità di osservare un atteggiamento di *judicial restraint* in tutte quelle questioni considerate di pertinenza di altri poteri e dell'opportunità di ripristinare una concezione di *political question doctrine* tendenzialmente più fedele a quella che era ritenuta la tradizione storica[63].

Inoltre, la particolare posizione assunta dal giudice Kennedy nel caso *Vieth* ha l'effetto di lasciare sostanzialmente irrisolta la questio-

---

[62] La *concurring opinion* di Kennedy nel caso *Vieth* lascia spazio per l'astratta giustiziabilità quantomeno di alcuni *gerrymandering claims*. Parte della dottrina, inoltre, ha rilevato come la Corte che ha deciso il caso *Vieth* non sia stata in grado di comprendere la reale portata del caso *Davis v. Bandemer*: così L. Fuentes-Rohwer, *Reconsidering the Law of Democracy…*, cit., spec. p. 1928.

[63] Per un commento al caso si vedano, *ex multis*, A.B. Cox, *Partisan Gerrymandering and Disaggregated Redistricting*, in *The Supreme Court Review*, 2004, p. 409 ss.; R.L. Hansen, *Looking for Standards (in All the Wrong Places): Partisan Gerrymandering Claims after Vieth*, in *Loyola. LA Legal Studies Research Paper*, n. 4-12, 2004; S. Issacharoff, P.S. Karlan, *Where to Draw the Line?: Judicial Review of Political Gerrymanders*, cit., p. 541 ss. oltre agli autori indicati *supra*, alla nota n. 61. Nella letteratura italiana: G.F. Ferrari, *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2003/2004 e 2004/2005*, cit., p. 4136 ss.; C. Valentini, *Le ragioni della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2011, spec. p. 335 ss.

ne sulla giustiziabilità o meno dei casi di *political gerrymandering* in quanto la Corte Suprema non è stata in grado di fornire un'indicazione di criteri chiari da seguire sul punto.

Pare significativo che alcuni studiosi sostengano che una siffatta indicazione non dovrebbe prescindere dalla verifica dell'esistenza di un consenso sociale in materia, ciò a conferma dell'importanza dell'opinione pubblica nella determinazione del prestigio e dell'autorevolezza della Corte, specialmente per quel che concerne l'adozione di scelte aventi natura più o meno direttamente politica. In mancanza, si auspica che scelte di valore sul punto siano lasciate al processo politico[64].

Altra dottrina ha sostenuto che il silenzio in merito alla natura o meno di *political question* dei casi sottoposti all'esame della Corte risponda alla *ratio* di lasciare aperta la possibilità che essa si ripronunci in un contesto che si presti meglio ad una decisione nel merito, consentendo, di fatto, la massima ampiezza del controllo giurisdizionale e rispondendo, nella sostanza, ad un atteggiamento di marcato attivismo[65].

È significativo, comunque, che il profondo disaccordo che ha spaccato sostanzialmente a metà la Corte Suprema, di fatto, ne abbia "paralizzato" il potere decisionale.

Il caso *Vieth*, più che una questione di *judicial power*, evidenzia una questione di *judicial will*. I giudici devono muoversi all'interno della sfera politica al fine di "governare" atti politici[66]?

Nell'approcciarsi a ciò la Corte avrebbe potuto muoversi in due principali direzioni: a) rafforzare le proprie posizioni in relazione al *political gerrymandering* o b) determinare una inversione di rotta coesa e compatta ben diciotto anni dopo il caso *Davis v. Bandemer*.

---

[64] Cfr. ad esempio R.L. Hansen, *Looking for Standards (in All the Wrong Places)…*, cit., p. 1 ss.

[65] Nella letteratura italiana si veda, ad esempio, P. Bianchi, *Le tecniche di giudizio e la selezione dei casi* in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006, p. 641 ss., e bibliografia ivi citata. Per un commento alle implicazioni delle posizioni dei singoli *justice* nel caso *Vieth* si veda altresì C. Valentini, *Le ragioni della Costituzione*, cit., p. 335 ss.

[66] Diffusamente, su questo profilo L. Fuentes-Rohwer, *Reconsidering the Law of Democracy…*, cit., spec. pp. 1902-1903.

Avrebbe potuto, ma, di fatto, non ha preso posizione in modo chiaro. L'invocazione della *political question doctrine* pare essere qui utilizzata quale paravento atto schermare (peraltro senza riuscirci) le profonde divisioni interne, che rispondono a concezioni del *judicial review* e a rapporti fra giustizia costituzionale e dimensione politica del sistema costituzionale americano profondamente antagonisti. L'*opinion* di Scalia risponde chiaramente ad una concezione del sistema politico-costituzionale in cui al *judicial review* è riconosciuto un ruolo "debole". L'*opinion* di Kennedy, al contrario, pare essere espressione di un approccio pragmatico e *rights oriented*, che implica una concezione *forte* del *judicial review*, da intendersi quale effettiva e sostanziale garanzia delle libertà, anche laddove sia necessario evocare in dubbio la legittimità dell'operato delle maggioranze parlamentari. Infine l'*opinion* del giudice Breyer risponde alla sua concezione del *judicial review* come elemento di "supporto" alla democraticità di un sistema politico in cui il ruolo delle minoranze va adeguatamente valorizzato[67].

Più di recente il quadro giurisprudenziale si è arricchito, ma non nel senso di fornire una maggior chiarezza, con la decisione *League of United Latin Am. Citizens (LULAC) v. Perry* del 2006[68], ove la Corte Suprema, con un'altra decisione sofferta, ha rifiutato di pronunciarsi nel merito della questione sottopostale ritenendo di essere in presenza di una *non justiciable political question.*

Il caso evidenzia come il *partisan gerrymandering* continui ad essere una questione (e una pratica) controversa che ha l'effetto sostanziale di minare il processo partecipativo democratico dei sistemi elettorali di molti Stati.

Si è già rilevato che, sebbene la Corte Suprema federale abbia utilizzato il parametro dell'*equal protection clause* al fine di poter definire questioni inerenti la configurazione dei distretti elettorali, essa tuttavia ha mostrato molta cautela – quando non ha rifiutato – di ricorrere a tale parametro interpretativo se non in questioni particolari in cui venissero in rilievo profili di *racial discrimination.* Infatti, se nel caso

[67] Per la posizione di S. Breyer si veda anche la sua opera *Active Liberty. Interpreting our Democratic Constitution*, Vintage Books, New York, 2005.

[68] *League of United Latin Am. Citizens (LULAC) v. Perry* [548 U.S. 399 (2006)].

Vieth la Corte Suprema aveva ritenuto di non potersi spingere a valutare la questione inerente alla modifica dei distretti elettorali (e dei relativi collegi) statali relativi all'assegnazione dei seggi per la Camera dei rappresentanti federale per un duplice ordine di ragioni – vale a dire l'inesistenza, nel testo costituzionale, di norme che ponessero un principio di proporzionalità della rappresentanza, oltre alla difficoltà oggettiva di applicare standard di giudizio che permettessero di individuare *ex ante* la presenza di elementi atti a cagionare una intenzionale discriminazione di determinati gruppi politici a vantaggio di altri – nel caso *LULAC* di fronte ai giudici di Washington si è posto un ulteriore problema, che ha visto intersecarsi il *partisan gerrymandering* (non azionabile, secondo quanto statuito in *Vieth*) con il *gerrymandering* su base etnica (che la giurisprudenza ha ritenuto sempre vietato).

Ciò comporta un sensibile innalzamento del coefficiente di difficoltà per la Corte Suprema al momento di scegliere se intervenire o meno a definire tutte quelle questioni in cui il *gerrymandering* su base discriminatoria si intersechi con il *partisan gerrymandering*.

Per comprendere le complesse implicazioni del caso *LULAC* pare opportuno ricostruire brevemente il contesto in cui è originato.

Nello Stato del Texas, dopo che il censimento del 2000 aveva portato al riconoscimento di due nuovi seggi al Congresso Federale, in un primo momento la corte distrettuale, stante il disaccordo delle due camere statali a contrapposto controllo politico, aveva inserito due collegi ad elevata densità demografica configurandoli in base a criteri neutrali. Successivamente, con l'affermazione di una solida maggioranza repubblicana in seno al legislativo statale, si è predisposta una revisione dei collegi elettorali al fine di incidere su una situazione considerata sproporzionatamente vantaggiosa per il democratici. Il risultato di ciò, fu l'attribuzione, nel 2004, di ben 21 seggi a favore dei Repubblicani.

Quando la questione giunse alla Corte Suprema, questa si mostrò fortemente divisa, come risulta in modo evidente dalla lettura della *majority opinion* e delle *concurring* e *dissenting opinions*, variamente sostenenti o contestanti l'*opinion of the Court* redatta dal *justice* Kennedy[69].

[69] Cui si sono associati: con riferimento alle parti II e III, Stevens, Souter, Ginsburg e Breyer; con riferimento alle parti I e IV, Roberts e Alito; con riferimen-

L'*opinion* di Kennedy sembra mantenere la posizione della Corte Suprema in uno stato di limbo, lasciandole aperta la possibilità, per il futuro, sia di spingersi a decidere *gerrymandering claims*, sia di prendere completamente le distanze dal dibattito inerente il contenzioso partitico del *redistricting*. Nell'incapacità concreta di adottare una posizione chiara e condivisa, di fronte ad una plateale manipolazione dei seggi elettorali in Texas, la Corte Suprema ha trovato una guida nelle disposizioni del *Voting Rights Act* (VRA) e ha dichiarato che una parte di quel *gerrymander* messo in atto aveva l'effetto di falsare il peso della minoranza latina nel sud-ovest dello Stato[70].

I giudici di Washington, però, son riusciti a produrre solo una decisione dalle motivazioni estremamente frammentate. La Corte desidera eliminare il *racial gerrymandering*, ma al contempo si rifiuta di pronunciarsi su un *partisan gerrymandering* dagli effetti più che palesi e distorsivi. Sebbene essa abbia vigorosamente protetto i gruppi minoritari dall'abuso della politica[71] – ha largamente rifiutato di ingerirsi sull'articolazione democratica del sistema maggioritario[72].

All'indomani della decisione, sia l'opinione pubblica, sia la dot-

---

to alle parti II-B, II-C e II-D, Souter e Ginsburg. Stevens ha redatto un'*opinion concurring* in parte e *dissenting* in parte, cui si è associato Breyer per le parti I e II. Souter ha presentato un'*opinion concurring* in parte e *dissenting* in parte, cui si è associata Ginsburg. Breyer ha presentato un'*opinion concurring* in parte e *dissenting* in parte. Roberts ha presentato un'*opinion concurring* in parte e *dissenting* in parte cui si è unito Alito. Scalia ha presentato un'*opinion concurring* in parte e *dissenting* in parte cui si sono associati Thomas e, per la parte III anche Roberts e Alito.

[70] Nello specifico, la Corte ha stabilito che il Texas aveva violato la sezione II del VRA nel configurare il *redistricting* in danno della minoranza latina nel distretto di Laredo.

[71] La Corte Suprema, infatti, ha ritenuto di poter censurare il *malapportionment* frutto di un *racial gerrimandering* ricorrendo ai criteri elaborati dalla propria costante giurisprudenza valutando in termini positivi le prove prodotte per dimostrare che il gruppo etnico che si assume leso: a) abbia una consistenza numerica sufficientemente ampia e geograficamente compatta per costituire maggioranza in un distretto uninominale; b) sia coeso dal punto di vista politico; c) che il voto della maggioranza bianca è così fisso da determinare sistematicamente la soccombenza del candidato riconducibile alla minoranza etnica.

[72] Infatti, relativamente alle contestazioni di *malapportionment* che inerivano unicamente il *partisan gerrymandering*, esse non sono state ritenute dimostrate secondo criteri giuridici chiari e si è deciso di mantenere fermo quanto statuito in *Vieth*.

trina si sono mostrate fortemente critiche[73]. Se non è mancato chi ha lamentato che i giudici «*did little to ensure the vibrancy of American democracy*»[74], in letteratura si è anche sottolineato come censurare il *partisan gerrymandering* posto in essere dai Repubblicani del Texas non avrebbe implementato la democraticità del sistema, ma al più, solamente fornito maggiori *chances* ai Democratici. Al contrario, censurare l'articolazione dei seggi che determinava una situazione oggettivamente sfavorevole per i latino-americani residenti in uno dei distretti oggetto di valutazione della Corte è stato letto come un passo importante: «*one that may well begin to address the excesses of partisanship in the political process*»[75].

Ulteriore caso che concerne la configurazione della normativa elettorale, il *redistricting* e, in ultima battuta, l'effettività del diritto di voto è il recente *Shelby County v. Holder*[76] in cui la Corte Suprema è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del sistema di controllo preventivo federale delle legislazioni elettorali concepito dal VRA[77] per alcuni Stati[78]. I giudici di Washington,

---

[73] Molto critici sono: A. Brooks, *The Court's Missed Opportunity to Draw the Line on Partisan Gerrymandering: LULAC v. Perry, 126 S. Ct. 2594 (2006)*, 30 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 781, 2007; nonché W.J. Phelan, *Political Gerrymandering after LULAC v. Perry: Considering Political Science for Legislative Action*, 32 *Seton Hall Legis. J.* 89, 2007 e, in letteratura italiana, G.F. Ferrari, *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2005/2006 e 2006/2007*, cit., p. 3797 ss.

[74] «*…and, while the Court "rightly" struck down the Laredo district, it did not begin to address the serious problems with the 2003 redistricting*»: così, l'editoriale del *New York Times*: *A Loss for Competitive Elections*, 29 giugno 2006, pt. A24.

[75] E.D. Katz, *Reviving the Right to Vote*, 68 *Ohio St. L.J.* 1163, 2007.

[76] [570 U.S._(2013)] *slip opinion*, reperibile in http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-96_6k47.pdf.

[77] Il *Voting Rights Act* (VRA) è uno degli interventi normativi che il Congresso federale ha approvato sull'onda della c.d. *reapportionment era* al fine di soddisfare le istanze del *civil rights movement*. In attuazione del disposto di cui al XV emendamento, si vieta agli Stati di adottare misure («*standard, practicies or procedures*») che in qualche modo possano influire negativamente sull'effettività del diritto di voto sulla base dell'appartenenza ad una determinata razza o etnia.

[78] Ai sensi della *Section* 5 del VRA alcuni Stati, tradizionalmente portanti una storia di discriminazione razziale, devono sottoporre le proprie normative elettorali all'approvazione del governo federale. La *Section* 4 del VRA (nella sua formulazione vigente nel 2013) prevedeva che alcuni Stati (Alabama, Alaska, Arizona, Georgia, Louisiana, Mississippi, Carolina del Sud, Texas e Virginia, intera-

accogliendo il ricorso hanno dichiarato l'incostituzionalità parziale del VRA[79] dividendosi fortemente, però, nell'approcciarsi alle questioni che emergono dal caso[80].

L'*opinion* della maggioranza, redatta da *chief justice* Roberts[81] considera il dato normativo di cui alla *section* 5 del VRA come obsoleto, ancorato ad un passato che non esiste ormai più, oltre che noncurante dei grandi progressi che, dalla metà degli anni Sessanta del secolo scorso, sono stati fatti nel livello della partecipazione al voto e nell'elezione ai pubblici uffici di afroamericani e altre minoranze protette. In considerazione di ciò, la formula impiegata dal legislatore federale per identificare le *covered jurisdictions* viene ritenuta il frutto di una situazione straordinaria che non esiste più e, conseguentemente dichiarata incostituzionale. La maggioranza invita, così, il Congresso a scrivere una nuova formula basata sul-

---

mente, oltre ad alcuni distretti di California, Florida, Michigan, New York, Carolina del Nord e Sud Dakota) soggiacessero al controllo preventivo del governo federale chiedendo un *preclearance for electoral law changes*. Si trattava di Stati in cui si riscontrava la compresenza di due circostanze specifiche: a) una scarsa affluenza alle urne della popolazione di colore fra il 1960 e la prima metà del decennio successivo, unitamente alla b) presenza di test o strumenti affini come prerequisiti per l'esercizio del diritto di voto.

[79] Il caso originava da un ricorso della Contea di Shelby, situata nello Stato dell'Alabama. La ricorrente ha sostenuto l'incostituzionalità della *section* 4 e della *section* 5 del VRA contestando sia il carattere anacronistico della previsione che consentiva di selezionare le c.d. *covered jurisdiction* da sottoporre a controllo federale; sia l'esistenza della competenza federale a ingerirsi sulla conformazione della legislazione elettorale statale. La Corte Suprema si è limitata a dichiarare l'incostituzionalità della *section* 4, e, conseguentemente, ora gli Stati sono liberi di modificare le leggi elettorali e la configurazione dei distretti elettorali senza l'approvazione del Dipartimento di Giustizia. Tuttavia senza potersi avvalere delle previsioni di cui alla *section* 4 ora il Dipartimento di Giustizia dispone di minori risorse per contestare la normativa elettorale che ritenga inficiata da effetti discriminatori. Per un commento e un'analisi del seguito legislativo della sentenza si veda: T. Lopez, *Shelby County': One Year Later*, in *Brennan Center for Justice*, 24 giugno 2014 (http://www.brennancenter.org/analysis/shelby-county-one-year-later). Nella letteratura italiana, per un commento al caso si veda: G. Romeo, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei Terms 2011/2012 e 2012/2013*, cit., spec. p. 4227 ss.

[80] Tali divisioni attengono sia all'individuazione della *ratio* degli strumenti adottati dal Congresso federale per implementare il dettato costituzionale, sia all'esistenza di problematiche attenenti l'effettività del diritto di voto, garantito formalmente in ugual misura a ogni cittadino.

[81] Cui si sono associati Scalia, Kennedy, Alito e Thomas (*concurring*).

le *current practicies* che giustifichi la procedura di *preclearance*[82], ridefinendo quindi, i criteri sulla base dei quali individuare gli stati le cui legislazioni elettorali devono essere esaminate in via cautelativa.

I giudici dissenzienti[83], contestando finanche la ricostruzione della storia politico-costituzionale del Paese, così come formulata dal *chief justice*, trovano che la normativa oggetto di giudizio, nonostante la formula certamente datata, mantenga una sua ragion d'essere, determinata dal persistere di situazioni di obiettiva discriminazione razziale. Conseguentemente, la *preclearance provision*[84] è considerata come uno degli strumenti di attuazione del XV emendamento, essenziale per evitare quelle pratiche distorsive che avevano giustificato l'adozione della normativa di carattere straordinario.

La decisione ha avuto una grande eco nell'opinione pubblica sia perché mostra ancora una volta le fratture che temi così sensibili evidenziano in seno alla Corte; sia perché, dal punto di vista pratico, ha reso molto più difficile un controllo federale su normative elettorali o su pratiche di *redistricting* che abbiano potenziali effetti discriminatori; sia perché, dalla pronuncia della sentenza, molti Stati sono intervenuti secondo dinamiche che da alcuni commentatori sono stati considerati di *partisan gerrymandering*[85].

Inoltre, nonostante le varie proposte di intervento, il Legislativo federale ha mostrato di arrancare nell'approvare le necessarie modifiche al VRA e a dar così seguito al *decisum* della sentenza.

3.1.5. *Alcune riflessioni d'insieme*

Volendo trarre qualche conclusione dall'analisi della giurisprudenza suindicata, specialmente dei casi *Vieth* e *LULAC* (senza omettere, però, *Shelby County*), si osserva come essa evidenzi che la Cor-

[82] Su cui, *supra*, nota n. 78.

[83] Ginsburg, con Breyer, Kagan e Sotomayor.

[84] Cfr., *supra*, nota n. 78.

[85] T. Lopez, *Shelby County': One Year Later*, cit., p. 1 ss., ma anche J. Fuller, *How has Voting Changed since Shelby County v. Holder?*, 7 giugno 2014, in http://www.washingtonpost.com.

te Suprema si trovi all'epicentro del processo politico-elettorale[86], che si svolge secondo dinamiche concrete che sono state ben definite «*a central pathology of modern American democracy*»[87]. Posizione cui, peraltro, non può dirsi del tutto estranea nemmeno la Corte costituzionale italiana[88].

Di fronte a situazioni riguardanti il *redistricting*, il *racial gerrymandering* o l'accesso al voto, la Corte Suprema si è spesso mostrata desiderosa di intervenire a garanzia del principio democratico, superando agevolmente le obiezioni inerenti la difficoltà di individuare *judicially manageable standards*.

Come giustificare, dunque, la posizione della Corte in *Vieth* (e in parte in *LULAC*)? Probabilmente nella determinazione implicita della maggioranza dei giudici di considerare il *partisan gerrymandering* strutturalmente differente dalle questioni inerenti il *redistricting*. Ma tale posizione non pare trovare una solida giustificazione costituzionale in nessuna parte delle *opinions* dei *supreme justices*.

Parte della dottrina – anche quando si è espressa nel senso negare la giustiziabilità del *partisan gerrymandering* per la necessità della Corte di preservare la sua legittimazione agli occhi dell'opinione pubblica aderendo ad una concezione tradizionale del *judicial role* e rifuggendo la tentazione di risolvere questioni che andrebbero lasciate al potere legislativo[89] – ha criticato le motivazioni espresse dalla Corte Suprema, specialmente in *Vieth*. Si è rilevato, infatti, come debba sempre suscitare una certo scetticismo ogni situazione in cui un giudice, e in particolare la Corte Suprema, confrontandosi con una questione di evidente natura costituzionale, palesi la pro-

[86] Si veda anche il caso *Bush v. Gore*, su cui *infra*, al par. 3.2. L'attualità della materia elettorale, anche se sotto il diverso punto di vista del finanziamento ai partiti, è confermata anche dalla recente giurisprudenza: cfr. caso *McCutcheon v. Federal Election Commission* [572 U.S._(2014)], *slip opinion*, in http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-536_e1pf.pdf (e prima anche *Citizens United v. Federal Election Commission* [558 U.S. 310 (2010)]) in cui la Corte Suprema è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della normativa federale che imponeva limiti al finanziamento delle campagne elettorali.

[87] R.H. Pildes, *The Constitutionalization of Democratic Politics*, cit., p. 56.

[88] Cfr. *infra*, cap. VI.

[89] L. Fuentes-Rohwer, *Doing Our Politics in Court: Gerrymandering, "Fair Representation" and an Exegesis into the Judicial Role*, 78 *Notre Dame L. Rev.* 527, 2003, spec. p. 545.

pria inattitudine ad occuparsene[90], e tale posizione critica ha trovato conferma nell'operato della Corte in *Vieth* e, in parte in *LULAC*. Non si sono voluti rinvenire *manageable standards* di giudizio che consentissero un sindacato nel merito perché la Corte non ha voluto trovarne. Tale approccio dei *supreme justices* presterebbe il fianco anche a critiche poiché «*the lack of candor about what courts are doing may carry its own costs*»[91].

Piuttosto che "nascondersi" dietro il paravento della *political question doctrine*, la Corte Suprema avrebbe potuto garantire maggior chiarezza, soprattutto perché, di fatto, non si è preclusa la possibilità che un criterio normativo lineare e chiaro, orientativo per i legislatori e i giudici, possa essere tracciato in futuro.

In ragione di ciò, pare potersi sostenere che, considerate alla luce della esperienza giurisprudenziale complessiva, le argomentazioni contro la giustiziabilità del *partisan gerrymandering* non sembrano poi così convincenti[92].

---

[90] L. Fuentes-Rohwer, *Reconsidering the law of democracy...*, cit., p. 1903. L'autore a sostegno della propria posizione richiama quanto affermato dalla Corte Suprema nel caso *Bush v. Gore* (su cui diffusamente al par. 3.2) allorché si è stabilito che «*when contending parties invoke the process of the Court, however, it becomes our unsought responsibility to resolve the federal and constitutional issues the judicial system has been forced to confront*» [531 U.S. 98, 111 (2000)].

[91] S. Issacharoff, P.S. Karlan, *Where to Draw the Line?: Judicial Review of Political Gerrymanders*, cit., p. 543. A ciò si aggiunga che «*the prospect of gerrymandering without any external constraints is a daunting one that ultimately bears the potential to effectively nullify the right to an equally weighted vote guaranteed by Baker v. Carr*» (J.H. Choper, *The Political Question Doctrine: Suggested Criteria*, cit., p. 1492). Il medesimo autore prosegue precisando che «*nevertheless, I have so far not seen any proposed solution akin to the one person one vote standard of Reynold v. Sims that would satisfy my criterion of being constitutionally warranted ("judicially dicoverable"), desiderable, and sufficiently principled to guide the lower courts and constrain all jurist from inserting their own ideological beliefs in ad hoc, unreasoned ways*». In senso conforme anche P.H. Schuck, *The Thickets Thicket: Partisan Gerrymandering and Judicial Regulation of Politics*, cit., pp. 1327-1328 e S. Issacharoff, *Gerrymandering and Political Cartels*, cit., pp. 643-644.

[92] Queste argomentazioni possono essere ridotte sostanzialmente a due proposizioni. La prima, una variante della *classical political question doctrine* – secondo cui il testo della costituzione non contempla il potere di definire la suddivisione dei distretti elettorali fra quelli espressamente inclusi nel novero delle competenze del potere giudiziario (*Vieth v. Jubelirer* [541 U.S. 267, 277 (2004)]). La seconda proposizione, invece, nega che possano esistere *judicially manageable standards*

Osservando l'evoluzione della giurisprudenza in materia di *redistricting* e *gerrymandering claims*, pur tenendo in debito conto tutte le difficoltà e le critiche che la Corte Suprema ha dovuto affrontare nei decenni, non pare potersi contestare che essa abbia il più delle volte avuto il coraggio di correggere alcune distonie sostanziali del processo politico-elettorale, sostanzialmente rafforzando la propria legittimazione, specialmente agli occhi dell'opinione pubblica.

Decisioni frammentate come quella di *Vieth* e *LULAC* sono emblematiche delle difficoltà della Corte Suprema a districarsi in un settore – quello della applicazione operativa del principio "*one man one vote*" – che ormai da quasi sessant'anni rappresenta l'epicentro della democrazia statunitense.

Accorta dottrina ha rilevato come, se i giudici di Washington avessero realmente voluto (o avuto la forza di) eliminare il massimalismo tipico della Corte Warren, avrebbero dovuto reperire un parametro di giudizio decisamente più chiaro e possibilmente condiviso. In realtà, però, sia in *Vieth*, sia in *LULAC* il collegio giudicante non è riuscito a produrre null'altro che una *plurality opinion* che dimostra solo le profonde fratture interne e che porta a ritenere il *decisum* privo di un senso complessivo coerente e soprattutto privo di indicazioni operative che possano soccorrere gli interpreti[93].

Se una delle critiche mosse alla Corte che decise il caso *Bandemer* fu quella di aver individuato standard di giudizio dalla difficile applicazione concreta, la giurisprudenza successiva ha contribuito a spostare l'arena del contenzioso su un piano governato da regole non meno incerte, sia nell'applicazione, sia nella configurazione astratta. Alla luce di ciò non si può che auspicare che una futura corte si spinga a decidere nel merito anche i *partisan gerrymandering claims*, individuando criteri interpretativi e parametri di giudizio il più possibile chiari e condivisi: ciò, a parere di chi scrive, lungi dal sancire una indebita interferenza nella sfera politica, consentirebbe di dipanare un quadro estremamente variegato e complesso la cui oscurità, paradossalmente, mina la legittimazione di una Corte che

utili per identificare l'esistenza di un *partisan gerrymander* incostituzionale (Id., al punto 279).

[93] In tal senso G.F. Ferrari, *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2005/2006 e 2006/2007*, cit., p. 3797 ss.

pare non in grado di "gestire" il problema politico con equidistanza, ricorrendo a parametri normativi ben definiti.

3.2. *I casi* Bush I *e* Bush II

Nella disamina delle situazioni in cui la Corte Suprema viene variamente in contatto con il processo politico, si ritiene imprescindibile ricordare anche due casi che, sebbene non resi in tema di *redisctricting* – ma relativi in generale alla materia elettorale[94] e incidenti sul c.d. "federalismo giurisdizionale" – hanno dato origine ad un acceso dibattito sui confini dell'azione della Corte Suprema[95] e sull'opportunità di applicare la *political question doctrine* onde non interferire con delicati equilibri istituzionali. Ci si riferisce alle decisioni *Bush v. Palm Beach County Canvassing Board* (c.d. *Bush I*) e *Bush v. Gore*[96] (c.d. *Bush II*), decisi nel merito nonostante non sia mancato chi ha auspicato che la loro definizione fosse lasciata alle istituzioni politiche[97]. Entrambi i casi erano inerenti l'applicazione

[94] Pare opportuno precisare che un ulteriore ambito in cui è venuta in rilievo l'applicazione della *political question doctrine* attiene alla possibilità di esercitare il *judicial review* sulle attività dei partiti politici. Cfr. sul punto i casi *O'Brien v. Brown* [409 U.S. 1 (1972)], *Cousins v. Wigoda* [419 U.S. 477 (1975)]; nonché *Terry v. Adams* [345 U.S. 461 (1953)]; ma anche *Smith v. Allwright* [321 U.S. 649 (1944)].

[95] R.E. Barkow, *The Rise and Fall of the Political Question Doctrine*, cit., 35 ss.; L. Fisher, *Bush. V. Gore: too Political*, cit., p. 145 ss.; M.V. Tushnet, *Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine*, cit., p. 47 ss.; T.P. Crocker, *Bush v. Gore*, in *Encyclopedia of the Supreme Court*, I, Gale, 2008, p. 239 ss.; E. Chemerinsky, *Bush v. Gore was not Justiciable*, 76 *Notre Dame L. Rev.* 1093, 2001; J.M. Balking, *Bush v. Gore and the Boundary Between Law and Politics*; 110 *Y.L.J.* 1407, 2001; R.A. Posner, *Bush v. Gore: Prolegomenon to an Assessment*, 68 *U. Chi. L. Rev.* 719, 2001; Id., *Breaking the Deadlock: the 2000 Election, the Constitution and the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 2001. Per la dottrina italiana si veda F.G. Pizzetti, *Bush v. Gore. Un nuovo caso di federalismo giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2002.

[96] Rispettivamente: [531 U.S. 70 (2000)] e [531 U.S. 98 (2000)].

[97] Come E. Chemerinsky, *Bush v. Gore was not Justiciable*, cit., p. 1093 ss. *Contra* però R.A. Posner, *Breaking the Deadlock: the 2000 Election, the Constitution and the Courts*, cit., spec. p. 162, il quale ha invocato una «*reverse political question doctrine*» per giustificare l'intervento della Corte Suprema in tutti i casi di crisi costituzionale o nazionale.

dell'art. II Cost. e una Corte che ha ritenuto di decidere *per curiam* (nel caso *Bush I*)[98] e una *concurrence* (nel caso *Bush II*)[99] affrontarono la questione senza nemmeno riferirsi esplicitamente alla *political question doctrine*, ma semplicemente fornendone una peculiare (e ristretta) interpretazione, in ragione di contingenze politiche o di opportunità istituzionale.

La Corte Suprema, in particolare nel caso *Bush v. Gore*, si è auto-posta quale unico soggetto legittimato a definire le situazioni di grave crisi istituzionale nei rapporti fra gli Stati e la Federazione[100], oltre che la sola istituzione in grado di interpretare i valori sottesi alla Costituzione e i principi fondamentali della forma di governo federale[101]. Pur ribadendo la propria consapevolezza dei limiti essenziali all'autorità giurisdizionale e riconoscendo come la scelta del presidente sia una scelta riservata al popolo e alla sfera politica, la Corte Suprema si è spinta a definire il merito della questione, annullando la decisione della Corte Suprema della Florida che aveva di-

[98] Vale a dire senza che vi sia una distinzione fra le *opinions* dei *justices*, di tal ché non emergono, dal giudizio, le divisioni interne. In questo caso, con motivazioni peraltro alquanto succinte, fu annullata la decisione della Corte Suprema statale che consentiva una deroga ai termini di legge – già peraltro ammessa anche dalla Corte d'Appello statale – per il riconteggio dei voti, ma esclusa dall'Esecutivo della Florida. I giudici di Washington sembrano aver valorizzato una lettura delle norme coinvolte in un'ottica marcatamente federalistica, ritenendo che, sia il quadro normativo costituzionale, sia la normativa primaria federale imponessero una valutazione di *strict constructionism*, vale a dire il rigoroso rispetto delle disposizioni statali inerenti le procedure elettorali, senza che potessero essere valorizzata la volontà degli elettori. Su questa decisione, nella letteratura italiana cfr.: G.F. Ferrari, *La Corte Suprema nei terms 1999/2000 e 2000/2001*, in *Giur. cost.*, 5, 2001, pp. 3497-3498; A. Gratteri, *La contesa elettorale e giudiziaria per la corsa alla Casa Bianca del 2000*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1, 2001, p. 245 ss.

[99] La letteratura che si è espressa su questo caso è estremamente ampia. Oltre agli autori indicati, *supra*, alla nota n. 95, si vedano, anche: R.A. Epstein, *"In Such Manner as the Legislature Thereof May Direct": The Outcome in Bush v. Gore Defended*, 68 *U. Chi. L. Rev.* 613, 2001; M.W. McConnell, *Two-and-a-Half Cheers for Bush v. Gore,* 68 *U. Chi. L. Rev.* 657, 2001. Nella dottrina italiana cfr. F.G. Pizzetti, *Bush v. Gore. Un nuovo caso di federalismo giurisdizionale*, cit., p. 1 ss. e G.F. Ferrari, *La Corte Suprema nei terms 1999/2000 e 2000/2001*, cit., p. 3498 ss.

[100] La Corte Suprema, quindi, va oltre rispetto a quanto stabilito in *Timmons v. Twin cities Area New Party* [520 U.S. 351 (1997)] caso nell'ambito del quale si era già auto-attribuita la veste di unica istituzione in grado di assicurare la stabilità politica.

[101] F.G. Pizzetti, *Bush v. Gore*, cit., p. 179 ss.

sposto il riconteggio manuale dei voti relativi all'elezione presidenziale, sull'assunto che «quando i contendenti invocano l'intervento delle corti diventa nostra, non cercata, responsabilità quella di risolvere le questioni federali e costituzionali con le quali il sistema giudiziario è stato costretto a confrontarsi»[102].

Nell'*opinion per curiam* vi è un rinvio alla giurisprudenza della Corte Warren, secondo modalità che però, nei fatti, ne stravolgono l'originaria portata. Non viene incentivata la ricerca della volontà che gli elettori esprimono con il voto – intesa come espressione del principio democratico, da valutare attraverso uno *strict scrutiny* rispettoso della *equal protection clause* e della *due process clause*. Al contrario, la fondamentalità del diritto di voto viene invocata al fine di impedire l'adozione di procedure, nei fatti, atte a promuoverlo.

4. *La più recente giurisprudenza: verso una riespansione della* political question doctrine*?*

4.1. *Dalla politica estera alla sicurezza interna: riconfigurazione dei confini della* political question doctrine

Il tema della definizione dei confini della *political question doctrine* si è riproposto di recente in materia di politica estera e sicurezza.

Se, da un lato, è vero che di tratta di uno dei settori in cui la dottrina in esame ha spesso trovato applicazione, è altrettanto vero che non sempre è agevole distinguere in base a quali aspetti alcune questioni inerenti la politica estera sono giustiziabili e quali, invece, non lo sono[103].

---

[102] [531 U.S. 98-111 (2000)] (traduzione nostra).

[103] Generalmente, gli ambiti inerenti la politica estera che sono stati ritenuti attratti nel dominio di applicazione della *political question doctrine* sono: a) la determinazione dello stato di guerra (o la fine dello stesso); b) il riconoscimento dell'autorità di governi esteri (nonché le questioni inerenti il riconoscimento dell'immunità diplomatica per i loro rappresentanti); c) la ratifica o l'interpretazione dei trattati internazionali; d) l'uso degli speciali poteri presidenziali previsti in caso di guerra. Per maggiori approfondimenti D. Abebe, *One Voice or Many? The Political Question Doctrine and Acoustic Dissonance in Foreign Affairs*, *The Supre-*

Nonostante parte della dottrina abbia difeso strenuamente il ricorso alla *political question doctrine* in ambiti inerenti la *foreign policy*[104], altra parte ha auspicato un maggior intervento giudiziale anche in questo settore[105], sottolineando come in alcuni casi solo grazie all'intervento del giudice si potrebbe garantire la piena effettività delle disposizioni costituzionali relative, sia alla politica estera, sia alla tutela dei diritti fondamentali. Tali considerazioni hanno trovato una nuova linfa grazie all'incremento del processo di globalizzazione economica, alla parallela implementazione del riconoscimento legale dei diritti umani, unitamente alla espansione della guerra del terrore, poiché si è focalizzata l'attenzione sulle controversie radicate negli Stati Uniti che possono influenzare la politica americana all'estero.

Prima di affrontare nel dettaglio tali profili, pare opportuno ricordare che, nell'approccio a casi variamente coinvolgenti il potere estero degli Stati Uniti, è comunque utile rifarsi ai criteri ermeneutici indicati in *Baker v. Carr*. Le decisioni della Corte Suprema rese dopo il 1962, infatti, hanno chiarito la portata dei requisiti ivi stabiliti[106], senza, tuttavia, incidere sul loro numero[107]. In secondo luogo, pare opportuno ricordare anche che la Corte Suprema, in *Baker*, non si è limitata ad individuare in via astratta i sei fattori in presenza dei quali una questione è da ritenersi non *justiciable*, ma li ha applicati (e modulati) singolarmente e rigorosamente al caso concreto. Analogo scru-

---

me Court Review, 2012, p. 233 ss.; E.B. Firmage, *The War Powers and the Political Question Doctrine*, 49 *U. Colo. L. Rev.* 65, 1977. Nella letteratura italiana, si veda R. Toniatti, *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, cit., spec. p. 309 ss. Si veda altresì cap. IV, par. III.

[104] Difende il ricorso alla *political question doctrine* in questo campo T.Y. Bulmoff, *Judicial Review, Foreign Relations and Legislative Standing*, 25 *Ga. L. Rev.* 227, 1991, ma anche J.L. Entin, *War Powers, Foreign Affairs and the Courts: Some Institutional Considerations*, 45 *Case W. Res. J. Int'l L.* 443, 2012.

[105] Cfr. ad esempio M.E. Tigar, *Judicial Power, the Political Question Doctrine, and Foreign Relations*, 17 *UCLA L. Rev.* 1135, 1969-1970, spec. p. 1141 ss.; M.H. Redish, *Judicial Review and the "Political Question"*, 79 *Nw. U. L. Rev.* 1031, 1985, spec. p. 1052 ss.; J.H. Choper, *The Political Question Doctrine: Suggested Criteria*, 54 *Duke L.J.* 1457, 2005, spec. p. 1497 ss.; G. Skinner, *Misunderstood, Misconstrued, and Now Clearly Dead: The "Political Question Doctrine" as a Justiciability Doctrine, Even in the Area of Foreign Affairs*, 29 *J.L. & Pol.* 427, 2014.

[106] Si veda, ad esempio, il caso *Japan Whaling Ass'n v. Am. Cetacean Soc'y* [478 U.S. 221, 230 (1986)].

[107] Cfr. *Vieth v. Jubelirer* [541 U.S. 267, 277-78 (2004)] (*plurality opinion*).

tinio, poi, è stato effettuato nei pochi casi in materia di relazioni estere che sono stati decisi negli anni successivi a *Baker*. Pare, così, potersi sostenere che la Corte Suprema, anche nell'ambito delle *foreign relations*, abbia tendenzialmente sempre valutato la questione sottoposta al suo esame secondo un'ottica concreta, senza porsi in un atteggiamento di "acritica" deferenza nei confronti dell'operato degli altri poteri dello Stato, *in primis* quello esecutivo, anche quando questi insistevano per la sussistenza di una insindacabile *political question*[108].

Tale approccio fu tendenzialmente seguito anche dalle corti federali inferiori cosicché, come si è già anticipato in seno al capitolo precedente, la concezione "ristretta" della dottrina affermatasi a partire dal caso *Baker* si è consolidata anche nel settore della *foreign policy* e per decenni ha contribuito a determinare una sostanziale diminuzione delle ipotesi applicative della stessa[109].

Nel contesto delle *foreign relations* e della *national security*, comunque, l'applicazione dei criteri indicati in Baker è stata oggetto di qualche correttivo in ragione della specificità del settore. Infatti, un approccio di tipo testualista (fedele al dato testuale della Costituzione) non sempre è in grado di agevolare la Corte Suprema perché spesso il potere esecutivo interviene in materia esercitando poteri non enumerati nel testo costituzionale[110].

---

[108] Si vedano ad esempio i casi*: Japan Whaling Ass'n*, cit. [at 229-30]; *Goldwater v. Carter* [444 U.S. 996, 996-1002 (1979)] (*concurrence* del giudice Powell). In tal senso si veda anche D. Abebe, *One Voice or Many? The Political question Doctrine and Acoustic Dissonance in Foreign Affairs*, cit., p. 233 ss.

[109] Cfr. spec.: R.E. Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, 102 *Colum. L. Rev.* 237, 2002; Id., *The Rise and Fall of the Political Question Doctrine*, cit., p. 23 ss.; J.L. Goldsmith, *The New Formalism in United States Foreign Relations Law*, 70 *U. Colo. L. Rev.* 1395, 1999, p. 1427-1428.

[110] Per alcuni Autori questi poteri non enumerati sono classificati come "*plenary*" e si desumono implicitamente interpretando la formula ampia di cui alla *vesting clause* dell'art. II della Costituzione federale. In tal senso: R.D. Rotunda, J.E. Nowak, *Treatise on Constitutional Law*: *Substance and Procedure*, I, Thomson West, U.S., ed. 2012, p. 807 ss.; ma anche H.J. Powell, *The President's Authority over Foreing Realtions: An Executive Branch Perspective*, 67 *Geo. Wash. L. Rev.* 527, 1999. In giurisprudenza si veda: *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* [343 U.S. 579, 587 (1952)]. Una diversa posizione, espressa in *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.* [299 U.S. 304, 315-319 (1936)] suggerisce che tali poteri non siano impliciti ma di natura extracostituzionale. Conseguentemente, qualora la Corte sia chiamata a valutare questioni aventi implicazioni politiche internazionali potrebbe dover con-

A partire dal 2004, probabilmente anche sulla scorta delle note vicende politico-giuridiche che hanno interessato il Paese, si è assistito ad una parziale, ma significativa, inversione di rotta. Con due decisioni rese a breve distanza l'una dall'altra, la Corte Suprema, pur decidendo nel merito i casi sottoposti al proprio esame, è parsa mostrare un atteggiamento di maggior deferenza nei confronti dell'azione del potere esecutivo in materia, riducendo l'ambito del proprio scrutinio.

Si tratta dei casi *Republic of Austria v. Altmann*[111] e *Sosa v. Alvarez-Machain*[112].

Nel primo, in un *dicta* del giudice Stevens, redattore dell'*opinion of the Court*, si è espressa la necessità di accordare una particolare deferenza rispetto alle decisioni dell'esecutivo in materia di politica estera[113]. Nel secondo, la Corte, in una *footnote*, ha specificato che un atteggiamento di particolare deferenza può ritenersi appropriato nella valutazione di richieste inerenti la violazione di norme di diritto internazionale[114].

Sebbene in nessuna delle ipotesi appena richiamate la Corte Suprema abbia fatto applicazione espressa della *political question doc-*

---

siderare poteri che scaturiscono dal concetto di sovranità più che dalla Costituzione intesa quale unica fonte di autorità per l'intervento dell'Esecutivo.

[111] In questo caso venne in rilievo la questione dell'applicabilità retroattiva dell'"*expropriation exception*" di cui al *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA), che avrebbe consentito ad Altman di riottenere i dipinti confiscati alla sua famiglia dai nazisti, in violazione delle norme di diritto internazionale. La Corte Suprema confermò la decisione della Corte d'Appello del *Ninth Circuit*, la quale aveva disposto l'applicabilità del FSIA [541 U.S. 677 (2004)].

[112] [542 U.S. 692 (2004)]. In questo caso alla Corte Suprema fu richiesto di decidere in materia di tutela della libertà personale di cittadini stranieri sottoposti alla potestà sovrana degli Stati Uniti, in ragione di un provvedimento, però, illegale. Alla Corte, cioè, fu richiesto di stabilire se *l'Alien Tort Statute* consentisse ai cittadini stranieri di intentare causa nei confronti degli Stati Uniti, qualora però venissero in rilievo crimini da loro commessi in violazione di norme di legge o di trattati vigenti negli Stati Uniti, e se un soggetto potesse agire ai sensi del *Federal Tort Claims Act* per lamentare un arresto arbitrario eseguito in un Paese straniero, sebbene deciso negli Stati Uniti (il ricorrente, cittadino messicano, lamentava di esser stato sequestrato in Messico per ordine della *Drug Enforcement Administration* la fine di esser processato per omicidio negli USA). La Corte si pronunciò nel senso dell'improcedibilità delle azioni sottopostele.

[113] [541 U.S. 677, 702 (2004)].

[114] La Corte ha anche precisato come «*there is a strong argument that federal courts should give serious weight to the Executive Branch's view of the case's impact on foreign policy*». [541 U.S. 677, 702 (2004)].

trine, esse paiono comunque significative perché hanno rappresentato l'avvio di una nuova stagione della giurisprudenza in materia di *foreign relations*, improntata ad un maggior *self-restraint* e ad una deferenza nei confronti delle scelte politiche secondo una logica *prudenziale*[115], con il conseguente aumento del ricorso espresso alla *political question doctrine*, soprattutto da parte delle corti federali inferiori[116].

I commentatori hanno, tuttavia, auspicato che una versione "limitata" della *political question doctrine* permanga al fine di non lasciare integralmente alle *political branches* la possibilità di impedire che determinate fattispecie cagionino un *vulnus* a diritti costituzionalmente tutelati; non limitando eccessivamente, quindi, uno scrutinio giurisdizionale atto a rimuovere gli effetti eventualmente lesivi in danno dei singoli che scelte politiche abbiano determinato. In caso contrario, una concezione troppo ristretta della *political question doctrine* esporrebbe il potere giudiziario al rischio di abdicare al proprio ruolo costituzionale di protettore dei diritti in nome di una "sterile" protezione del principio di separazione dei poteri[117].

Come si è visto, infatti, già Marshall aveva distinto le *political questions*, escluse dal sindacato giurisdizionale, dai *political cases*, concernenti le possibili lesioni di diritti individuali e, quindi conoscibili dai giudici. La differenziazione fra le due ipotesi, se da un lato può apparire di intuitiva evidenza (quantomeno secondo una prospettiva semantica), dall'altro, dal punto di vista strettamente giuridico, non sempre è di semplice comprensione.

Nessuno oggi dubiterebbe del fatto che la Corte Suprema sia l'organo "naturalmente" deputato a decidere anche sulla lesione di diritti e certo pare difficilmente contestabile il fatto che il sindaca-

---

[115] Specialmente laddove si è affermato che «*it termed a policy of "case-specific deference to the political branches*» [542 U.S. 692, 733 (2004)].

[116] Si vedano, ad esempio, i casi *Bancoult v. McNamara*, 445 F.3d 427, 435 (D.C. Cir. 2006) («*[T]he judiciary properly defers to the political branches in most [cases touching foreign relations]*») o *Turedi v. Coca Cola Co.*, 460 F. Supp. 2d 507, 519 (S.D.N.Y. 2006), in cui si affermò in via generale che i casi in cui parti straniere citano società nazionali lamentando la violazione di norme di diritto internazionale sono «*for the most part political questions*».

[117] Aa.Vv., *Developments in the Law. Access to Courts*, 122 *Harv. L. Rev.* 1151, 2009, ma anche, *supra*, nota n. 105.

to di costituzionalità si configura anche quale strumento funzionale a proteggere la Costituzione contro la "tirannia" delle maggioranze: tuttavia, quando ci si trova a dover declinare la competenza a decidere in favore di una *political branch*, emerge il problema di stabilire quale sia il modo più efficace di rispettare l'articolazione costituzionale relativa alla separazione dei poteri e all'allocazione delle competenze al contempo ledere posizioni giuridiche soggettive costituzionalmente tutelate.

Così, si è sostenuto che se la Corte Suprema si considera inadatta ad occuparsi di politica estera, trattandosi di settore riservato al dominio dei poteri esecutivo e legislativo, allo stesso tempo tali poteri sarebbero da considerarsi parimenti inadeguati ad approntare una tutela concreta ai diritti, specialmente quando ne viene lamentata una lesione. Conseguentemente, qualora una controversia implichi entrambi gli aspetti, vale a dire la presenza di una materia riservata ad una *political branch* e la potenziale vulnerazione di posizioni giuridiche soggettive, concepire un potere di intervento unicamente giudiziale o unicamente in capo ad un altro organo costituzionale non pare essere una soluzione funzionale al corretto svolgersi dei rapporti fra i poteri dello Stato, mentre solo una concezione "limitata" della *political question doctrine* lo consentirebbe[118].

[118] Cfr. D. Jinks, N. Kumar Katyal, *Disregarding Foreign Relations Law*, 116 *Y.L.J.* 1230, 2007, in cui si critica l'atteggiamento di "acritica" deferenza nei confronti dell'Esecutivo che condurrebbe ad una «*executive constraining zone of federal law*». Più in generale di veda E. Chemerinsky, *Interpreting the Constitution*, Preager, 1987, pp. 95-105; il quale difende strenuamente la sua concezione del potere giudiziario quale «*"final arbitrer" of the structural constitution*». Si vedano anche C.J. Brock, *The Foreign Sovereign Immunities Act: Defining a Role for the Executive*, 30 *Va. J. Int'l L.* 795, 820, 1990, e D. Baxter, *Protecting the Power of the Judiciary: Why the Use of State Department "Statements of Interest" in Alien Tort Statute Litigation Runs Afoul of Separation of Powers Concerns*, 37 *Rutgers L.J.* 807, 2006, spec. pp. 829-835. Sottolinea, invece, il rischio che i giudici si trasformino in *policymakers* L. Rudikoff Price, *Note: Banish the Specter of judicial Foreign Policymaking: A Competence-Based Approach to the Political Question Doctrine*, 38 N.Y.U. *International Law and Politics* 323, 2006.

4.2. *(*segue*): la tutela dei diritti fondamentali negli stati di emergenza: fra separazione dei poteri e* political questions

Il problema del rapporto fra ricorso alla *political question doctrine* e tutela dei diritti fondamentali dell'uomo si è riproposto con maggior evidenza in relazione alla disciplina degli stati di emergenza e al controllo sulle modalità di gestione degli stessi[119].

Negli Stati Uniti alcuni casi hanno evidenziato tale correlazione con particolare evidenza.

Di fronte alla tematica delle emergenze costituzionali l'atteggiamento della Corte Suprema è quasi sempre stato quello di un sostanziale *self-restraint*, nel senso che i giudici, anche quando si spingono

[119] Come è noto, la Costituzione degli Stati Uniti d'America non provvede a disciplinare nel dettaglio gli stati di emergenza né contempla la possibilità di un'ampia derogabilità delle sue disposizioni in tali circostanze. Al contrario, la Carta fondamentale prevede espressamente che vi siano solo deroghe limitate coincidenti con: la possibilità di acquartieramento dei soldati in case private se lo preveda la legge in tempo di guerra (v. III Emendamento); la limitazione del diritto a una giuria per i membri delle forze armate in tempo di guerra o pericolo pubblico (v. V Emendamento); la possibilità di sospendere il diritto di *habeas corpus* se lo esigano esigenze di pubblica sicurezza in caso di ribellione o invasione (c.d. *suspension clause*) (art. I, sez. IX, claus. 2). Inoltre, si osserva come la Costituzione federale, pur contemplando la possibilità di uno stato d'eccezione, non ne individua il *dominus*. Al contrario, come osservato da accorta dottrina (E. Chemerinsky, *Constitutional law*, cit., p. 288 ss.), il testo costituzionale sembra configurare un perenne «invito al contrasto» tra Congresso e Presidente sulla connessa questione della titolarità dei poteri di guerra. Entrambi i poteri sono titolari di competenze in materia. Il Congresso è infatti è titolare di varie competenze specifiche quali il potere di dichiarare guerra (art. I, sez. VIII, claus. 11); di stabilire norme per regolare le forme e le procedure di intervento delle forze di terra e di mare (art. I, sez. VIII, claus. 14) nonché di una competenza "generale" derivante dagli *implied power* (art. I, sez. VIII, claus. 18). Il Presidente, invece, è Comandante in capo dell'esercito (art. II, sez. II), titolare monocratico del potere esecutivo, nonché titolare della competenza generale sugli affari esteri (art. II, sez. I). Per maggiori approfondimenti su tale articolazione si vendano le considerazioni di B. Ackerman, *The Emergency Constitution*, 113 *Y.L.J.* 1029, 2004. In generale, sulla nozione di emergenza e le sue implicazioni problematiche si vedano *ex multis*, A. Pizzorusso, voce *Emergenza (stato di)*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, 1993, p. 551 ss.; V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986; G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003. In merito alle diverse interpretazioni dottrinali relative alla possibilità, per il presidente degli Stati Uniti d'America, di sospendere l'applicazione di norme costituzionali si veda J. Lobel, *Emergency Power and the Decline of Liberalism*, 98 *Y.L.J.* 1385, 1389.

a sindacare il merito delle questioni, si pongono in un'ottica di deferenza nei confronti delle decisioni del circuito politico[120]. Tale deferenza si riscontra, sia quando le dichiarazioni di emergenza sono sottoposte ad un blando scrutinio di ragionevolezza (e mai censurate), sia quando il provvedimento autorizzatorio del Congresso viene interpretato in modo estensivo, così da includervi tutti gli interventi presidenziali sottoposti al suo giudizio di costituzionalità[121].

Nonostante negli anni si siano susseguiti provvedimenti normativi volti a "procedimentalizzare" le emergenze costituzionali[122], nella prassi la presidenza ha quasi sempre esercitato un ruolo di centralità nei confronti dell'azione del Congresso, determinando una prevalenza della costituzione materiale sul dato normativo[123].

Si è assistito ad un ampio uso delle dichiarazioni presidenziali d'emergenza[124] anche per fronteggiare situazioni che apparentemente non richiederebbero interventi di questo tipo, e sul versante

---

[120] Si veda J. Lobel, *Emergency Power and the Decline of Liberalism*, cit., p. 1409 ss. In relazione alla prevalenza delle esigenze di sicurezza rispetto ai diritti nella giurisprudenza in tempi di emergenza si veda anche L. Tribe, P.O. Gudridge, *The Anti-Emergency Constitution*, 113 *Y.L.J.* 1801, 1850 (2004).

[121] Si pensi, a titolo esemplificativo, al celebre, seppur risalente, caso *Korematsu v. United States* [323 U.S. 214 (1944)] nell'ambito del quale la Corte Suprema discusse il caso di discriminazione realizzato con l'evacuazione dei nippo-americani da alcune zone degli Stati Uniti durante la seconda guerra mondiale. Nell'*opinion of the Court* il giudice Black negò che appartenesse al "ruolo" del potere giudiziario ingerirsi nelle scelte dei *war-making branches of Government*.

[122] Cfr. il *National Emergency Act* del 1976 e l'*International Emergency Economic Powers Act* del 1977, approvati all'indomani dello scandalo Watergate e della guerra del Vietnam. Tali provvedimenti individuano, tra l'altro, una procedura finalizzata a rendere maggiormente trasparenti (e quindi controllabili) gli stati di emergenza poiché per la loro instaurazione diventa necessaria una dichiarazione del Presidente degli Stati Uniti; quest'ultimo deve poi sottoporre una relazione al Congresso con le motivazioni di tale dichiarazione, ed entro sei mesi ogni Camera deve riunirsi per valutare l'opportunità di far cessare l'emergenza stessa. Se dopo un anno tale emergenza non viene ufficialmente rinnovata dal Presidente, essa cessa automaticamente e inoltre il Congresso ha il potere, in ogni momento, di adottare una *joint resolution* per interromperla.

[123] Su questi profili si veda: C. Bologna, *Tutela dei diritti ed emergenza nell'esperienza statunitense: una* political question*?*, in www.forumcostituzionale.it, 15 maggio 2008, p. 1 ss.

[124] Dopo l'adozione del *National Emergency Act*, tra 1976 e 2006, sono ci sono state almeno quaranta dichiarazioni di stato di emergenza. H.C. Relyea, *National Emergency Powers*, dossier dell'Ufficio Studi del Congresso dell'agosto 2007, in http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/98-505.pdf.

dell'operatività dei *checks and balances* si osserva come, da un lato, la relazione che l'Esecutivo presenta alle Camere sembra sia diventata quasi una mera formalità, dall'altro, il Congresso tenda a non ricorrere alla possibilità di imporre la cessazione dello stato di emergenza[125]. Pertanto, il modello di gestione degli stati di eccezione, nonostante i tentativi di razionalizzazione normativa, è sostanzialmente quello della delega al Presidente, il quale nel corso degli anni è ricorso a tale *modus procedendi* per fronteggiare non solo situazioni eterogenee quali l'immigrazione, il controllo di impianti energetici, l'esecuzione di arresti tramite militari, ma soprattutto per contrastare il terrorismo interno ed internazionale[126].

Con l'attentato alle Torri gemelle del 14 settembre 2001 si è assistito ad un rilevante incremento dell'uso dei poteri presidenziali emergenziali cui è corrisposta l'approvazione del *Patriot Act* da parte del Congresso, atto che, come noto, ha introdotto alcune significative limitazioni al godimento di diritti costituzionali[127].

---

[125] J. Lobel, *Emergency power and the decline of liberalism*, cit., p. 1415.

[126] Per una casistica completa si vedano H.C. Relyea, *National Emergency Powers*, cit., p. 16 ss.; E. Chemerinsky, *Constitutional law*, cit., p. 288 ss. Significativo in relazione alla disciplina delle emergenze è anche il *War Powers Act* del 1973 con cui il Congresso aumentò i suoi controlli sull'attività del Presidente in occasione dell'invio di forze armate all'estero. Per un'analisi dei profili più rilevanti dei provvedimenti legislativi in materia si vedano R. Toniatti, *Ordinamento costituzionale della difesa e degli stati di crisi negli Stati Uniti d'America*, in G. de Vergottini (a cura di), *Costituzione della difesa e stati di crisi*, *Rivista Militare*, Roma, 1991, p. 339 ss.; nonché A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 121 ss.

[127] Appare utile ricordare che tale misura contrasta con un precedente della Corte Suprema, il caso *Zadvydas v. Davis* [533 U.S. 678 (2001)], nel quale fu riconosciuta l'applicazione agli stranieri del *due process*. Sul punto cfr. D. Tega, *Vecchi diritti e nuove paure*, in *Quad. cost.*, 1, 2002, p. 79 ss. Per un'analisi dei contenuti del *Patriot Act*, in particolare delle condizioni che legittimano limitazioni alla libertà personale in assenza di un previo provvedimento giurisdizionale, cfr. C. Bologna, *Tutela dei diritti ed emergenza nell'esperienza statunitense: una* political question*?*, cit., p. 1 ss. Significativo è anche il *military order* del 13 novembre 2001 del Presidente Bush, intitolato "*Detenzione, trattamento e processo di alcuni non cittadini nella guerra al terrorismo*". Tale documento, nel prevedere alcune discipline specifiche per i sospetti terroristi, rappresenta il fondamento normativo per l'istituzione di tribunali speciali (composti da ufficiali nominati dal Dipartimento della Difesa) e per le controverse modalità di detenzione in essere a Guantanamo. Per maggiori approfondimenti si veda T.E. Frosini, *Lo Stato di diritto si è fermato a Guantanamo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4, 2005, p. 1645 ss.

Gli interventi adottati dall'amministrazione Bush non solo hanno originato una forte reazione dell'opinione pubblica, tanto interna quanto internazionale, ma hanno altresì portato la Corte Suprema a discostarsi dal suo tradizionale *self-restraint* in materia di gestione delle emergenze costituzionali intervenendo a ridefinire la natura, la titolarità e l'estensione applicativa di alcuni diritti costituzionali, progressivamente favorendo, nel bilanciamento tra interessi configgenti, la prevalenza dei diritti di libertà sulle esigenze di sicurezza "potenziale".

La Corte Suprema si è trovata a doversi pronunciare sul c.d. "sistema Guantanamo", nell'ambito del quale venivano applicate misure restrittive a carico di sospetti terroristi o *enemy combatants* catturati durante i conflitti iracheno e afgano. Le sue risposte, tuttavia, si sono sviluppate secondo direttrici non sempre omogenee, ciascuna caratterizzata dall'espressione di una diversa sensibilità verso i diritti all'*habeas corpus* e al *due process* degli *enemy combatants*[128] ivi detenuti e, quindi, caratterizzata da un diverso atteggiamento

[128] La definizione di *enemy combatant* è apparsa in un documento ufficiale solo nel 2004, all'interno di un'ordinanza del Dipartimento della Difesa del 7 luglio che ha istituito i *Combatant Status Review Tribunals*. Si tratterebbe di soggetti che sono «*part of or supporting Taliban or Al Qaeda forces, or associated forces that are engaged in hostilities against the U.S. or its coalition partners. This incudes any person who has committed a belligerant act or has directly supported hostilities in aid of enemy armed forces*». Due anni dopo il *Military Commission Act* ha previsto una definizione più ampia degli *unlawful enemy combatants*, da intendersi come «*a person who is a member of: 1) the regular forces of a State party engaged in hostilities against the United States; 2) a militia volunteer corps, or organized resistance movement belonging to a State party engaged in such hostilities, which are under responsible command, wear a fixed distinctive sign recognizable at a distance, carry their arms openly, and abide by the law of war; 3) a regular armed force who professes allegiance to a government engaged in such hostilities, but not recognized by the United States*». Per un'analisi di tali provvedimenti si vedano E.A. Posner, A. Vermuele, *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*, OUP USA, New York, 2007; D. Cole, *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terror*, New Press, New York, 2003, nonché, nella letteratura italiana: C. Bologna, *Tutela dei diritti ed emergenza nell'esperienza statunitense: una* political question*?*, cit., spec. par. 4 e bibliografia ivi indicata. Per maggiori approfondimenti si vedano anche T. Groppi (a cura di), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, nonché; G.F. Ferrari, *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2003/2004 e 2004/2005*, cit., spec. p. 4148 ss.; R. Dworkin, *Corte Suprema e garanzie nel trattamento dei terroristi*, in *Quad. cost.*, 4, 2005, p. 905 ss.

dei giudici di Washington nei confronti degli altri poteri dello Stato. Con le prime decisioni rese in materia, infatti, la Corte Suprema si è posta in un atteggiamento di tendenziale deferenza verso le decisioni dei poteri esecutivo e legislativo, giustificando ampie limitazioni delle libertà costituzionali richiamate in ragione della gravità della situazione di emergenza. In un secondo momento, tuttavia, stante il venir meno della situazione di impellente pericolo, pare essersi mostrata più esigente nei confronti dell'operato delle *political branches* e, accantonato il *self-restraint*, si è mossa al fine di ripristinare la legalità costituzionale. Infine, la Corte Suprema pare aver dimostrato una nuova consapevolezza del proprio ruolo di garante dei diritti fondamentali, sottoponendo ad uno *strict scrutiny* anche alcune decisioni del potere legislativo.

Le prime decisioni che meritano di essere evocate, rese entrambe nel 2004, sono *Hamdi v. Rumsfeld*[129] e *Rasul v. Bush*[130].

Il primo caso riguardava possibilità di contestare in giudizio la qualifica di *enemy combatant* assegnata dall'esecutivo[131] e la Corte

[129] [542 U.S. 507 (2004)]. Estensore dell'*opinion of the Court* fu il *justice* O'Connor, sostenuta da Rehnquist, Kennedy, Breyer e Souter (*concurring* nel giudizio, ma parzialmente dissenziente. *Dissenters*: Ginsburg, Scalia, Stevens e Thomas).

[130] [542 U.S. 466 (2004)]. Redattore dell'*opinion of the Court*, Stevens. *Dissenters* Rehnquist, Scalia e Thomas. Vi è anche una terza decisione, *Rumsfeld v. Padilla* [542 U.S. 507 (2004)], la quale, tuttavia, non si è risolta in una censura nei confronti dell'operato dell'amministrazione perché la Corte Suprema ha avvallato la posizione dell'Esecutivo secondo cui le istanze in materia di *habeas corpus* presentate da *enemy combatants* di nazionalità statunitense non sono sempre attratte alla giurisdizione del giudice federale, spostandosi la giurisdizione con il mutare del luogo in cui il detenuto viene trasferito, permettendo un vero e proprio *forum shopping* da parte del Governo. Sul punto R. Dworkin, *Corte suprema e garanzie nel trattamento dei terroristi*, cit., p. 912.

[131] Per conto di *Hamdi*, un cittadino statunitense catturato in Afghanistan e dichiarato "combattente nemico", era stata presentata alla Corte d'Appello del quarto circuito istanza di *habeas corpus*. I giudici, però, l'avevano respinta sostenendo la non impugnabilità, davanti a un tribunale, della dichiarazione presidenziale che attribuisce tale *status*. Questo caso, cioè, chiarisce lo *status* dei cittadini americani che siano stati catturati nel corso di azioni di carattere militare. La loro posizione è vagliata in relazione al c.d. AUMF (*Authorization for Use of Military Force Against Terrorists*) di cui alla risoluzione del Congresso [115 STAT. 224 PUBLIC LAW 107-40-SEPT. 18, 2001]. Tale atto consentiva l'intervento militare nei

Suprema, rovesciando il verdetto della corte distrettuale, ha affermato che negare tale possibilità rappresentava una violazione della *due process of law* di cui al V emendamento[132], pur riconoscendo, tuttavia, la non illegittimità di una detenzione in assenza di processo per un cittadino americano catturato in teatro di guerra, identificandone nella risoluzione congressuale di autorizzazione all'uso della forza (AUMF[133]) la fonte primaria giustificativa[134].

In particolare, il giudice O'Connor ha rilevato che è necessario operare un bilanciamento tra le garanzie individuali e la sicurezza collettiva, confrontando l'interesse privato che verrebbe minato dall'azione dei pubblici poteri con gli interessi che l'Esecutivo vuole tutelare, nella consapevolezza che ciò si traduce in un bilanciamento tra il rischio di limitare la libertà di un soggetto incolpevole e la mera probabilità di accrescere la sicurezza collettiva[135]. Secondo la Corte Suprema un equo bilanciamento tra gli interessi contrapposti può aversi solo garantendo al ricorrente la possibilità di contestare,

---

confronti di Stati, organizzazioni o persone che in qualche modo avessero concorso a determinare l'attacco dell'11 settembre 2001.

[132] Si ricorda che il V emendamento prevede che il governo federale non possa privare alcuna persona della vita, della libertà o delle sue proprietà, in assenza di *due process of law*. Il *due process* si modula secondo due garanzie, uno di natura procedurale e uno di natura sostanziale. Il *procedural due process*, si riferisce alle procedure che i poteri pubblici devono seguire per privare qualcuno della vita, della proprietà, della libertà. Il *substantive due process* prevede la necessaria (e provata) sussistenza di adeguate ragioni per privare qualcuno della vita, della proprietà, della libertà. Il primo aspetto inerisce le procedure che devono essere seguite per limitare i diritti dei cittadini, mentre il secondo richiede la presenza di sufficienti giustificazioni. Su tutti: E. Chemerinsky, *Constitutional law*, cit., p. 451.

[133] Su cui *supra*, nota n. 131.

[134] E questo in base alla disposizione n. 18 U.S. Code §4001(a), *Limitation on detentions, control of prisons*, ai sensi della quale cui nessun cittadino può essere imprigionato o altrimenti detenuto negli Stati Uniti se non in forza di un *Act of Congress.*

[135] Seguendo il c.d. *Mathews test*, così definito perché elaborato nel caso *Mathews v. Eldridge* [424 U.S. 319 (1976)]. Nel caso *Hamdi* l'interesse pubblico risiede nella necessità di evitare che coloro i quali siano sospettati di coinvolgimento con cellule terroristiche non possano essere messi nelle condizioni di compiere nuovi atti di violenza contro gli Stati Uniti. Cfr. [542 U.S. 507, 529 (2004)]. Per un approfondimento sul bilanciamento operato in questa decisione dai giudici di Washington si veda M. Rosenfeld, *Judicial Balancing in Times of Stress: la risposta di Stati Uniti, Canada e Israele*, in T. Groppi (a cura di), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, cit., p. 121 ss.

di fronte ad un soggetto "neutro", quindi terzo e imparziale, le determinazioni governative. E il giudice O'Connor ritiene che tale soggetto non possa che essere il potere giudiziario, rivendicandone, così, un ruolo attivo fino a quel momento misconosciuto nella gestione e controllo degli stati di emergenza[136].

Tuttavia, a livello concreto, la Corte mostra comunque un atteggiamento di deferenza nei confronti delle scelte politiche perché la decisione non si è spinta a censurare nel merito gli argomenti dell'Amministrazione[137].

Ulteriore elemento di criticità della decisione discende dalla mancata individuazione dei soggetti aventi il diritto di agire. La controversia era stata azionata da un cittadino statunitense e la Corte non si è spinta a chiarire se il diritto a contestare la qualifica di combattente nemico si dovesse riconoscere anche ai cittadini stranieri detenuti a Guantanamo.

Quest'ultimo profilo di dubbio si è sciolto con la decisione del caso *Rasul v. Bush*[138], seppur in maniera non priva di chiaroscuri e ambiguità interpretative.

La decisione è scaturita dal ricorso di un cittadino britannico il quale contestava la legittimità della propria condizione di detenuto a Guantanamo.

I supremi giudici hanno evitato di pronunciarsi in merito alle questioni di principio, limitandosi a rilevare come la legge vigente sull'*habeas corpus*[139] consentisse alle corti statunitensi, in assenza di una diversa volontà del potere legislativo, di esercitare pienamente la propria giurisdizione sulle vicende relative al carcere di Guantanamo[140]. La Corte Suprema infatti non ha valorizzato la presenza o

---

[136] [542 U.S. 507, 533 (2004)].

[137] Secondo la quale il potere di detenzione derivava dall'autorità del Presidente quale *Commander in Chief*, posto che una sicura autorizzazione al riguardo poteva ritenersi fornita dall'*Authorization for the Use of Military Force* e dalla considerazione che «*detention of individuals […] for the duration of the particular conflict in which they were captured, is so fundamental and accepted and incident to war as to be an exercise of the "necessary and appropriate force" Congress has authorized the President to use*» [542 U.S. 507, 518 (2004)].

[138] *Supra*, nota n. 130.

[139] Il c.d. *Federal Habeas Corpus Statute*, 28 U.S.Code § 2241.

[140] [542 U.S. 466, 475 (2004)]: «*a territory over which the US exercises plenary and exclusive jurisdiction, but not "ultimate sovereignty*».

meno del detenuto sul suolo statunitense, ma l'ambito di estensione della giurisdizione degli Stati Uniti d'America. Così, poiché l'accordo internazionale vigente fra Cuba e gli Stati Uniti consente a questi ultimi di esercitare «giurisdizione e controllo completi» sulla base navale della Baia di Guantanamo, in virtù di ciò si è considerata esistente la piena giurisdizione dei giudici americani[141].

Tuttavia, tale decisione contempla solo il diritto che ha fondamento legislativo nella disciplina dell'*habeas corpus*, senza riconoscere ai detenuti di Guantanamo il diritto costituzionale ad un giudice e ad un giudizio[142]. Inoltre, non sono stati sciolti alcuni dubbi significativi: non si è specificato se la giurisdizione delle Corti federali si estenda a tutti coloro i quali siano in stato di detenzione sotto controllo statunitense anche in altre parti del mondo, né si è specificato quale sia il nucleo dei diritti sostanziali da riconoscersi e garantirsi ai detenuti della baia di Cuba.

Quel che si può desumere dall'analisi dei casi appena richiamati è che la Corte Suprema, pur trovandosi di fronte a questioni involgenti la tutela di importanti diritti costituzionali – e pur rilevando la necessità di una maggior concertazione fra scelte del potere esecutivo e posizione del Congresso – ha comunque mostrato la propria disponibilità ad accordare ampi margini discrezionali all'azione (combinata) dei poteri esecutivo e legislativo[143].

Il perdurare di una situazione di sostanziale unilateralismo dell'Esecutivo nella determinazione delle politiche detentive relati-

---

[141] [542 U.S. 466, 480 (2004)] (traduzione nostra). La Corte, inoltre, ha fatto un passo ulteriore specificando che in materia di *habeas corpus* rileva non il luogo di detenzione del soggetto, quanto il fatto che il soggetto detentore sia soggetto alla giurisdizione federale (Id at 478). Tuttavia i *dissenters* hanno contestato la decisione lamentando, sia una indebita estensione dei profili di tutela in ambiti territoriali che esorbiterebbero la competenza delle corti federali, sia la poca coerenza con i precedenti giurisprudenziali in materia di sicurezza pubblica e difesa.

[142] Non si tratta quindi di una decisione di incostituzionalità ma di una mera applicazione di una legge ordinaria, per quanto interpretata in maniera estensiva. In tal senso, C. Bologna, *Tutela dei diritti ed emergenza nell'esperienza statunitense: una* political question*?*, cit., p. 1 ss.

[143] Cfr. *ex multis*: R. Dworkin, *Corte Suprema e garanzie nel trattamento dei terroristi*, cit., p. 905 ss.; J.P. Stumpf, *Citizens of an Enemy Land: Enemy Combatants, Aliens, and the Constitutional Rights of the Pseudo-Citizen*, 38 *UC Davis L. Rev.* 79, 2004; D. Moeckli, *The US Supreme Court's "Enemy Combatant" Decisions: A "Major Victory for the Rule of Law"?*, 10 *Journal of Conflict & Sec. L.* 75, 2005.

ve alla prigione di Guantanamo, in assenza di una significativa concertazione con il potere legislativo, hanno spinto la Corte Suprema, nel 2006, a fare un passo ulteriore, sebbene non si sia del tutto abbandonato l'approccio fortemente deferente rispetto alle decisioni politiche.

Così, con il caso *Hamdan v. Rumsfeld*[144] la Corte ha dichiarato l'illegittimità dei tribunali militari istituiti dall'amministrazione Bush per processare gli *enemy combatants*, per esser stati istituiti contravvenendo alle indicazioni legislative esistenti in materia[145].

La Corte, comunque, non si è spinta a dichiarare l'incostituzionalità di tali tribunali per violazione di fondamentali diritti dell'individuo, ma ha definito la controversia sottoposta al suo esame limi-

---

[144] [548 U.S. 557 (2006)]. *Opinion of the Court* redatta dal giudice Stevens, cui si sono associati Souter, Ginsburg e Breyer con riferimento alle parti I-IV; VI-D-iii, VI-D-v e VII. Kennedy ha presentato una *concurring opinion in part*, cui si sono associati Breyer, Souter e Ginsburg. *Dissenters*: Scalia, Thomas e Alito. Il *chief justice* non ha partecipato al caso.

Il contesto fattuale: alla Corte Suprema è stata presentata una richiesta di *habeas relief* da parte di un cittadino vietnamita catturato in Iraq e sospettato di esser coinvolto in azioni di matrice terroristica, sebbene non qualificato *ab initio* come *enemy combatant*. Detenuto nella prigione di Guantanamo, il ricorrente, senza che gli fossero specificate le imputazioni, era stato sottoposto ad un procedimento penale svoltosi non innanzi un tribunale, ma innanzi ad una speciale commissione militare speciale istituita per atto del potere esecutivo (su tali "tribunali" si veda la nota successiva). Solo dopo la prima udienza di tale commissione fu formalmente qualificato come *enemy combatantant* per l'attività di sostegno svolta in favore del terrorismo organizzato.

[145] Tali tribunali sono stati ritenuti contrari alle disposizioni legislative in tema di giustizia militare dello *Uniform Code of Military Justice* e altresì alle convenzioni internazionali che regolano il diritto umanitario di guerra (in particolare, l'art. 3 della Convenzione di Ginevra). Il presidente, in virtù dell'AAMUF (su cui *supra*, nota n. 131), nel novembre 2001, aveva emanato un *order* che consentiva di istituire commissioni militari speciali, operanti secondo specifiche procedure emergenziali alla cui giurisdizione erano assoggettati i cittadini stranieri ritenuti coinvolti in azioni di matrice terroristica. L'azione presidenziale si sarebbe dovuta muovere, comunque, nell'ambito delle previsioni legislative vigenti (*Uniform Code of Military Justice*). Al Presidente, cioè, non era riconosciuto alcun potere autonomo di prevedere le commissioni, ma solo una facoltà che si basava sulla preesistenza di una norma legislativa e che incontrava, nella legislazione stessa, il suo fondamento e i suoi limiti. È proprio il contrasto con le disposizioni legislative contenute nel Codice di giustizia militare a rendere, secondo la Corte Suprema, le Commissioni illegittime. I metodi coercitivi per raccogliere le testimonianze e la negazione della possibilità di essere presente al processo per il detenuto sono solo alcuni degli elementi non previsti dal codice e che rendono illegittimi tali organi.

tandosi ad applicare una norma di legge e riconoscendo, al contempo, un ruolo rilevante per il Congresso nella gestione delle emergenze costituzionali, invitando a un maggiore controllo e bilanciamento reciproco tra i *war-making branches of government*[146].

Prima di analizzare l'ulteriore sviluppo della giurisprudenza in tema di emergenze costituzionali, occorre rilevare come il dato che emerge anche da questa decisione è la cautela che ha caratterizzato l'approccio della Corte Suprema[147]. Sebbene la Corte si sia spinta a superare il *self-restraint* che fino al 2004 aveva caratterizzato la sua giurisprudenza, decidendo di sindacare anche profili inerenti le emergenze costituzionali, la maggioranza dei giudici adotta, qui, un atteggiamento di sostanziale deferenza rispetto alle scelte politiche.

A partire dal 2004, infatti, la *ratio* di fondo che sembra guidare la maggioranza della Corte è quella di legittimare la sospensione delle garanzie costituzionali in presenza di un'azione congiunta dei poteri dello Stato. La Corte Suprema non procede e sindacare l'operato dell'Esecutivo nella misura in cui sia riscontrabile una sostanziale compartecipazione del potere legislativo nella gestione dell'emergenza. Al Congresso, quindi, viene riconosciuta una nuova centralità negli stati di eccezione[148].

L'atteggiamento deferente della Corte Suprema nei confronti dei *war-making branches of government* si è posto con tale evidenza

---

[146] Per un commento alla decisione si vedano, *ex multis*, N.K. Katyal, *Hamdan v. Rumsfeld: The Legal Academy Goes to Practice*, 120 *Harv. L. Rev.* 65, 2006; E.A. Posner, A. Vermuele, *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*, cit., p. 51 e 253 e, nella letteratura italiana: C. Bologna, Hamdan vs. Rumsfeld*: quando la tutela dei diritti è effetto della separazione dei poteri*, in *Quad. cost.*, 4, 2006, p. 813 ss.; G.F. Ferrari, *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2003/2004 e 2004/2005*, cit., p. 4125 ss.

[147] Cautela già, peraltro, presente nelle precedenti decisioni in materia. Ad esempio, in *Hamdi*, pur censurando l'operato dell'amministrazione per violazione del V emendamento, la Corte Suprema non esclude a priori la legittimità di tribunali speciali istituiti *ad hoc* e la possibilità per l'esecutivo di ridimensionare garanzie essenziali come l'onere della prova. In *Rasul* e *Hamdan* la Corte contesta l'operato dell'Esecutivo limitandosi a fare applicazione di leggi ordinarie. Così diritti che il Congresso ha voluto riconoscere rimangono nella sua disponibilità e possono essere, conseguentemente, negati.

[148] Sul punto: G.F. Ferrari, *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2005/2006 e 2006/2007*, cit., p. 3797 ss. Su questi profili anche E.A. Posner, A. Vermuele, *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*, cit., p. 1 ss.

da spingere parte della dottrina a chiedersi se gli aspetti inerenti la disciplina e l'esecuzione della normativa regolante gli stati di emergenza non integri una *political question* sottratta, quanto al suo nucleo essenziale, al sindacato giurisdizionale[149].

Al momento non sembrano esserci indicazioni precise, né la Corte Suprema ha preso una posizione espressa sul punto, tuttavia è innegabile l'atteggiamento peculiare che i giudici di Washington hanno assunto in relazione a tale tematica[150].

La maggior difficoltà della Corte, infatti, non sembra risiedere nel "come" decidere, ma proprio nel "se" decidere: *tòpos*, questo, della *political question doctrine*.

È di fronte a tale apparente arrestarsi dell'intervento dei *supreme justices* a favore dell'azione di organi dotati di legittimazione popolare diretta che gli studiosi si sono interrogati sulla natura della *suspension clause*[151] e sulla natura degli stati di eccezione. Va rilevato, infatti, che né la Corte Suprema si è mai pronunciata espressamente nel senso di chiarire se la *suspension clause* integri una *political question*, né gli studiosi che hanno avuto modo di riflettere sulla portata della giurisprudenza poc'anzi analizzata sembrano aver dato spazio a riflessioni in tal senso[152].

---

[149] Si veda, ad esempio A.L. Tyler, *Is Suspension a Political Question?*, 59 *Stan. L. Rev.* 333, 2006.

[150] Si è osservato che la probabile cartina tornasole del *self-restraint* della Corte Suprema americana su tali questioni risiederebbe proprio nella disparità di trattamento tra cittadini e stranieri (C. Bologna, Hamdan vs. Rumsfeld*: quando la tutela dei diritti è effetto della separazione dei poteri*, cit., p. 813 ss.). Infatti l'amministrazione Bush ha scelto di operare una profonda discriminazione in base alla titolarità della cittadinanza statunitense: la prigionia a Guantanamo e il processo davanti alle Commissioni speciali composte di militari sono trattamenti riservati solo agli *alien enemy combatants*, i combattenti nemici che non siano cittadini americani. Contrariamente a quanto accaduto in altri contesti (es. Gran Bretagna), però, non si è applicato alcuno scrutinio di costituzionalità per violazione del principio di eguaglianza. Per maggiori approfondimenti sul punto si veda: N. Katyal, *Global Constitutionalism: National Security and Constitutional Protection: Equality in the War on Terror*, 59 *Stan. L. Rev.* 1365, 2007.

[151] Art. I, § 9, Claus. 2 Cost: «*[t]he Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it*».

[152] Cfr. ad esempio T.W. Morrison, *Hamdi's Habeas Puzzle: Suspension as Authorization?*, 91 *Cornell L. Rev.* 411, 430, 2006; L. Tribe. P.O. Gudridge, *The Anti-Emergency Constitution*, cit., p. 1806.

Sul punto, si è osservato che il silenzio della Corte, in realtà, sarebbe un silenzio "parziale", poiché alcuni suoi autorevoli membri, sebbene non facendo un riferimento espresso alla dottrina delle *political questions*, avrebbero avuto modo di argomentare nel senso di auspicare un forte *self-restraint* in materia di gestione delle emergenze costituzionali, evocando, così, implicitamente tale dottrina[153].

Tuttavia, si è anche acutamente osservato come la *suspension* del *writ of habeas corpus* non integrerebbe una reale *political question*: le limitazioni ai diritti costituzionali applicate in virtù della *suspension authority* rappresenterebbero comunque questioni giustiziabili. Tale conclusione, infatti, si accorderebbe meglio con la storia e gli scopi dell'*habeas corpus*, dando contezza del fatto che esso è inestricabilmente intrecciato con le garanzie fondamentali del *due process*, la protezione delle quali è stata tradizionalmente attratta nell'alveo di competenza giudiziale[154].

L'interconnessione fra i *due process rights* (di competenza giudiziale) e il *writ of habeas corpus* sarebbe, così, l'elemento determinante che dovrebbe far propendere per la sindacabilità, da parte dei giudici federali, di ciò che afferisce alla *suspension clause* ogniqualvolta vengano in rilievo potenziali lesioni di tali fondamentali diritti costituzionali. Alla luce di ciò, sebbene la *suspension clause* possa esser considerata *political question*, cosicché la «*judicial deference to Congress or the executive branch effectively leaves a constitutio-*

---

[153] Ad esempio, il giudice Scalia, nel proprio *dissent* al caso Hamdi, riferendosi alla *proper role* del potere giudiziario in relazione alla *suspension authority* ha espressamente individuato nel Congresso l'unico potere deputato a definire le condizioni di applicazione della clausola costituzionale, sostenendo che «*…is far beyond my competence, or the Court's competence, to determine […]. But it is not beyond Congress's. If the situation demands it, the Executive can ask Congress to authorize suspension of the writ – which can be made subject to whatever conditions Congress deems appropriate […]. To be sure, suspension is limited by the Constitution to cases of rebellion or invasion. But whether the attacks of September 11, 2001, constitute an "invasion", and whether those attacks still justify suspension several years later, are questions for Congress rather than this Court*» Hamdi [542 U.S. at 577-78]. Analogamente, il giudice Thomas, nel proprio *dissent*, sostenne l'insindacabilità giudiziale delle decisioni del Congresso inerenti la sospensione dei diritti di *habeas corpus.* (Id., 594).

[154] In tal senso A.L. Tyler, *Is Suspension a Political Question?*, cit., p. 354.

nal issue to nonjudicial resolution»[155], vi è chi, sia in dottrina, sia in giurisprudenza, ha sostenuto che la tutela dei diritti fondamentali dovrebbe sempre prevalere e, quindi, consentire uno scrutinio giurisdizionale nei confronti dell'operato degli altri poteri dello Stato qualora esorbitino dalle sfere di intervento costituzionalmente definite[156].

Tale lettura pare aver trovato una conferma nella successiva evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema, determinata, come si vedrà, dalla reazione del Congresso (la cui maggioranza era ancora saldamente fedele al presidente Bush) alla decisione del caso *Hamdan*[157].

4.3. *(*segue*): la reazione della Corte Suprema:* Boumediene v. Bush

L'adozione, nel 2006, del *Military Commission Act*[158] non ha risolto il contenzioso: al contrario, ha reso inevitabile per la Corte Suprema confrontarsi con il punto essenziale della questione: l'esistenza o meno di un diritto costituzionale all'*habeas corpus.* Così, nel caso *Boumediene v. Bush*[159] del 2008, la Corte per la prima

---

[155] J.P. Mulhern, *In Defense of the Political Question Doctrine*, 137 *U. Pa. L. Rev.* 97, 146, 1988.

[156] A.L. Tyler, *Is Suspension a Political Question?*, cit., p. 354. L'autrice ha richiamato le parole del giudice Marphy nel caso *Duncan v. Kahanamoku* [327 U.S. 304, 330 (1946)] deciso all'indomani della seconda guerra mondiale: «*[f]rom time immemorial despots have used real or imagined threats to the public welfare as an excuse for needlessly abrogating human rights. That excuse is no less unworthy of our traditions when used in this day of atomic warfare or at a future time when some other type of warfare may be devised. The right to jury trial and the other constitutional rights of an accused individual are too fundamental to be sacrificed merely through a reasonable fear of military assault. There must be some overpowering factor that makes a recognition of those rights incompatible with the public safety before we should consent to their temporary suspension*».

[157] V. nel caso *Boumediene v. Bush* [553 U.S. 723 (2008)]. Per un commento, *ex multis*: H.P. Scribner, *A Fundamental Misconception of Separation of Powers*: Boumediene v. Bush, 14 *Tex. Rev. L&Pol.* 90, 2009; Z.M. Vaughan, *The Reach of the Writ*: Boumediene v. Bush *and the Political Question Doctrine*, 99 *Geo. L.J.* 869, 2011; cfr. altresì A.J. Colangelo *De facto Sovereignty": Boumediene and Beyond*, 77 *Geo. Wash. L. Rev.* 623, 2009.

[158] Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (2006).

[159] [553 U.S. 723 (2008)].

volta affrontò direttamente la questione se la *suspension clause* potesse consentire l'estensione del *writ of habeas corpus* alla baia di Cuba[160]. In tal caso la sez. 7 del *Military Commission Act* – ai sensi della quale i detenuti di Guantanamo non avrebbero potuto far valere i propri diritti di *habeas corpus* innanzi le corti federali – avrebbe rappresentato un uso distorto (ed incostituzionale) del potere del Congresso di individuare il perimetro della giurisdizione delle Corti federali[161].

La maggioranza della Corte, di fronte al perdurare di una situazione di grave compromissione di diritti fondamentali dell'uomo, nell'*opinion* redatta dal giudice Kennedy, riconobbe espressamente anche in capo ai detenuti stranieri di Guantanamo il diritto costituzionale di adire un tribunale federale, onde sottoporre a verifica la legittimità della loro condizione, e dichiarò l'incostituzionalità delle disposizioni legislative che vulneravano tale diritto, sull'assunto che «*the laws and the Constitution are designed to survive, and remain in force, in extraordinary times*»[162].

Uno degli ostacoli di questa vicenda processuale fu quello relativo all'applicabilità della *political question doctrine*, che minacciava di impedire un sindacato del merito della causa[163]. Qualsiasi riconoscimento del *de jure sovereignty* quale pietra di paragone della giurisdizione in materia di *habeas corpus* avrebbe posto fine ad ogni pos-

---

[160] Così, *Boumediene* [553 U.S. 723, 732 (2008)]: «*[p]etitioners present a question not resolved by our earlier cases relating to the detention of aliens at Guantanamo: whether they have the constitutional privilege of habeas corpus, a privilege not to be withdrawn except in conformance with the Suspension Clause*».

[161] Si ricorda, infatti, che la Costituzione consente al Congresso di disciplinare le ipotesi in cui la Corte Suprema ha *appellate jurisdiction.* Tuttavia la Corte Suprema e la dottrina hanno chiarito che alcune garanzie costituzionali rappresentano dei "limiti esterni" alla possibilità del Congresso di limitare l'estensione della giurisdizione federale. Sul punto, si veda L.H. Tribe, *Jurisdictional Gerrymandering: Zoning Disfavored Rights Out of the Federal Courts*, 16 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 129, 1981-1982, spec. p. 139, o il caso *Webster v. Doe* [486 U.S. 592, 603 (1988)]: ai sensi del quale è necessaria una «*heightened showing" of Congressional intent to strip federal courts' jurisdiction to hear constitutional claims "in part to avoid the "serious constitutional question" that would arise if a federal statute were construed to deny any judicial forum for a colorable constitutional claim*».

[162] [553 U.S. 723, 798 (2008)].

[163] E di tale aspetto erano ben consapevoli i giudici [553 U.S. 723, 775 (2008)].

sibile sindacato giudiziale e la Corte sarebbe stata costretta a considerare il caso una non sindacabile *political question*[164].

Invece, sebbene la lettura delle motivazioni dell'*opinion of the Court* sia resa complessa dal ricorso ad argomentazioni che nel richiamare i precedenti storici non sempre appaiono di immediata linearità, il *fil rouge* costante è l'importanza centrale che assumono le «*practical considerations*»[165], e non il formalismo, nella definizione del caso. Secondo il giudice Kennedy un siffatto *modus operandi* caratterizzò l'evoluzione stessa dell'istituto dell'*habeas corpus* nei sistemi di *common law* e influenzò anche l'*habeas jurisdiction* nella Costituzione federale[166]. Grazie ad un approccio eminentemente pragmatico ed orientato alla valorizzazione del dato sostanziale, la Corte Suprema ha, così, stabilito che la *suspension clause* «*has full effect at Guantanamo Bay. If the privilege of habeas corpus is to be denied to the detainees now before [the Court], Congress must act in accordance with the requirements of the Suspension Clause*»[167].

Nonostante la Corte Suprema abbia definito questo caso, essa ha agito *notwithstanding the institutional capacity* ed è rimasta insoluta la questione relativa alla sua effettiva giustiziabilità – e quindi se i supremi giudici abbiano agito nel solco dei poteri costituzionalmente loro riconosciuti ovvero se, dal punto di vista teorico, la questione integrasse una *political question* che non avrebbe dovuto essere decisa[168].

Una risposta a tale quesito probabilmente sarebbe stata possibile se la Corte Suprema avesse richiamato e analiticamente conside-

---

[164] [553 U.S. 723, 753-754 (2008)].

[165] [553 U.S. 723, 793 (2008)].

[166] [553 U.S. 723, 749-750 (2008)]. Il Giudice Kennedy analizzò l'estensione applicativa della *suspension clause* secondo tre criteri. In primo luogo considerò l'elemento territoriale, concludendo per la sua incapacità dirimente; in secondo luogo analizzò alcuni precedenti storici inerenti l'estensione extraterritoriale della valenza delle norme costituzionali; infine, dalla giurisprudenza presa in esame, egli elaborò un *three-part functional test* per determinare l'ambito di applicabilità extraterritoriale della *suspension clause* e applicarlo al caso sottoposto al suo esame. Per il testo della *suspension clause*, *infra*, nota n. 151.

[167] [553 U.S. 723, 771 (2008)].

[168] [553 U.S. 723, 755 (2008)].

rato i criteri enucleati nel caso *Baker v. Carr*[169], come ulteriormente specificati dalla giurisprudenza successiva[170]. Infatti tali limiti, e la concezione del potere giudiziario ad essi sotteso, paiono consentire di escludere che in *Boumediene* fosse applicabile la *political question doctrine*[171], sebbene alcuni studiosi opinino il contrario[172].

Come è noto, il primo dei fattori di *Baker* prevede che una *political question* si abbia qualora sia dimostrabile l'esistenza di un «*textually demonstrable constitutional commitment of [an] issue to a coordinate political department*»: tuttavia l'espressione *habeas corpus* compare unicamente una volta nel testo costituzionale, proprio nella *suspension clause* di cui all'art. 1, sez. 9, che però prevede una eccezione alla regola generale secondo la quale il *writ of habeas corpus* non deve essere sospeso[173].

Ovviamente, altro è chiedersi se il potere di sospendere l'*habeas corpus* spetti al Congresso, al Presidente o ad entrambi, altro è stabilire se l'atto politico di sospensione sia sindacabile dalle corti federali ai sensi dell'art. III Cost., ed è su quest'ultimo punto che la dottrina è apparsa più divisa[174].

Inoltre, pare potersi sostenere che il Congresso, con l'applicazione del *Military Commissions Act*, non abbia inteso espressamente sospendere o negare i diritti di *habeas corpus* dei detenuti nella baia

---

[169] Cfr., *supra*, cap. IV, par. n. 3.1.

[170] Si ricorda come il professor Tribe abbia rilevato che i sei fattori indicati in *Baker* corrispondano ad almeno tre differenti teorie sul ruolo e la posizione della Corte Suprema (e più in generale delle corti federali) nei confronti degli altri poteri dello stato. Per maggiori approfondimenti si vedano anche considerazioni svolte *supra*, cap. IV, par. 3.1.

[171] È stato osservato come, approcciando il caso secondo ogni possibile concezione della *political question doctrine* (classica, funzionale o prudenziale) e applicando rigorosamente i criteri enucleati in Baker, la Corte Suprema sarebbe stata in grado di dimostrare come la questione sottoposta al suo esame fosse pienamente *justiciable*. A.L. Tyler, *Is Suspension a Political Question?*, cit., p. 336.

[172] Si vedano, ad esempio, i lavori di H.P. Scribner, *A Fundamental Misconception of Separation of Powers*, cit., pp. 145-147; Z.M. Vaughan, *The Reach of the Writ*: Boumediene v. Bush *and the Political Question Doctrine*, cit., p. 869 ss.

[173] Sul punto A.L. Tyler, *Is Suspension a Political Question?*, cit., p. 336.

[174] Cfr. *ex multis*: A.L. Tyler, *Is Suspension a Political Question?*, cit., pp. 333; con J.H. Choper, *The Political Question Doctrine: Suggested Criteria*, cit., p. 1499. Cfr. altresì *Hamdi v. Rumsfeld* [542 U.S. 507, 578 (2004)] (J. Scalia, *dissenting*, nonché, al punto 594, n. 4, J. Thomas, *dissenting*).

di Guantanamo[175]: pertanto, sebbene l'*opinion* del giudice Kennedy si riferisca a tale atto normativo come una "sospensione" o "negazione" del *writ of habeas corpus*, si tratterebbe, in realtà, di una negazione di tipo sostanziale, non formale[176]. Quindi, fintantoché manca un atto di formale sospensione del diritto di *habeas corpus*, non ci sarebbe il «*textually demonstrable commitment*» che giustificherebbe una riserva costituzionale a favore delle *political branches*, con esclusione del sindacato giurisdizionale.

Quand'anche, poi, si svolgessero argomentazioni aderenti alle concezioni funzionale o prudenziale della *political question doctrine*, le stesse non parrebbero persuasive in ordine alla prova della sussistenza di una *political question* e le considerazioni pragmatiche del giudice Kennedy paiono dirimenti[177].

L'esame delle motivazioni della sentenza mostra come la Corte abbia bypassato le *functional considerations* inerenti la presenza di standard di giudizio chiari, che avrebbero potuto impedire, forse, l'esercizio del *judicial review*. I *supreme justices* hanno preso atto di trovarsi di fronte ad un *legal void* che li ha spinti ad intervenire per proteggere diritti individuali e, al contempo, indirizzare l'azione dei poteri legislativo ed esecutivo[178].

Infine, si dovrebbe considerare un ultimo aspetto che induce a propendere per la piena giustiziabilità di questioni quali quella oggetto d'esame, un elemento forse di intuitiva evidenza, ma non per questo meno rilevante. Come efficacemente dichiarato dal giudice Marshall oltre duecento anni fa, «*it is emphatically the province and*

---

[175] Si veda il *Brief for Petitioners*, pt. 9, *Boumediene v. Bush* [553 U.S. 723 (2008)] (06-1195).

[176] *Boumediene v. Bush* [553 U.S. 723, 733-374 (2008)].

[177] Il giudice Kennedy in più passaggi dell'*opinion of the Court* ha reso evidente il suo rifiuto del formalismo come mezzo per definire l'applicabilità o meno della *suspension clause*, in favore di un approccio pragmatico, basato su una analisi concreta da condursi caso per caso [553 U.S. 723, 766]. Cfr. anche le considerazioni fino al punto 771 della decisione ove il giudice è giunto a stabilire che, considerando i tre fattori, la «*Suspension Clause has full effect at Guantanamo Bay. If the privilege of habeas corpus is to be denied to the detainees now before [the Court], Congress must act in accordance with the requirements of the Suspension Clause*».

[178] Paiono, qui, forti le suggestioni con il tema dei rimedi alle omissioni del legislatore italiano, su cui *infra*, cap. VI, spec. par. 5.

duty of the judicial department to say what the law is»[179]: nessun sistema giuridico democratico dovrebbe esser cieco di fronte agli abusi perpetuati contro la giustizia dai pubblici poteri, e in questo contesto è proprio il ruolo vigile del giudice costituzionale a rappresentare una sicurezza per la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

Anche in tempi più recenti il tema del rapporto fra tutela dei diritti fondamentali ed esigenze di salvaguardia dal terrorismo internazionale continua ad essere, in certa misura, oggetto di sindacato da parte della Corte Suprema, sebbene gli aspetti più controversi dello stesso siano già stati chiariti dalla giurisprudenza sopra richiamata.

Così, nel caso *Holder v. Humanitarian Law Project*[180] la Corte ritenne le disposizioni legislative impugnate[181] – che punivano penalmente l'attività di mera assistenza alle organizzazioni terroristiche – si dovessero applicare, senza che vi fosse alcuna lesione della libertà garantita dal I emendamento, anche alle attività di mero "sostegno verbale".

Roberts, redattore dell'*opinion of the Court*[182] argomentò applicando uno *strict scrutiny* per sostenere che anche la mera attività di istruzione di soggetti terroristi in merito alle posizioni giuridiche di cui sono titolari rappresenta una forma di assistenza materiale alle attività terroristiche e, come tale, va punita ai sensi della normativa vigente senza che sia ravvisabile alcuna violazione della libertà di espressione.

Il *chief justice* sostiene la decisione basandola su un giudizio di proporzionalità, senza, però ritenere necessaria la valutazione dei *compelling interests* esistenti.

Fortemente critico nei confronti della decisione della maggio-

---

[179] *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803)].

[180] [561 U.S. 1 (2010)]. Per una ricostruzione e commento del caso si veda E. Chemerinsky, The *Roberts Court and Freedom of Speech*, 63 *Fed. Comm. L.J.* 579, 2010, p. 584 ss. Nella letteratura italiana: G. Romeo, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei Terms 2009/2010 e 2010/2011*, in *Giur. cost.*, 5, 2011, p. 439 ss.

[181] 18 U.S.Code §2339B.

[182] Dissentirono unicamente i giudici Ginsburg, Breyer and Sotomayor.

ranza è stato il giudice Breyer, il quale ha contestato alla Corte di punire soggetti per il solo fatto di aver "parlato", a prescindere dal contenuto concretamente lesivo del messaggio espressivo.

4.4. *(*segue*): i casi* Zivotosky I *e* Zivotosky II*: verso il ritorno alla* classical political question doctrine*?*

4.4.1. Zivotosky v. Clinton

Una rilettura della *political question doctrine* la si rinviene in un caso del 2012, *Zivotosky v. Clinton*[183](c.d. *Zivotosky* I); caso che presumibilmente avrà conseguenze rilevanti sul ricorso alla stessa, specialmente da parte delle corti federali inferiori[184].

La Corte Suprema pare aver chiarito una volta per tutte che le questioni in cui si contesta la costituzionalità di una legge del Congresso, anche laddove facciano emergere un conflitto fra poteri, non possono essere considerate *political questions* sottratte al sindacato del giudice sulla base di sole *prudential considerations*[185].

Pare opportuno qui ricordare che, ogniqualvolta che la Corte Suprema ha invocato il necessario rispetto del principio di separazione dei poteri nei *political question cases*, si è sempre riferita alla necessaria separazione fra potere giudiziario e competenze delle altre *political branches*. Diversamente, i *supreme justices* hanno mo-

---

[183] [566 U.S._(2012)] *slip opinion*, testo in http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-699.pdf. Si tratta di una decisione adottata ad ampia maggioranza (8 a 1), con il solo *dissent* di Breyer (Alito e Sotomayor *concurring*). Per un commento si vedano: Aa.Vv., *The Supreme Court 2011 Term-Leading Cases*, 126 *Harv. L. Rev.* 307, 2012, spec. p. 311; C. Michel, *The Implications of Zivotosfky v. Clinton*, 123 *Y.L.J.*, 253, 2013; G. Skinner, *Misunderstood, Misconstrued, and Now Clearly Dead: The "Political Question Doctrine" as a Justiciability Doctrine, Even in the Area of Foreign Affairs*, cit., p. 427 ss.; C. Szurkowski, *The Return of Classical Political Question Doctrine in Zivotofsky v. Clinton, 132 S.CT 1421 (2012)*, 37 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 347, 2014. Nella letteratura italiana, G. Romeo, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei Terms 2011/2012 e 2012/2013*, cit., p. 4232 ss.

[184] In tal senso si vedano le argomentazioni di C. Szurkowski, *The Return of Classical Political Question Doctrine in Zivotofsky v. Clinton*, cit., p. 361.

[185] Su cui *supra*, cap. IV, par. 4.2.

strato di non esimersi dall'intervenire dal decidere nel merito questioni di natura costituzionale in cui venisse in rilievo l'articolazione delle competenze – e la separazione dei poteri – di legislativo ed esecutivo, operando quale "arbitro" delle dispute fra i poteri, in grado di consentire il mantenimento dell'ordine costituzionale.

In questo caso la Corte Suprema, dopo che due corti federali avevano rifiutato di addivenire ad una decisione nel merito sostenendo di essere in presenza di una *political question*[186], ha ritenuto, al contrario, che rientrasse nei poteri del giudice la decisione su quale, fra una legge del Congresso e una decisione del potere esecutivo, avesse l'autorità di riconoscere il luogo di nascita da inserire nel passaporto di un soggetto, figlio di cittadini americani, nato a Gerusalemme.

Ciò che rende questo caso estremamente interessante sono le argomentazioni offerte dalla Corte, in un ambito, quello delle *foreign relations*, dalle implicazioni fortemente politiche.

L'*opinion* redatta dal *chief justice* Roberts presenta una ricostruzione della *political question doctrine* dai confini più circoscritti rispetto alle argomentazioni offerte dalle Corti inferiori. Ciò che pare di assoluto rilievo è il fatto che Roberts, nell'approcciarsi al caso, non abbia richiamato tutti e sei gli indici elaborati in *Baker v. Carr*[187]. Egli si è concentrato solamente su due di quei fattori, vale a dire la presenza di una «*textually demostrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department*» e «*the lack of a judicially discoverable and manageable standards for resolving it*»[188]. Solo in tali ipotesi si sostiene che la Corte debba declinare la propria competenza a decidere nel merito una questione[189].

---

[186] [566 U.S._(2012)], *opinion of the Court*, p. 3. La Corte distrettuale dapprima ritenne di non poter decidere sia per carenza di *standing to sue* sia perché la questione era intrinsecamente *political*; la Corte d'appello successivamente adita, riconoscendo lo *standing* del ricorrente, rinviò la questione alla Corte distrettuale che ribadì di non poter definire il caso perché in presenza di una *political question* [511 F. Supp. 2d 97, 103, 2007]. Sostanzialmente le corti inferiori hanno ritenuto di essere in presenza di una *political question* perché la decisione del caso avrebbe significato un intervento del potere giudiziario in un ambito di competenza che la costituzione riserverebbe al presidente.

[187] Su cui diffusamente *supra*, cap. IV, par. 3.1.

[188] [566 U.S._(2012)], *opinion of the Court*, p. 5.

[189] [566 U.S._(2012)], *opinion of the Court*, p. 5: «*in such a case, we have held that a Court laks the authority to decide the dispute before it*».

Nel caso di specie, al contrario, la Corte Suprema ritiene di essere di fronte ad una di quelle situazioni in cui le è richiesto – e ha il dovere – di pronunciarsi sulla costituzionalità di un atto legislativo[190]. Siffatto dovere, pur implicando «*the resolution of litigation challenging the constitutional authority of one of the three branches*» va necessariamente assolto poiché la Corte non può esimersi dal giudizio unicamente in ragione del fatto che la questione sottoposta al suo esame presenta implicazioni politiche[191]. Conseguentemente, poiché l'impugnazione che le era stata sottoposta atteneva unicamente all'esistenza o meno di una *political question* che inibiva la decisione nel merito, la Corte Suprema ha rinviato la definizione del caso alla corte distrettuale inferiore richiedendole una «*careful examination of the textual, structural, and historical evidence put forward by the parties regarding the nature of the Statute and of the passport and recognition of powers*»[192].

Diversamente da Roberts, il giudice Sotomayor, pur concorrendo in parte nella decisione[193], scrive una separata *opinion* che le consente di prospettare una ricostruzione della *political question doctrine* in termini meno ristretti rispetto a quanto descritto nell'*opinion del chief justice*.

Essa pone l'accento su alcune "omissioni" di Roberts: l'*opinion of the Court*, infatti, presenterebbe il difetto di non considerare in alcun modo i *prudential factor* enucleati in *Baker v. Carr*, né di ricostruire il *baker test* concependolo come "cornice" entro la quale individuare le *political questions*.

---

[190] [566 U.S._(2012)], *opinion of the Court*, p. 7. Roberts cita il precedente *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 cranch) 137-177 (1803)] dando per pacifico che dal 1803 «*we have recognized that when an Act of the Congress is alleged to conflict with the Constitution "it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is"* […]».

[191] «*Courts cannot avoid their responsibility merely "because the issue have political implications"*» [566 U.S._(2012)], *opinion of the Court*, p. 7, citando il precedente *INS v. Chadha* [462 U.S. 919-943 (1983)].

[192] [566 U.S._(2012)], *opinion of the Court*, p. 12.

[193] In particolare, Sotomayor, ritenendo che non sussista alcun «*textual commitment to the Executive branch*», come, al contrario sostenuto dalla Corte d'Appello, concorre nel giudizio ritenendo che la questione vada decisa nel merito [566 U.S._(2012)], *opinion of Sotomayor*, p. 9.

Rifacendosi a tutti i sei criteri indicati in *Baker*, Sotomayor formula le proprie argomentazioni partendo dalla considerazione che quel caso «*left unanswered when the presence of one or more factors warrants dismissal, as well as the interrelationship of the six factors and the relative importance of each in determining whether a case is suitable for adjudication*»[194].

Secondo la sua visione i sei fattori di *Baker* sarebbero riconducibili a tre macro categorie: il primo[195], imporrebbe l'astensione per una sorta di difetto di giurisdizione della Corte[196]; il secondo e il terzo[197] sarebbero riconducibili a situazioni in cui vi è un difetto di competenza; mentre i restanti tre fattori[198] evocherebbero circostanze in cui ragioni di opportunità e prudenza suggeriscono di astenersi dal definire un giudizio nel merito[199].

Con particolare riferimento a tali ultimi tre fattori Sotomayor ne ha evidenziato la perdurante vitalità, pur sottolineando come la Corte debba essere sempre particolarmente cauta nell'adottare *prudential considerations* specialmente quando la mancata decisione di un caso può farsi derivare anche dall'applicazione delle *doctrines of justiciability* (*standing*, *ripeness e mootness*)[200], spesso meno problematiche perché meglio giuridicamente argomentabili.

Peraltro, anche nella sfera della *national security* e delle *foreign relations*, Sotomayor sostiene che, allorché venga in rilievo la violazione di diritti individuali, vi dovrebbe esser sempre spazio per l'in-

---

194 [566 U.S._(2012)], *opinion of Sotomayor*, p. 2.

195 «*A textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department*» *Baker v. Carr* [369 U.S. 186, 217 (1962)].

196 «*Abstention is warranted because the court lacks authority to resolve that issue*» [566 U.S._(2012)], *opinion of Sotomayor*, p. 2.

197 «*A lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it*» e «*the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion*», *Baker v. Carr* [369 U.S. 186, 217 (1962)].

198 «*The impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government*»; «*an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made*»; «*the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question*», *Baker v. Carr* [369 U.S. 186, 217 (1962)].

199 [566 U.S._(2012)], *opinion of Sotomayor*, p. 3.

200 Su cui diffusamente *supra*, al cap. III del presente lavoro.

tervento giudiziale, essendo difficilmente invocabile l'applicazione della *political question doctrine*.

Al contrario, il giudice Breyer, unico *dissenter* al caso, se concorda con Sotomayor nel ritenere che in presenza di una concreta lesione a diritti fondamentali che determini la presenza di danni quantificabili vi sia quasi sempre uno spazio per il legittimo intervento giurisdizionale, tuttavia nega che una situazione siffatta sia presente nel caso sottoposto all'esame della Corte[201] e argomenta la propria mancata adesione alla posizione della maggioranza sulla base delle inevitabili implicazioni politiche che conseguirebbero alla decisione giurisdizionale. Egli, infatti, ricorda come, tradizionalmente, la sfera dei *foreign affairs* implichi decisioni dalla natura «*highly political*» che hanno spesso spinto la Corte Suprema a ritenere presente una *political question*[202]. Inoltre, pur riconoscendo che parte ricorrente contesta la conformità a costituzione di un atto legislativo, tuttavia, nel caso di specie, ritiene doverosa una valutazione delle implicazioni politiche, sia interne, sia internazionali, che una decisione giudiziale potrebbe avere[203]. Infine, ricorda come «*as the controversy reflects different foreign policy views among the political branches of Government, those branches have nonjudicial methods of working out their differences*»[204] e, conseguentemente, conclude che una decisione nel merito del caso determinerebbe il rischio di provocare «*embarrassment*» o mostrare «*lack of respect*» nei confronti dei poteri politici coinvolti, oltre ad un «*potentially disrupt sound foreign policy decisionmaking*»[205].

Questa decisione, che va letta in connessione con il successivo caso *Zivotofsky v. Kerry* del giugno del 2015[206] (c.d. Zivotofsky II), mostra come la maggioranza della Corte Suprema tenda ad abbandonare quelle *prudential consideration* che, opportuna-

[201] [566 U.S._(2012)], *opinion of Breyer*, p. 7.
[202] [566 U.S._(2012)], *opinion of Breyer*, pp. 2-3.
[203] [566 U.S._(2012)], *opinion of Breyer*, pp. 4-7.
[204] [566 U.S._(2012)], *opinion of Breyer*, p. 8.
[205] [566 U.S._(2012)], *opinion of Breyer*, p. 9.
[206] [576 U.S._(2015)] *slip opinion* in http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-628_l5gm.pdf.

mente intersecate con ragioni di tipo testuale, sono state alla base di alcune sue importanti decisioni (sebbene nella maggior parte dei casi siano state interpretate per consentire, piuttosto che evitare un giudizio nel merito)[207].

Se per parte della dottrina che ha avuto modo di commentare il caso esso rappresenta una sorta di "tradimento" dei precedenti storici in materia di *political questions*[208]; altra parte della dottrina sostiene che, al contrario, nessuna *political question* possa esser riscontrata allorché alla Corte Suprema viene richiesto di pronunciarsi sulla costituzionalità di un atto legislativo[209]. Si è infatti sostenuto che il ruolo della Corte Suprema quale arbitro fra le *political branches* contribuisca in modo fondamentale al mantenimento dell'ordine costituzionale[210] e, questo, secondo dinamiche argomentative che evocano alla mente il ruolo della nostra Corte costituzionale nella definizione dei conflitti fra i poteri dello Stato. Lo stesso *justice* Kennedy, nell'*oral argument* del caso, ha riconosciuto che evitare di definire nel merito questioni in cui si contesta la legittimità costituzionale di un atto legislativo evoca «*the spectre of constant legislative determination that are not clearly invalid*»[211].

---

[207] Cfr. cap. IV, par. 4.2. Sul punto diffusamente R.E. Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, 102 *Colum. L. Rev.* 237, 2002, spec. p. 267 ss. Va ricordato, tuttavia, che sebbene la Corte Suprema sia restìa a evitare decisioni nel merito unicamente sulla base dei *prudential factors* di *Baker*, al contrario le corti federali inferiori tendono a riconoscere loro un maggior spazio, specialmente in casi relativi ai *foreign affairs*. Su questo profilo si veda C. Szurkowski, *The Return of Classical Political Question Doctrine in Zivotofsky v. Clinton, 132 S.CT 1421 (2012)*, cit., spec. p. 356.

[208] Secondo G. Skinner (*Misunderstood, Misconstrued, and Now Clearly Dead: The "Political Question Doctrine" as a Justiciability Doctrine, Even in the Area of Foreign Affairs*, cit., p. 435) la Corte Suprema «*misinterprets its own precedents about the "political question doctrine"*». La Corte, cioè, avrebbe mostrato di aderire ad una concezione eccessivamente ristretta della *political question doctrine*, quando sarebbe stato più opportuno individuare un «*textual commitment*» con una delle *political branches* o la mancanza di standard di giudizio chiari al fine di «*defer the case*» al potere competente.

[209] C. Michel, *The Implications of Zivotosfky v. Clinton*, cit., p. 254.

[210] *Ibidem*, p. 261, ma in senso conforme anche R.A. Posner, *Breaking the Deadlock: the 2000 Election, the Constitution and the Courts*, cit., p. 162.

[211] Testo e audio in http://www.oyez.org/cases/2010-2019/2011/2011_10_699.

Conseguentemente, applicare in casi simili la *political question doctrine*, lungi dal contenere l'esercizio del potere giurisdizionale entro i confini costituzionalmente tracciati avrebbe l'effetto paradossale di incrementare situazioni poco trasparenti e chiare dal punto di vista giuridico. Si è, quindi, sostenuto che «*statutory political questions thus represent a form of false modesty, professing judicial restraint but producing judicial abdication*» e il loro rifiuto rappresenterebbe un tassello fondamentale per il consolidamento della democrazia americana[212].

Altra dottrina, mostrando di aderire alla posizione espressa nella *concurring opinion* di Sotomayor, rileva come le "omissioni" logico argomentative desumibili dall'*opinion of the Court* rappresenterebbero la chiara indicazione che i *supreme justices*, pur in presenza di un caso che possiede molte delle caratteristiche che storicamente hanno pesato in favore della c.d. *prudential political question doctrine*, si sarebbero orientati nuovamente verso la concezione "*classica*" della stessa[213]. Nell'*opinion of the Court*, infatti, si richiamano le posizioni espresse da Marshall nel celeberrimo caso *Marbury v. Madison* e si ribadisce che decidere casi come Zivotofsky «*is what the courts do*»[214].

Anche nel campo dei *foreign affairs* i giudici (anche quando, come Breyer, hanno dissentito dalla maggioranza) mostrano di non riconoscere alcuna speciale deferenza a priori nei confronti del potere esecutivo e della valorizzazione di interessi istituzionali e politici. Questo caso, pertanto, può essere probabilmente considerato un esempio di come l'attuale Corte Suprema non si esimerà dall'apprestare idonea tutela ai diritti fondamentali dei singoli semplicemente perché il potere esecutivo ne evidenza la "pericolosità" o l'inopportunità (politica).

---

[212] C. Michel, *The Implications of Zivotosfky v. Clinton*, cit., pp. 263-264.

[213] Diffusamente: C. Szurkowski, *The Return of Classical Political Question Doctrine in Zivotofsky v. Clinton, 132 S.CT 1421 (2012)*, cit., spec. p. 360. Sulla concezione classica della *political question doctrine*: cfr. cap. IV, par. 4.

[214] [566 U.S._(2012)], *opinion of the Court*, p. 12.

4.4.2. Zivotosky v. Kerry

L'otto giugno 2015, con la decisione *Zivotosky v. Kerry*[215], la Corte Suprema è ritornata nuovamente sulla questione, pronunciandosi nel merito della stessa e definendo l'assetto dei rapporti fra potere legislativo ed esecutivo nella direzione dei *foreign affairs.* Il caso mostra come nei rapporti fra potere legislativo e potere esecutivo talvolta sia quest'ultimo a prevalere: nel caso di specie, infatti, si stabilisce che il Congresso non può adottare normative che abbiano quale effetto quello di definire le linee della politica estera e, pertanto, si consente al potere esecutivo di continuare a mantenere la posizione di neutralità nei confronti dello *status* della città di Gerusalemme, oggetto di contesa fra Israele e palestinesi.

La decisione pare significativa per l'adozione di un approccio "pragmatico" nella definizione dell'assetto delle competenze fra i poteri coinvolti nel *domain* dei *foreign affairs*. La Corte, cioè, sembra muovere non da una prospettiva di carattere rigidamente formalistico[216], ancorata a categorie interpretative astratte o ad una lettura "fredda" del testo costituzionale, ma pone in essere un caleidoscopio di considerazioni di ordine interpretativo e metodologico che, pur partendo da un'impostazione testualista, che tiene conto delle posizioni dei *founding fathers*[217], non mancano di valorizzare le implicazioni pratiche conseguenti alla scelta di una fra le varie opzioni interpretative possibili[218].

Kennedy dà atto che il testo e la struttura della Costituzione as-

---

[215] [576 U.S._(2015)] *slip opinion.* Il *justice* Kennedy ha redatto l'*opinion of the Court* cui si sono associati Ginsburg, Sotomayor, Kagan e Breyer (*concurring*). Dissenzienti: Thomas (*dissenting in part*), Roberts, Alito, Scalia. Per una ricostruzione della dinamica si veda: J.K. Elsea, *Zivotofsky v. Kerry: The Jerusalem Passport Case* (*Congressional research service*), in https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R43773.pdf del 30 ottobre 2014; H.G. Cohen, *Agora: Reflections on Zivotofsky v. Kerry: Zivotofsky II's two Visions for Foreign Relations Law*, in www.asil.org/, American Society of International Law del 20 luglio 2015.

[216] Cfr. però H.G. Cohen, *Formalism and Distrust: Foreign Affairs Law in the Roberts*, 83 *Geo. Wash. L. Rev.* 380, 2015, secondo cui, il generale *trend* della Corte Roberts, in materia di *foreign affairs*, sarebbe comunque improntato ad un'ottica di marcato formalismo.

[217] [576 U.S._(2015)] *opinion of the Court*, spec. pp. 8-10.

[218] [576 U.S._(2015)] *opinion of the Court*, spec. pp. 8-10.

segnano al presidente il potere di riconoscere «*foreign nations and governments*»[219] e si interroga se si tratti di un potere da ripartirsi con il Congresso oppure se esso abbia natura esclusiva.

Tale questione è risolta mediante il ricorso all'analisi dei precedenti storici[220], della prassi e della giurisprudenza, e Kennedy conclude che, sebbene al Congresso vadano riconosciuti importanti poteri in alcuni aspetti della *foreign policy*[221], tuttavia nel caso di specie, esso non può condizionare il potere presidenziale di riconoscere potenze straniere. La Corte giunge a tale conclusione muovendo da «*functional considerations*», valorizzando, in particolare l'importanza che vi sia una posizione nazionale unica in merito a quali potenze straniere possano dirsi legittime e quali no[222]. Infatti, «*[i]f the President is to be effective in negotiations over a formal recognition determination, it must be evident to his counterparts abroad that he speaks for the Nation on that precise question*»[223].

L'approccio pragmatico che pare sostenere il *legal reasoning* dell'*opinion of the Court* si desume dall'analisi delle implicazioni che conseguono all'attribuzione di un potere presidenziale esclusivo in merito al riconoscimento delle potenze straniere. Infatti, il caso *Zivotofsky II*, non concerneva propriamente la valutazione della legittimità costituzionale di una legge che si spingesse a determinare l'estensione della sovranità di Israele sulla città di Gerusalemme, quanto, piuttosto, il fatto che l'applicazione, da parte del potere esecutivo, della normativa impugnata, sarebbe stata in contraddizione

---

[219] [576 U.S._(2015)] *opinion of the Court*, spec. p. 11.

[220] Di recente, nei *separation of powers cases*, la Corte Suprema tende a insistere sull'importanza dei precedenti storici (intesi anche come prassi applicative) al fine di comprendere come si modula in concreto l'allocazione costituzionale delle competenze [576 U.S._(2015)] *opinion of the Court*, p. 20. Ma si veda, oltre al caso in commento, anche il caso *NLRB v. Noel Canning* [573 U.S._(2014)], *slip opinion*, in http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-1281_mc8p. pdf. Sulle problematiche connesse al ricorso alla tecnica interpretativa che valorizza i precedenti storici si vedano, in particolare C.A. Bradley, T.W. Morrison, *Historical Gloss and the Separation of Powers*, 126 *Harv. L. Rev.* 411, 2012; nonché L.H. Bloom Jr, *Methods of Interpretation*, Oxford University Press, New York, 2009, spec. p. 205 ss.

[221] [576 U.S._(2015)] *opinion of the Court*, spec. p. 14, ma anche p. 18.

[222] [576 U.S._(2015)] *syllabus*, p. 2.

[223] [576 U.S._(2015)] *opinion of the Court*, p. 14.

con la sua costante posizione di neutralità in merito allo *status* da attribuire a quella città. Secondo la Corte, infatti, «*[i]f the power over recognition is to mean anything, it must mean that the President not only makes the initial, formal recognition determination but also that he may maintain that determination in his and his agent's statements*» e tale posizione è considerata «*a matter of both common sense and necessity*»[224].

Volendo effettuare un confronto fra il *legal reasoning* che ha caratterizzato il caso *Zivotofsky I* e il caso *Zivotofsky II*, ciò che appare di tutta evidenza è la differenza di approccio e la contrapposizione fra le posizioni di Kennedy e Roberts[225].

Se l'*opinion* di Roberts nel caso *Zivotofsky I* sembra ancorata ad un certo formalismo nel ricostruire la *political question doctrine* e nello stabilire come la stessa non si dovesse applicare; diversamente, in *Zivotofsky v. Kerry*, l'approccio di Kennedy si fa carico di *functional considerations* al fine di addivenire ad una decisione bilanciata che garantisca l'equidistanza della Corte Suprema rispetto alle tematiche politiche coinvolte[226].

Nonostante la diversità di approcci interpretativi, i casi *Zivotofsky I e Zivotofsky II* possono, però, essere letti complessivamente non in termini contraddittori. In entrambi i casi emerge la volontà della Corte di intervenire nel *domain* dei *foreign affairs*, operando, però, quale mero arbitro nelle dispute fra poteri, anche se non è ancora chiaro, al momento, quale saranno tutte le effettive implicazioni per la disciplina di un settore così sensibile[227].

---

[224] Quest'ultimo è un esempio tipico di *pragmatic reasoning* [576 U.S._ (2015)] *opinion of the Court*, pp. 26-27.

[225] Per una ricostruzione dei vari precedenti in materia di *foreign relations law* che hanno visto ora allineati ora divisi il *chief justice* e il giudice Kennedy si veda: H.G. Cohen, *Agora: Reflections on Zivotofsky v. Kerry: Zivotofsky II's two Visions for Foreign Relations Law*, cit., p. 2.

[226] E del resto Kennedy ha affermato all'inizio della propria *opinion* di non volersi ingerire a prendere posizioni sullo *status* di Gerusalemme [576 U.S._ (2015)] *opinion of the Court*, p. 1.

[227] Sul punto cfr. G. Sitaraman, I. Wuerth, *The Normalization of Foreign Relations Law*, 128 *Harv. L. Rev.* 1897, 2015; C.A. Bradley, *Foreign Relations Law and the Purpoted Shift away from "Exceptionalism"*, 128 *Harv. L. Rev.* 294, 2015.

4.5. *L'*health care reform *quale ulteriore frontiera della* political question doctrine*?*

Con una decisione destinata a segnare la storia del sistema di *welfare* statunitense, il 28 giugno 2012, la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America si è pronunciata sulla legittimità costituzionale della riforma del sistema di assistenza sanitaria approvata dal Congresso nel 2010 e cavallo di battaglia della presidenza Obama. Il *Patient Protection and Affordable Care Act*[228] estende la copertura sanitaria a milioni di americani sinora sprovvisti, espande i programmi di assistenza pubblica per categorie deboli, aumenta il carico fiscale per i soggetti più ricchi e vieta alle compagnie assicurative il ricorso ad alcune pratiche discriminatorie odiose, come la possibilità di rifiutare una polizza a persone che abbiano problemi di salute pregressi[229].

La riforma ha originato un acceso dibattito negli Stati Uniti,

---

[228] PPACA, Pub. L. 111-148-124 Stat. 119 – il cui testo ufficiale, come emendato dall'*Health Care and Education Reconciliation Act* del 2010 – HCERA, Pub. L. 111-152-124 Stat. 1029 è reperibile in housedocs.house.gov/energycommerce/ppacacon. pdf.

La legge estende la copertura sanitaria a 32 milioni di americani, espande i programmi di assistenza del governo per i più poveri, aumenta il carico fiscale per i più ricchi e vieta alle compagnie assicurative il ricorso ad alcune pratiche discriminatorie odiose, come la possibilità di rifiutare una polizza a persone che abbiano problemi di salute pregressi.

[229] La letteratura che ha commentato la riforma è sterminata, si vedano, *ex multis*: N. Persily, G.E. Metzger, T.W. Morrison (eds.), *The Health Care Case. The Supreme Court's Decision and its Implications*, Oxford University Press, U.S., 2013; A. Koppelman, *Bad News for Mail Robbers: The Obvious Constitutionality of Health Care Reform*, 121 *Y.L.J. Online* 1, 2011 (yalelawjournal.org). Per un commento, nella letteratura italiana, *ex multis:* A. Pin, *La riforma sanitaria USA e il suo destino. Perché Obama è riuscito dove altri hanno fallito (e potrebbe perdere dove altri hanno vinto)?*, in G.G. Carboni (a cura di), *La salute negli Stati Composti. Tutela del diritto e livelli di governo*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 127 ss.; E. Mostacci, *La quadratura del cerchio: il sistema sanitario statunitense alla ricerca di inclusione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4, 2010, p. 1542 ss.; R. Casella, *La riforma sanitaria di Barack Obama*, in *Studi parlamentari*, 165-166, 2009, p. 32 ss., ma anche C. Bologna, *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, in www.forumcostituzionale.it, 15 ottobre 2012, p. 1 ss.; C. Drigo, *Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, 28 giugno 2012, National Federation Of Independent Business, et al. v. Sebelius; Secretary of Health and Human Services, et al. [567 U.S. (2012)]*, in *DPCE Online*, 4, 2012, p. 1 ss.

coinvolgendo ampie fasce della popolazione e interessando lo scontro fra le forze politiche. Inoltre si è aperto un nuovo scenario problematico in relazione all'applicabilità (sostanziale, se non formale) della *political question doctrine* in un settore in cui le scelte politiche federali determinano non solo una compressione delle prerogative statali, ma incidono anche sulle garanzie costituzionali e sui diritti fondamentali.

Il giorno stesso in cui il presidente Obama ha sottoscritto il PPACA, molti Stati hanno reagito contestando la competenza federale in questa materia, sostenendo l'illegittimità della previsione che impone a tutti gli americani di avere (*rectius*, acquistare) entro il 2014 una assicurazione medica (il c.d. *individual mandate*), pena il pagamento di una sanzione. La questione è stata pressoché subito sottoposta allo scrutinio delle corti federali. Molte corti d'appello, investite di una pioggia di ricorsi, in alcuni casi hanno sancito l'incostituzionalità delle sole disposizioni che obbligano a stipulare un'assicurazione[230], mentre in altri hanno ritenuto che l'*Anti injunction Act* ostasse ad un esame nel merito della questione[231] o che vi fosse una formale mancanza di *standing*[232] (con argomentazioni che paiono, però, evocare una sostanziale applicazione della *political question doctrine*) e pure la giurisprudenza dei tribunali federali inferiori si è distinta per le forti oscillazioni.

La questione è, quindi, stata sottoposta all'esame della Corte Suprema, la quale, riunendo più ricorsi[233], ha accettato di conoscere nel merito una controversia che ha avuto origine in Florida e che ha visto fra i promotori i rappresentanti di 26 Stati e della *National Federation of Independent Business*. I giudici di Washington hanno ascoltato le parti a partire dal 26 marzo 2012 e la decisione è stata

---

[230] Come la *Court of Appeals for the Eleventh Circuit*, *Florida v. United States Dep't of Health & Human. Servs.*, 648 F. 3d 1235, 2011.

[231] Come la *Court of Appeals for the Fourth Ciurcuit*, *Liberty Univ., Inc. v. Geithner*, 671 F. 3d 391, 2011.

[232] Cfr. *Court of Appeals for the Fourth Ciurcuit*, *Commonwealth of Virginia v. Sebelius*, 11-1057, 2011.

[233] Tutti i ricorsi avverso le decisioni delle corti inferiori e presentati alla Corte Suprema e relativi al PPACA sono reperibili all'indirizzo: http://www.supremecourt.gov/docket/PPAACA.aspx.

resa pubblica il 28 giugno successivo, a pochi mesi di distanza dalle elezioni presidenziali, probabilmente, contribuendo a condizionarne l'esito[234].

Prima ancora dell'esito del giudizio, già la scelta della Corte Suprema di definire nel merito la questione ha rappresentato una presa di posizione assai significativa per le potenziali implicazioni politiche, ma anche giuridiche, ad essa conseguenti. Tale scelta è stata considerata una delle decisioni più "politicamente" rilevanti dalla definizione del caso *Bush v. Gore*[235] e i limiti con cui i giudici si trovano a doversi confrontare sono di natura eminentemente politica e potenzialmente possono incidere sul prestigio e sulla legittimazione dell'istituzione[236].

Concependo la *political question doctrine* come strumento utile ad impedire al potere giudiziario di «*precipitating impossible situations that might tear the social fabric*»[237], negli Stati Uniti la storia della riforma sanitaria si presta a rappresentare una di quelle "situa-

---

[234] In particolare, in udienza si sono dibattute le diverse posizioni al fine di stabilire: a) se il ricorso per valutare la costituzionalità della legge fosse o meno ammissibile in base all'*Anti-Injunction Act*, legge del 1793 che vieta i ricorsi alla Corte Suprema fino a quando Washington non esiga la riscossione delle tasse o imponga il pagamento di multe (nessun soggetto – né Stati, né individui – aveva, al momento del ricorso, effettuato esborsi in ragione della mancata accettazione della riforma); b) se il Congresso, imponendo l'*individual mandate*, avesse minato la libertà dei cittadini di non partecipare al "mercato sanitario" e, conseguentemente, incidendo sulla mera scelta di non assicurarsi (intesa come *economic inactivity*) e non su un'*attività* esistente, avesse esorbitato le proprie competenze, così come previste ai sensi della *commerce clause* (art. 1, sez. VIII, cl. 3) e della *necessary and proper clause* (art. 1, sez. VIII, cl. 18); c) se, nel caso in cui l'*individual mandate* fosse stato dichiarato illegittima espressione dei poteri federali, le restanti previsioni della riforma potessero comunque rimanere in vigore (gli oppositori patrocinavano la conclusione contraria); d) se la minaccia della Casa Bianca di negare agli Stati i finanziamenti federali, in caso di opposizione alla riforma, fosse ammissibile e se, quindi, le previsioni relative all'espansione del Medicaid – il programma federale di assistenza sanitaria a individui e famiglie a basso reddito – fossero costituzionalmente legittime. La decisione è *National Federation Of Independent Business, et al. v. Sebelius; Secretary of Health and Human Services, et al.* [567 U.S._(2012)], *slip opinion*, in http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/11-393c3a2.pdf.

[235] [531 U.S. 98 (2000)] su cui diffusamente, *supra*, al par. n. 3.2.

[236] A. Koppelman, *Bad News for Mail Robbers: The Obvious Constitutionality of Health Care Reform*, cit., p. 1 ss.

[237] P. Strum, *Political Question Doctrine*, in *Encyclopedia of The American Constitution*, 4, Macmillan Reference USA, 2000, p. 1951.

zioni impossibili" in cui la Corte si troverebbe fra una Scilla e Cariddi dei nostri tempi. Accogliendo integralmente le censure statali, gli effetti della decisione non si sarebbero limitati alla strutturazione del sistema sanitario, ma avrebbero inciso profondamente sulla configurazione degli assetti del sistema federale e sul livello di tutela dei diritti sociali. Per converso, anche il completo accoglimento delle difese dell'Amministrazione federale, avrebbe avuto un impatto di non poco conto sull'architettura costituzionale federale e sulla tenuta dei bilanci di moltissimi Stati. Pertanto, già prima della pubblicazione della decisione, alcuni commentatori, in ragione della politicità intrinseca della questione, avevano invocato l'opportunità di un atteggiamento di *self-restraint* dei giudici di Washington o comunque una particolare cautela nel difficile bilanciamento fra diritti fondamentali (la tutela della salute) e articolazione costituzionale delle competenze[238].

Uno degli aspetti peculiari della decisione attiene al particolarissimo "gioco di forze" che ha consentito di raggiungere la maggioranza necessaria per la definizione delle diverse questioni.

Decisiva è stata la scelta del *chief justice* Roberts. Egli, non dichiarando l'incostituzionalità dell'*individual mandate*, è riuscito ad ottenere il voto favorevole di quattro giudici di orientamento liberale, mentre ha mantenuto l'appoggio dei giudici conservatori ritenendo non conforme a Costituzione l'imposizione agli Stati degli effetti pregiudizievoli derivanti dalla mancata accettazione della *Mediacaid expansion.*

Il risultato è una decisione che lascia trasparire una grande tensione sostanziale.

Molti commentatori hanno osservato che, in sostanza, Roberts avrebbe deciso il caso da solo, ottenendo la propria personale vittoria riuscendo a sintetizzare le diverse anime interne alla Corte[239].

---

[238] L.H. Tribe, *Health Care, Justice Will Prevail*, 7 febbraio 2011, in *The New York Times*, in www.nytimes.com.

[239] In tal senso: B. Ackermann, *Roberts Raises the Election Year Stakes*, in *The Huffington Post*, 29 giugno 2012, in www.huffingtonpost.com/bruce-ackerman/roberts-raises-the-electi_b_1637073.html; R. Dworkin, *A bigger Victory Than We Knew*, in *The New York Review of Books*, 16 agosto 2012, in www.nybooks.

Va rilevato, inoltre, che Roberts usualmente non esprime il voto determinante nelle decisioni 5 a 4, e nella sua *opinion* si rinviene l'intento di mostrare un approccio deferente nei confronti delle scelte del legislatore e la sua concezione del ruolo della Corte Suprema nell'ordinamento. In dottrina si è tuttavia evidenziato come spesso Roberts non si sia dimostrato così cauto di fronte alla possibilità di colpire con la censura di incostituzionalità le decisioni del Congresso, e si è individuata una diversa *ratio* giustificativa della sentenza. Il *chief justice*, conservatore convinto, consapevole del fatto che una parte rilevante dell'opinione pubblica statunitense ritiene che le decisioni 5 a 4 siano il frutto di una frattura ideologica forte all'interno della Corte ed espressione di una politicità intrinseca dell'organo suscettibile di minare la legittimazione e l'autorevolezza dello stesso, avrebbe colto l'occasione di definire questo caso cercando di operare a garanzia della estraneità della Corte rispetto all'agone politico, con l'intento di salvaguardarne il prestigio[240].

Passando all'esame dei passaggi più significativi della decisione, si osserva che il *chief justice* Roberts, dopo aver stabilito in via preliminare che l'*Anti Injunction Act* non è applicabile al caso di specie e, quindi, non impedisce alla Corte di conoscere la questione nel merito[241], si è concentrato sull'analisi di quello che è uno dei profili centrali della riforma, oltre che uno degli aspetti oggetto di maggior attacco politico. La previsione dell'obbligo individuale di dotarsi di una assicurazione medica era stata considerata, specialmente dalla destra conservatrice, come una indebita intromissione nella sfera di

---

com/articles/archives/2012/aug/16/bigger-victory-we-knew/?pagination=false. Sul ruolo avuto dal *Chief justice* nella determinazione dei contenuti della decisione si cfr. anche J.H. Adler, *Judicial Minimalism, the Mandate, and Mr. Roberts*, in N. Persily, G.E. Metzger, T.W. Morrison (eds.), *The Health Care Case. The Supreme Court's Decision and its Implications*, cit., p. 171 ss.; N.S. Siegel, *More Law than Politics: The Chief, the "Mandate", Legality and Statemanship*, in N. Persily, G.E. Metzger, T.W. Morrison (eds.), *The Health Care Case. The Supreme Court's Decision and its Implications*, cit., p. 192 ss.

[240] Sul punto: R. Dworkin, *A bigger Victory Than We Knew*, cit., p. 1; J. Dean, *Why Chief Justice Roberts Dared Not Overturn President Obama's Healthcare Plan*, in *Verdict*, 29 giugno 2012, verdict.justia.com/2012/06/29/why-chief-justice-roberts-dared-not-overturn-president-obamas-healthcare-plan.

[241] [567 U.S._(2012)], *opinion of the Court*, p. 11 ss.

autodeterminazione dei singoli, suscettibile di minarne la libertà di scelta. Con l'*individual mandate*, infatti, si richiede a tutti coloro che non godono già di una copertura assicurativa[242] di dotarsene[243].

In sede di giudizio, i difensori della riforma hanno giustificato la previsione dell'*individual mandate* sulla base del potere del Congresso di intervenire, *in primis*, ai sensi della *commerce clause*, e comunque ai sensi della *necessary and proper clause*, poiché il mercato dell'*health care* sarebbe caratterizzato da un «*significant cost-shifting problem*»[244]. Tale interpretazione è stata fortemente contestata, soprattutto in relazione al fatto che ad un Congresso a poteri enumerati, sulla base del suo generale potere di disciplinare il commercio, possa esser consentito di imporre ai cittadini l'acquisto di un bene economico, prevedendo per gli inadempienti l'irrogazione di una sanzione pecuniaria.

Tuttavia il proposito dell'Amministrazione Obama di riorganizzare il sistema di *welfare*, implementando le forme e modalità di accesso alle cure, consentendo ad ampie fasce di popolazione di non essere escluse dal godimento di uno dei diritti fondamentali, quale la salute, è possibile unicamente condizionando (e limitando) i margini di discrezionalità delle compagnie assicuratrici (che, come noto, tendono a impostare la loro azione secondo ferree logiche di mercato) e rendendo le forme di assistenza sanitaria pubblica esistenti maggiormente efficienti ed economicamente sostenibili, anche attraverso l'imposizione a larghe fasce della popolazione dell'obbligo di dotarsi di una copertura assicurativa di base.

Il *chief justice* Roberts è riuscito ad individuare un sorprendente punto di compromesso pur rigettando le argomentazioni dell'amministrazione e fornendo un'interpretazione alquanto restrittiva della *commerce clause* al fine di salvaguardare il più possibile i margini di sovranità statale.

---

[242] Come nel caso di assicurazioni garantite dai datori di lavoro o in virtù dell'applicazione dei programmi assistenziali *Medicaid* o *Medicare.*

[243] (26 U.S.Code §5000A). A partire dal 2014, chi avrà scelto di non ottemperare a tale previsione sarà tenuto a corrispondere all'Amministrazione federale un «*[s]hared responsibility payment*» (26 U.S.Code §5000A(b)): pagamento descritto come una «*penalty*» il cui ammontare è parametrato al reddito del soggetto (26 U.S.Code §5000A(c)).

[244] [567 U.S._(2012)], *opinion of Roberts*, p. 16.

Egli ritiene che le potenzialità applicative della clausola *de qua* si debbano arrestare di fronte al fatto che il potere di disciplinare il commercio presuppone l'esistenza effettiva di un'attività commerciale da rendere oggetto di regolamentazione. E l'*individual mandate* non regolerebbe alcuna attività esistente, limitandosi ad imporre («*compels*») agli individui di diventare "attivi" nel commercio acquistando un prodotto: cosicché sarebbe la loro mera inerzia ad essere considerata suscettibile di incidere negativamente sul commercio interstatale. Tuttavia, Roberts sostiene che interpretare la *commerce clause* nel senso di ritenervi incluso il potere del Congresso di «*regulate individuals precisely because they are doing nothing would open a new and potentially vast domain to congressional authority*»[245], poiché se il potere di disciplinare qualcosa è ritenuto comprensivo del potere di "creare" qualcosa, allora «*many of the provisions in the Constitution would be superfluous*»[246]. Roberts, quindi, da sempre portavoce delle istanze conservatrici, coglie l'occasione per proporre una lettura rigorosa della *commerce clause* che sembra rinnegare anni di giurisprudenza formatasi a partire dal *New Deal* e ritiene eccessivamente estensiva l'interpretazione fornitane dall'Amministrazione. Così, citando J. Madison, egli ribadisce i limiti che il Congresso è tenuto a rispettare al fine di evitare che esso esorbiti i confini tracciati dalla lettera della Costituzione «*everywhere extending the sphere of its activity and drawing all power into its impetuous vortex*»[247].

Per Roberts aderire alla posizione del Congresso significherebbe alterare, fino a snaturarla, la relazione fra i cittadini e la Federazione, che si vedrebbe riconosciuta la possibilità di minare la sfera della libertà individuale e dell'autodeterminazione dei singoli.

Il *chief justice*, inoltre, a sostegno delle proprie argomentazioni adduce l'applicazione di un criterio ermeneutico di tipo letterale: i Costituenti avrebbero conferito al Congresso il potere unicamente di disciplinare (*to regulate*) il commercio e non di forzarlo (*to compel*) e, quindi, non vi sarebbe alcuna giustificata ragione per rinvenire

[245] [567 U.S._(2012)], *opinion of Roberts*, p. 20.

[246] [567 U.S._2012)], *opinion of Roberts*, p. 18.

[247] *The Federalist*, n. 48, at. 309 così citato in [567 U.S._(2012)], *opinion of Roberts*, p. 25.

nel testo costituzionale significati ultronei rispetto a quelli desumibili dal dato letterale. Sul punto, è contrario il giudice Ginsburg che, nel tentativo di giustificare l'*individual mandate* riconducendolo ad un legittimo esercizio di poteri ai sensi della *commerce clause*, nella sua in parte *concurring* in parte *dissenting opinion*, rileva come la decisione di non acquistare una assicurazione privata possa esser comunque letta come una scelta (attiva) di optare per una particolare forma di "auto-assicurazione", vale a dire il ricorso alle proprie finanze personali[248].

Secondo le argomentazioni rinvenibili nell'*opinion* del giudice Roberts, l'*individual mandate* non può nemmeno esser ricondotto all'applicazione della *necessary and proper clause*, perché non può essere interpretato come una componente essenziale delle *insurance reforms*. Il *chief justice* osserva come la giurisprudenza rinvii all'applicazione della clausola in parola solo ove venga in rilievo l'esercizio di un potere derivativo di uno dei poteri espressamente ascrivibili alla competenza del Congresso, mentre l'*individual mandate* sarebbe espressione di un potere esorbitante quelli enumerati dalla Costituzione. Conseguentemente, invocare l'applicazione della *necessary and proper clause* integrerebbe una indebita espansione sostanziale dei poteri federali ed uno scardinamento dell'assetto competenziale costituzionalmente delineato[249]. Se, quindi, Roberts, ha concluso che né il *commerce power* né la *necessary and proper clause* possono essere invocati al fine di giustificare l'intervento del Congresso federale, tuttavia, ha evitato di sancire l'espressa incostituzionalità dell'*individual mandate*. Egli, invocando la giurisprudenza secondo cui dovere dei giudici è quello di ricercare sempre un'interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni sottoposte al loro esame[250] riconduce l'*individual mandate* al potere del Congresso di «*lay and collect taxes*» (art. 1, sez. VIII, cl. 1), giacché la sanzione pecuniaria cui sono soggetti coloro che non sottoscrivano una polizza assicurativa sanitaria, dal punto di vista sostanziale, è considerata come una tassa, sebbene la lettera della normativa im-

[248] [567 U.S._(2012)], *opinion of Ginsburg*, p. 26.

[249] [567 U.S._(2012)], *opinion of Roberts*, p. 29.

[250] Citando, in particolare, il caso *Hooper v. California* [155 U.S. 648, 657 (1895)].

pugnata utilizzi il diverso termine di *penalty* per definirla. Roberts sostiene, così, che «*[t]he Affordable Care Act's requirement that certain individuals pay a financial penalty for not obtaining health insurance may reasonably be characterized as a tax. Because the Constitution permits such a tax, it is not our role to forbid it, or to pass upon its wisdom or fairness*»[251].

Siffatta statuizione, non è, però, ritenuta sufficientemente persuasiva[252]. Infatti, se è vero che il riferimento al *taxing power* in materie escluse dal catalogo degli *enumerate powers* non è un fenomeno del tutto estraneo alla giurisprudenza della Corte Suprema, costituendo un potere autonomo rispetto a quello legislativo[253], è altrettanto vero che il *commerce power* e il *taxing power* mal si prestano ad essere separati, poiché ogni limitazione del primo si traduce in una limitazione, o quantomeno influenza, l'altro.

Sul punto, i giudici dissenzienti hanno rilevato, da un lato, che la Corte dovrebbe arrestarsi di fronte al dato letterale della legge, non potendosi pertanto interpretare il riferimento alla «*penalty*» connessa al mancato acquisto di un'assicurazione sanitaria come se si trattasse di una «*tax*»; dall'altro, che una siffatta interpretazione troverebbe riscontro in molti precedenti in cui si distinguerebbe una linea di demarcazione sostanziale fra tasse e «*penalties*»[254]. Secondo tale lettura, l'interpretazione proposta dal *Chief justice*, e fatta propria dai giudici di orientamento liberale, non sarebbe espressione di un corretto esercizio dell'attività ermeneutica cui il giudice costituzionale è preposto, ma integrerebbe una indebita riscrittura del testo costituzionale.

Un ulteriore profilo esaminato dalla Corte Suprema attiene alla c.d. *Medicaid expansion.* Come noto, il programma federale *Me-*

---

[251] [567 U.S._(2012)], *opinion of Roberts*, p. 44.

[252] In tal senso, in letteratura italiana, E. Longo, *USA: Lord Beveridge goes to Washington. L'opinione del Presidente della Corte Suprema americana decisiva nella causa sulla riforma delle assicurazioni sanitarie voluta dal Presidente Obama nel 2010*, in www.forumcostituzionale.it, 30 ottobre 2012, p. 1 ss.

[253] Sul punto anche C. Bologna, *Sovranità degli stati federati e costituzionalità della riforma sanitaria: gli equilibrismi del Chief Justice Roberts*, in www.federalismi.it, 8 agosto 2012, p. 1 ss.

[254] Scalia, Kennedy, Thomas, e Alito, *dissenting opinion*, pp. 18-20.

dicaid garantisce, tramite una sinergia di finanziamenti federali e statali, l'assistenza sanitaria a soggetti che presentano un reddito inferiore alla soglia di povertà. Con la riforma dell'*Health Care Legislation* si è stabilito che, a partire dal 2014, gli Stati garantiscano l'estensione del programma *Medicaid* anche a tutti gli adulti non ultrasessantacinquenni che abbiano un reddito non superiore al 133 per cento della soglia di povertà federale. Per gli Stati che non intendessero uniformarsi a tali previsioni, sarebbe intervenuta una forte sanzione, consistente nella mancata corresponsione di tutti i finanziamenti federali connessi al programma *Medicaid*.

A differenza della questione inerente all'*individual mandate*, le previsioni relative alla *Medicaid expansion* coinvolgono direttamente gli Stati nell'azione di garanzia dell'assistenza sanitaria ad ampie fasce della popolazione. La misura, incidendo su materie che esulano dalla competenza federale, voleva essere strutturata quale forma di finanziamento condizionato all'accettazione delle modifiche apportate al programma *Medicaid*. Tuttavia, in concreto, la sanzione prevista per l'ipotesi di mancata accettazione avrebbe avuto effetti che si sarebbero riverberati su tutta la struttura del *Medicaid*, e non solo quella oggetto di estensione.

Una maggioranza straordinariamente ampia[255] ha appoggiato la lettura del *chief justice*, secondo cui le previsioni inerenti la *Medicaid expansion* esorbitano i poteri riconosciuti al Congresso dalla *spending clause*[256].

Nella propria *opinion* Roberts ripercorre sia l'origine e la struttura del programma *Medicaid*, sia i caratteri dello *spending power*, e giunge alla conclusione che le previsioni impugnate siano tese ad alterare lo schema costituzionale inerente al riparto di competenze.

Da un lato, Roberts ricorda che la *spending clause* assegna al Congresso il potere di «*pay the debts and provide for the […] general Welfare of the United States*»[257], riconoscendo che a ciò è implicito il potere di erogare finanziamenti federali agli Stati, eventualmente anche subordinandoli all'accettazione di specifi-

[255] Di ben sette giudici, con il solo dissenso di Ginsburg e Sotomayor.
[256] Art. 8, sez. VIII, cl. 1, Cost.
[257] Art. 1, sez. VIII, cl. 1, Cost.

che misure incidenti in ambiti formalmente di competenza statale; dall'altro, egli rileva come il caso sottoposto all'esame della Corte non integri un corretto esercizio dello *spending power*[258]. In considerazione di ciò il *Chief justice* ha rilevato che, se è pacifico che a livello federale si possa ricorrere alla *spending clause* per "incentivare" gli Stati ad adeguarsi a determinate politiche, quando viene meno una consapevole e libera potestà di scelta in capo ad essi, quando la pressione «*turns into compulsion*», allora la normativa federale non può essere ritenuta conforme all'assetto costituzionale, poiché «*[t]he Constitution simply does not give Congress the authority to require the States to regulate*»[259]. La Corte ha quindi accolto la censura dei ricorrenti secondo cui la decisione del Congresso di subordinare l'erogazione dei finanziamenti federali inerenti a tutto il programma *Medicaid* all'accettazione, senza riserve, della *Medicaid expansion* avrebbe «*crossed the line distinguishing encouragement from coercion*»[260]. Si è così dichiarata non conforme a Costituzione (unicamente) tale condizione coercitiva, con il risultato che gli Stati che non intenderanno aderire all'estensione del *Medicaid* non si vedranno corrispondere la sola quota di finanziamenti federali inerenti a tale misura e non tutti i finanziamenti destinati a finanziare la parte di programma *Medicaid*, che è rimasta invariata.

Questa decisione offre numerosi spunti di riflessione e lascia aperte alcune importanti questioni.

Secondo molti commentatori, il *Chief justice*, avrebbe assunto la propria decisione animato dal desiderio di contrastare le accuse

[258] [567 U.S._(2012)], *opinion of Roberts*, p. 45 ss. Le condizioni poste dalla Federazione dovrebbero avere unicamente lo scopo di assicurare che i finanziamenti federali siano utilizzati dagli Stati per provvedere al *general welfare* secondo le modalità ed i criteri stabiliti dal Congresso e non di minare l'assetto competenziale costituzionalmente delineato. A partire dal caso *Pennhurst State School and Hospital et al. v. Halderman et al.* [451 U.S. 1 (1981)], la normativa emanata sulla base della *Spending Clause* si viene a configurare come un vero e proprio contratto che segue la dinamica sopra descritta. Così, l'azione del Congresso federale può considerarsi legittima, e non minante lo *status* di entità sovrane degli Stati, unicamente in virtù dell'accettazione volontaria delle misure previste da parte di questi.

[259] [567 U.S._(2012)], *opinion of Roberts*, p. 47.

[260] [567 U.S._(2012)], *opinion of Roberts*, p. 48.

di eccessiva politicizzazione mosse alla Corte Suprema e di evitare il rischio concreto di una delegittimazione dell'organo[261].

Nell'*opinion* di Roberts si legge, così, una interessante ricostruzione della posizione della Corte Suprema nell'architettura costituzionale statunitense. Si cerca di distinguere in modo netto il momento della scelta politica, riservata alla discrezionalità delle istituzioni politiche, e il diverso, ma non meno importante, momento del controllo sulle modalità di ripartizione e di esercizio concreto dei poteri costituzionalmente definiti[262]. La Corte non si spinge a valutare il merito e la qualità di tali scelte, «*does not express any opinion on the wisdom of the Affordable Care Act*», poiché «*[u]nder the Constitution, that judgement is reserved to people*»[263], di conseguenza i giudici, in quanto soggetti non eletti, dovrebbero assumere, di preferenza, un atteggiamento di *self-restraint* ed essere molto cauti prima di censurare una decisione del potere legislativo.

Il *chief justice*, quindi, pare voler proporre una linea di demarcazione netta tra valutazioni di ordine politico e (legittimo) esercizio del potere di controllo giuridico sulle competenze del Congresso, combinando «una rappresentazione della Corte come soggetto chiamato ad un esercizio di razionalità eminentemente pratica, nel contesto di una interpretazione delle normative orientata, nei limiti del possibile, a giustificarne la costituzionalità»[264]. Tuttavia, la decisione in commento, pur ponendosi apparentemente come espressione di un *deferent approach*, presenta una trama non scevra da risvolti problematici e pone il paese ad una svolta[265]. Da un lato, come si è detto, si fa salva una riforma che rappresenta la principale estensione del *welfare state* dagli an-

---

[261] B. Ackermann, *Roberts Raises the Election Year Stakes*, cit., p. 1 ss.; R. Dworkin, *A bigger Victory Than We Knew*, cit., p. 1 ss.; J. Dean, *Why Chief Justice Roberts Dared Not Overturn President Obama's Healthcare Plan*, cit., p. 1. ss. Ma anche J.H. Adler, *Judicial Minimalism, the Mandate, and Mr. Roberts*, cit., p. 171 ss.; N.S. Siegel, *More Law than Politics: The Chief, the "Mandate", Legality and Statemanship*, cit., p. 192 ss.

[262] [567 U.S._(2012)], *opinion of Roberts*, p. 6.

[263] [567 U.S._(2012)], *opinion of Roberts*, p. 59.

[264] Così E. Chiti, *La decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla riforma sanitaria di Obama*, in *Giorn. dir. amm.*, 8-9, 2012, p. 905.

[265] B. Ackermann, *Roberts Raises the Election Year Stakes*, cit., p. 1 ss.

ni Sessanta e che, sulla base di una interpretazione estensiva del potere di tassazione del Congresso, riflette una concezione forte del governo federale. Dall'altro, invece, si fornisce una interpretazione restrittiva della *commerce clause*, secondo uno schema interpretativo proprio dell'epoca *pre-New Deal* e si censurano le disposizioni relative alla *Medicaid expansion* incidendo sui margini di intervento del potere federale, riflettendo, quindi, una concezione "debole" dello stesso. Il *justice* Roberts, cioè, sarebbe riuscito, allo stesso momento, a minare i sostegni della giurisprudenza consolidatasi a partire dal *New Deal* pur salvando formalmente l'*Affordable Care Act* e sostenendo la costituzionalità dell'*individual mandate* ascrivendolo al *taxing power* federale[266]. Vi sono, inoltre, profili di incertezza quanto alla prefigurazione degli scenari futuri: la decisione ha aperto una nuova fase di trattative fra gli Stati e la federazione[267]: la riforma continua ad essere al centro del dibattito politico e giurisprudenziale[268] e in questi anni si è realizzato una sorta di modello di *welfare* «a geometria variabile»[269] in cui i livelli di tutela garantiti dall'assistenza pub-

---

[266] B. Ackermann, *Roberts Raises the Election Year Stakes*, cit., p. 1 ss. nonché C.C. Copeland, *FDR and Obama: Are There Constitutional Law Lessons from the New Deal for the Obama Administration? Beyond Separation in Federalism Enforcement: Medicaid Expansion, Coercion, and the Norm of Engagement*, 15 *U. Pa. J. Const. L.* 91, 2012.

[267] N.C. Aizenman, S. Somashekhar, *More State Leaders Considering Opting out of Medicaid Expansion*, 4 luglio 2012, *The Washington Post*, in articles.washingtonpost.com/2012-07-03/national/35487277_1_medicaid-expansion-matt-salo-medicaid-programs.

[268] Sia nelle corti federali inferiori sia nella Corte Suprema (cfr. ad esempio, *King v. Burwell* [576 U.S._(2015)] *slip opinion* [in http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-114_qol1.pdf] e, più di recente, *Amstrong et al. v. Exceptional Child Center Inc. et al.* [575 U.S._(2015)] *slip opinion* [in http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-15_d1oe.pdf]).

[269] In tal senso C. Bologna, *USA: La Corte suprema sulla riforma sanitaria: una vittoria per Obama e una sconfitta per il governo federale?*, in www.forumcostituzionale.it, 26 ottobre 2012, p. 4. Sulle implicazioni della decisione si vedano anche S.R. Bagenstos, *Federalism by Waiver after the Health Care Case*, in N. Persily, G.E. Metzger, T.W. Morrison (eds.), *The Health Care Case. The Supreme Court's Decision and its Implications*, cit., p. 227 ss.; A.L. Campbell, N. Persily, *Federalism from Federal Statutes: Health Reform, Medicaid and the Old-Fashoned Federalists' Gamble*, in N. Persily, G.E. Metzger, T.W. Morrison (eds.), *The Health Care Case. The Supreme Court's Decision and its Implications*, cit., p. 274 ss.

blica variavano a seconda della posizione concretamente assunta dagli Stati.

La combinazione interpretativa offertaci da Roberts nella sua *opinion*, capace di una sintesi in grado di "salvare" una delle previsioni cardine della riforma sanitaria pur offrendo una lettura estremamente restrittiva dei margini del potere federale in tema di *commerce clause*, appare sorprendente anche per un profilo di ordine "metodologico". Come rilevato dal *justice* Ginsburg nella sua *separate opinion*, per consolidata tradizione un giudice della Corte Suprema non dovrebbe proporre soluzioni ultronee rispetto a quelle strettamente necessarie al fine di definire il caso sottoposto al suo esame. Così, sarebbe stato auspicabile che Roberts, avendo ricondotto l'*individual mandate* al legittimo esercizio del *taxing power*, non si fosse spinto a fornire un'interpretazione restrittiva della *commerce clause*, così da escludervi la riconducibilità del *mandate*[270]. La giustificazione addotta dal *Chief justice* sul punto non è ritenuta soddisfacente. Egli, in prima battuta, sostiene che «*[t]he question is not whether that is the most natural interpretation of the mandate, but only whether it is a "fairly possible" one*»[271]. Successivamente, Roberts giustifica la propria analisi della *commerce clause* ritenendo l'*individual mandate* una previsione che «*reads more naturally as a command to buy insurance than as a tax*», salvo poi precisare che «*[i]t is only because the Commerce Clause does not authorize such a command that it is necessary to reach the taxing power question*»[272].

In sostanza Roberts sostiene che se le previsioni sottoposte al suo esame avessero potuto essere considerate espressione di un valido esercizio del *commercial power*, non sarebbero certo state interpretate come declinazione del *taxing power*. Una siffatta impostazione, pur consentendo di non dichiarare l'incostituzionalità dell'*individual mandate*, pare esser ancorata al desiderio di far emergere una "ideologia" latente. Il risultato è che le argomentazioni utilizza-

[270] [567 U.S._(2012)], *opinion of Ginsburg*, p. 37.
[271] [567 U.S._(2012)], *opinion of Roberts*, p. 32.
[272] [567 U.S._(2012)], *opinion of Roberts*, p. 44.

te paiono essere il risultato di un artificio alchemico[273] più che l'esito di un'attività ermeneutica coerente. La non linearità del percorso interpretativo, il "nascondersi" dietro il paravento di tecnicismi argomentativi che a tratti paiono finanche esasperati, sembra riconducibile anche ad una logica che risponde a valutazioni di ordine pragmatico e di opportunità politica. Valutazioni dipendenti (forse) anche dall'esito incerto della campagna elettorale per le consultazioni presidenziali in corso al momento della decisione.

L'ennesima tappa della giurisprudenza in materia è rappresentata dal recentissimo caso *Amstrong et al. v. Exceptional Child Center Inc. et al.* del 2015[274] con cui la Corte è intervenuta a circostanziare i profili di azionabilità dei diritti garantiti dal *Medicaid*[275].

Il giudice Scalia, redattore dell'*opinion of the Court*[276], dopo aver offerto una lettura della *supremacy clause* in un'ottica che consideri il testo costituzionale nel suo complesso[277], ha negato che essa possa attribuire un diritto d'azione in capo ai privati, poiché una diversa lettura limiterebbe il potere del Congresso di implementare la normativa federale[278]. Tale posizione, tuttavia, rappresenta una oggettiva limitazione della portata applicativa delle disposizioni del *Medicaid* che, ove disattese dagli Stati, non potranno essere invocate dai singoli, determinandosi unicamente il mancato stanziamento dei fondi federali previsti a sostegno del programma.

Il giudice Sotomayor, redattrice di un *dissent* cui si sono associati anche i giudici Ginsburg, Kennedy e Kagan, ha contestato la lettura offerta dalla maggioranza sottolineando come il rispetto di

---

[273] In questi termini, R. Dworkin, *A bigger Victory Than We Knew*, cit., p. 11 ss.

[274] [575 U.S._(2015)]. Il caso riguardava un gruppo di centri specializzati nella cura di bambini affetti da disabilità mentali e problematiche inerenti lo sviluppo. Tali centri lamentarono che Stato dell'Idhao avrebbe erogato loro rimborsi di importo più basso rispetto a quanto previsto dal *Medicaid.* La corte distrettuale e la corte d'appello federale decisero il caso in favore dei centri.

[275] Su cui diffusamente *supra.*

[276] Cui si sono associati i giudici Breyer, Thomas, Alito, e il *chief justice* Roberts.

[277] [575 U.S._(2015)] *slip opinion*, p. 4.

[278] [575 U.S._(2015)] *slip opinion*, pp. 5, 6 e 10.

alcuni precedenti storici condurrebbe a conclusioni opposte[279]. Si è, quindi, rilevato il rischio di minare seriamente la portata applicativa e l'effettività delle disposizioni federali volte a tutelare la salute dei soggetti deboli, perché meno abbienti, rendendo, di fatto, "*without remedies*" i diritti garantiti dal *Medicaid*.

5. *Un parziale bilancio*

L'analisi della giurisprudenza effettuata in seno ai paragrafi precedenti consente di formulare alcune considerazioni conclusive.

In particolare, si è voluto descrivere la posizione della Corte Suprema in relazione alle varie tematiche per poter rilevare come paia insoddisfacente ogni tentativo di incasellare il suo ruolo quale giudice costituzionale – ed etichettare la sua giurisprudenza come attivista o deferente – senza considerare al contempo la parallela condotta degli altri poteri dello Stato. Similmente, si è anticipato che non pare possibile individuare confini certi della *political question doctrine*, poiché questi sembrano oscillare al mutare delle esigenze contingenti e del contesto concreto in cui le diverse questioni emergono.

Caratteristica tipica del sistema costituzionale statunitense è la quasi automaticità con cui gli eventuali eccessi di un potere costituzionale determinano la reazione delle altre istituzioni affinché ciascuno torni ad operare nell'ambito dei confini costituzionalmente stabiliti: così l'atteggiamento della Corte Suprema muta nel tempo a seconda dell'azione degli altri poteri dello Stato.

Questo non significa affermare che il sistema statunitense sia statico o sempre rispondente ad una determinata concezione della società – al contrario, si è evoluto nei secoli adeguandosi al mutare delle istanze e delle esigenze espresse dalla società civile[280] – tuttavia in tale processo il sistema di *checks and balances* ha consentito uno

[279] [575 U.S._(2015)] *slip opinion*, p. 2, *dissent*.

[280] Cfr. G. Bognetti, *Malapportionment, ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1966; Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano. I e II*, Giappichelli, Torino, 1998-2000.

sviluppo che, nel complesso, adottando una prospettiva di lungo periodo, si può definire non disarmonico, sostanzialmente equilibrato e teso a consolidare la democraticità di quell'ordinamento.

Emblematico esempio di questa imprescindibile considerazione complessiva dell'azione dei vari poteri dello Stato, al fine di provare a comprendere l'operato del giudice costituzionale, è la vicenda relativa alla disciplina degli stati di emergenza manifestatisi dopo l'11 settembre 2001.

Una Corte pur conservatrice quale quella guidata dai *Chief justices* Rehnquist e Roberts, di fronte all'unilateralismo dell'amministrazione Bush, non bilanciato efficacemente dal potere legislativo, ha agito secondo forme sempre più incisive. Diversamente, di fronte ad una presidenza più aperta al dialogo con il potere legislativo, quale quella Obama, e ad un Congresso più attivo, la Corte Suprema pare, negli ultimi anni, aver nuovamente fatto un passo indietro lasciando margini di azione e controllo reciproco più ampi agli altri poteri dello Stato[281].

Così, se con le decisioni rese in merito al "sistema Guantanamo" era stata evidenziata la consapevolezza del potere giudiziario circa la necessità di sindacare attentamente le politiche antiterrorismo attuate dai poteri esecutivo e legislativo – soprattutto al fine di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali del *due process* e dell'*habeas corpus* – negli ultimi anni la Corte pare mostrare un parziale cambio di rotta.

Posti di fronte alla possibilità di sindacare la costituzionalità di misure anti-terrorismo diverse dalle modalità di attuazione delle politiche detentive relative alla baia di Cuba, i giudici di Washington non hanno contestato l'azione delle *political branches of government* nell'adottare misure funzionali a perseguire le esigenze di tutela della sicurezza nazionale[282].

---

[281] Il presidente Obama, in relazione alla guerra al terrore, ha mostrato un sostanziale cambio di paradigma, sconfessando gli abusi propri dell'Amministrazione precedente e precisando chiaramente la necessità di esercitare i propri poteri senza esorbitare i limiti previsti dalla legge e dialogando costantemente con il Congresso. In tal senso cfr. P. Baker, *Inside Obama's War On Terrorism*, in *The New York Time Magazine*, 4 gennaio 2010, in http://www.nytimes.com/2010/01/17/magazine/17Terror-t.html?ppewanted=all.

[282] Nel caso *Holder v. Humanitarian Law Project* [561 U.S. 1 (2010), in particolare, la Corte Suprema ha rigettato il ricorso di un'associazione in difesa dei diritti umani la quale sosteneva l'illegittimità di una misura legislativa (il c.d. *Mate-*

Tale mutamento di rotta non è giunto inaspettato e non si giustifica solamente nel passaggio dalla Presidenza Bush a quella Obama, ma trova una propria giustificazione in considerazione del convergere di molteplici fattori, primo fra tutti il mutamento dei diritti in questione. Infatti, se nelle decisioni sul "sistema Guantanamo" venivano in rilievo le fondamentali garanzie al *due process* e all'*habeas corpus*, e, quindi, in certa misura, il ruolo stesso della Corte Suprema nel sistema costituzionale, nelle questioni sottopostele dopo il 2008 venivano in rilievo diritti costituzionali di matrice diversa[283].

In secondo luogo, una tendenziale insoddisfazione per la crescente interferenza del potere giudiziario con le politiche di sicurez-

---

rial Support Statute, 18 U.S.C. § 2339, inizialmente introdotta dall'*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* del 1996 e successivamente espansa dallo *USA Patriot Act*) che vietava il «supporto materiale» nei confronti di gruppi designati, da parte del Dipartimento di Stato, come organizzazioni terroristiche straniere, e che l'Esecutivo riteneva applicabile anche ove tale supporto si limitasse esclusivamente all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero finalizzato alla promozione della pace e dei diritti umani. Sebbene la norma impugnata costituisse una rilevante limitazione della *freedom of speech* protetta dal I emendamento, a giudizio della maggioranza della Corte infatti, «*in regulating the particolar form of support that plaintiffs seek to provide to foreign terrorist organizations, Congress has pursued that objective consistent with the limitations of [the Constitution]*». Da tale decisione pare potersi ritenere che emerga una sorta di rinnovata attenzione alle esigenze di tutela della sicurezza. I giudici di Washington, hanno, infatti, affermato che «*evaluation of the facts by the Executive, like Congress assessment, is entitled to deference [since] this litigation implicates sensitive and weighty interests of national security and foreign affairs*». D'altro canto, una simile logica sembrerebbe ispirare anche le scelte della Corte, negli ultimi *terms*, di non riconsiderare alcune contestate decisioni con le quali le corti federali d'appello avevano rigettato ricorsi in materia di lotta al terrorismo, finalizzati *inter alia* a limitare l'utilizzo del segreto di Stato e ottenere risarcimenti danni per trattamenti illeciti subiti all'estero per effetto delle *extraordinary renditions*. Poiché, come è risaputo, negli USA l'appello alla Corte Suprema non è automatico ma sottoposto alla discrezione della Corte stessa, la decisione di non accordare il c.d. *writ of certiorari* ha avuto l'effetto di consolidare le pronunce dei tribunali inferiori e, nello specifico, di riconoscere le ragioni di sicurezza nazionale ivi proclamate. Per un commento più approfondito alla sentenza cfr. D. Cole, *Lotta al terrorismo e libertà di opinione: la sentenza della Corte Suprema nel caso* Holder v. Humanitarian Law Project, in *Quad. cost.*, 4, 2010, p. 852 ss.; nonché F. Fabbrini, *Lotta al terrorismo: da Bush a Obama, passando per la Corte Suprema*, in *Quad. cost.*, 1, 2011, p. 89 ss.

[283] Sulla particolare attenzione attribuita alla tutela dei diritti processuali dalle Corti Supreme e Costituzionali nell'età della lotta al terrorismo cfr. G. Della Cananea, *Return to Due Process of Law: the European Union and the Fight Against Terrorism*, in *ELR*, XXXII, 2007, p. 896 ss.

za nazionale attuate nel Paese era già stata anticipata in alcuni rilevanti *dissents* resi nelle decisioni precedenti il 2010 con cui si era censurato l'atteggiamento della Corte Suprema[284].

In terzo luogo, la nuova nomina di giudici particolarmente sensibili nei confronti delle esigenze della sicurezza, con il conseguente ulteriore spostamento della Corte Suprema su posizioni tendenzialmente più conservatrici, avevano spinto la dottrina a ritenere altamente probabile una nuova tendenza favorevole al *self-restraint* giudiziario[285].

La ragione più convincente di questo "nuovo corso" della giurisprudenza della Corte Suprema risiede nella parziale modifica delle dinamiche di svolgimento della forma di governo statunitense sopra anticipate. È un approccio alle politiche di sicurezza che non esorbiti dai confini costituzionalmente tracciati quanto a configurazione dei rapporti fra Esecutivo e Legislativo che, con molta probabilità, ha spinto la Corte Suprema a non ritenere necessaria l'adozione di decisioni espressione di attivismo e funzionali a ristabilire i "fisiologici" assetti dei rapporti fra le *political branches*.

Infatti, secondo quanto stabilito nel caso *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*[286], i poteri di emergenza che la Costituzione riconoscerebbe al Presidente, e il conseguente grado di deferenza che dovrebbe essere assicurato dalla Corte Suprema, variano in funzione della posizione del Congresso, in linea con un assetto di governo che secondo la dottrina deve essere di «*separated institutions saring powers*»[287].

---

[284] Cfr. ad es. *Hamdan*, 655 (Scalia J. *dissenting*), 678 (Thomas J. *dissenting*), 725 (Alito J. *dissenting*); *Boumediene*, 801 (Roberts C.J. *dissenting*), 826 (Scalia J. *dissenting*).

[285] Sul punto R. Dworkin, *The Supreme Court Phalanx*, in *The New York Rev. of Books*, LIV-14, 27 settembre 2007, p. 92; nonché Id., *The Temptation of Elena Kagan*, in *The New York Rev. of Books*, LVII-13, 19 agosto 2010, p. 35.

[286] [343 U.S. 579 (1952)]. In particolare, per un'analisi acuta di tale decisione e per l'individuazione dei tre diversi livelli di autonomia di cui gode il Presidente nella gestione delle *foreign relations*, a seconda che esso agisca con il sostegno del Congresso, in assenza dell'intervento di quest'ultimo o contro all'espressa volontà del Legislativo si vedano G. Gunther, K. Sullivan, *Constitutional Law*, New York, 1997 (13th ed.), spec. p. 364 e C. Bradley, J. Goldsmith, *Foreign Relations Law*, Wolters Kluwer, New York, 2006, spec. p. 161.

[287] R. Neustadt, *Presidential Power and the Modern Presidents*, The Free press, New York, 1991.

Cosicché, se i poteri dello Stato interagiscono efficacemente fra di loro, non è necessario che i giudici intervengano a sanare situazioni di disfunzionalità del sistema.

La storia della giurisprudenza della Corte Suprema ci mostra che essa è tanto più attiva quanto più vi è un disequilibrio nell'esercizio delle funzioni costituzionali da parte delle *political branches* o una tensione nei rapporti fra di essi, mentre in condizioni di "fisiologico" sviluppo dell'ordinamento, le decisioni giudiziali si attestano su posizioni di tendenziale *self-restraint*.

Spesso la Corte si trova costretta ad intervenire (negando la sussistenza della *political question doctrine*) quando vi sia un *legal void* (come nei casi *Bush II* o *Boumediene*).

I supremi giudici, quindi, non sono attivisti o "deferenti" a priori. Ad avviso di chi scrive, pertanto, non pare da condividere quella dottrina che concepisce il giudice costituzionale (e le sue decisioni) quale "pericolo" per la democrazia[288].

Non pare condivisibile la posizione di chi auspica una posizione di forte *self-restraint* a prescindere dalla compromissione di diritti fondamentali dell'individuo o di principi e valori costituzionali. Talvolta una *judicial abstention* si può configurare come una sostanziale (e grave) *judicial abdication.*

Al contempo, appare un po' troppo fiduciosa la posizione di chi considera il giudice costituzionale l'unico depositario del potere di fornire l'interpretazione ultima (e unica) del testo costituzionale[289].

La soluzione probabilmente è intermedia. Qualsiasi tentativo di individuazione di criteri certi, fissi e incontestabili, per individuare il *proper role* del giudice costituzionale e i suoi rapporti con gli altri poteri dello Stato è destinato a fallire di fronte allo svolgersi della realtà concreta.

Solo *ex post* si può stabilire se un sistema costituzionale si

---

[288] R.H. Bork, *Il giudice sovrano. Coercing virtue*, Liberilibri, Macerata, 2006.

[289] E. Chemerinsky, *Who should be the Autoritative Interpreter of the Constitution? Why there should not be a Political Question Doctrine*, in N. Mourtada-Sabbah, B.E. Cain (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, cit., p. 178 ss.

sviluppi nel rispetto del principio democratico, non all'esito di una singola decisione giudiziale, per quanto possa parere controversa.

I sistemi democratici di lungo corso, come quello statunitense, ci insegnano che è il sistema a trovare al proprio interno equilibri elastici, nell'ambito di una cornice generale.

Capitolo VI

LA CORTE COSTITUZIONALE *AT THE BAR OF POLITICS*

«La bontà di una organizzazione giudiziaria, appunto perché non può dirsi assoluta ma soltanto relativa, è misurata dalla tranquillità che nella generale coscienza dei cittadini essa stabilisce e mantiene circa la efficace tutela del suo mezzo al diritto»[1].

Sommario: 1. Similitudini e asimmetrie fra ordinamenti. La tutela dei diritti quale fondamento comune dei principi cui sono ispirate la forma di governo statunitense e quella italiana. – 2. Riflessioni sul rapporto tra la tutela dei diritti e gli equilibri fra poteri nella nostra esperienza costituzionale. La nascita della giustizia costituzionale in Italia: le scelte del Costituente. – 2.1. Il ruolo assegnato alla Corte costituzionale nell'ambito dei lavori dell'Assemblea costituente. – 2.2. (*segue*): il dibattito in seno alle commissioni dell'Assemblea costituente. – 2.3. Il modello realizzatosi. Il controllo di costituzionalità fino al 1956 e l'inizio dei lavori della Corte costituzionale. – 3. La Corte costituzionale e il caleidoscopio delle questioni politiche. – 4. Considerazioni sui limiti al sindacato di costituzionalità. Ambito dell'indagine. – 5. (*segue*): divieto di sindacato sulla discrezionalità del legislatore e problemi posti dalla definizione di tale limite. – 5.1. Gli sfuggenti confini della discrezionalità del legislatore nella legge n. 87 del 1953. – 5.2. L'approccio dinamico della Corte costituzionale alla discrezionalità politica. – 5.3. Gli ambiti materiali in cui si può ravvisare una maggior incidenza del riconoscimento della sfera riservata alla discrezionalità politica. – 5.1.3. Osservazioni generali. – 5.3.2. La regolazione dei processi: incontestato dominio del legislatore. – 5.3.3. La tutela penale e il diritto dell'immigrazione: fra principi costituzionali e discrezionalità del legislatore. – 5.3.4. Discrezionalità politica e diritti. Due esempi paradigmatici: la sfera di

[1] L. Mortara, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, Barbéra Ed., Firenze, 1906, p. 83.

tutela dei diritti sociali e i diritti delle coppie omosessuali. – 5.3.5. La Corte e le sfide poste dallo sviluppo tecnico scientifico. – 5.3.6. La materia elettorale: quando il campo di elezione per l'intervento parlamentare si deve confrontare con i diritti fondamentali connessi al voto. – 6. Tecniche di giudizio e tipologie di decisioni con cui la Corte costituzionale si rapporta alle *political questions*. – 7. (*segue*): i semi della *political question doctrine* nelle decisioni di natura processuale. Emersione del *lack of jurisdiction* nelle decisioni di inammissibilità (semplice o manifesta) o infondatezza (semplice o manifesta): ambiguità delle categorie e spunti di riflessione. – 7.1. La proteiforme natura delle decisioni processuali. – 7.2. (*segue*): restituzione degli atti al giudice *a quo vs.* inammissibilità (semplice o manifesta) della questione. – 7.3. (*segue*): decisioni di inammissibilità (semplice o manifesta) *vs.* infondatezza (semplice o manifesta). – 7.4. (*segue*): elementi di differenziazione formale e sostanziale. – 7.5. (*segue*): inammissibilità *vs.* infondatezza. Il profilo motivazionale. – 7.6. (*segue*): accertamento della discrezionalità del legislatore. Ambiguità (e fungibilità) delle categorie. – 8. Qualche riflessione conclusiva.

1. *Similitudini e asimmetrie fra ordinamenti. La tutela dei diritti quale fondamento comune dei principi cui sono ispirate la forma di governo statunitense e quella italiana*

Sia il sistema di giustizia costituzionale statunitense, sia quello italiano, pur sussistendo differenze profonde (l'uno dalla spiccata connotazione giudiziaria, l'altro, per sua natura tendenzialmente "politico"[2]), presentano quale comune denominatore l'essere orientati a dirimere conflitti o controversie derivanti dall'interpretazione e/o applicazione delle norme di rango costituzionale operando quale arbitri degli equilibri

[2] In tal senso, *ex multis*: E. Cheli, *Il ruolo "politico" della Corte Costituzionale italiana nella prospettiva comparatistica*, in *Percorsi costituzionali*, 2/3, 2010, p. 31 ss.; nonché Id., *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, il Mulino, Bologna, 1996, spec. p. 29 ss. Si veda altresì V. Crisafulli, *Introduzione al diritto costituzionale italiano: gli ordinamenti giuridici, Stato e Costituzione, formazione della Repubblica italiana*, Cedam, Padova, 1970, p. 86 ss. Nel senso della natura di legislatore "collaterale" o "complementare" della Corte Costituzionale rispettivamente anche F. Modugno, *Corte Costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, Bologna, 1982, p. 54 ss.; Id., *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1, 1981, p. 1646 ss. Si riferiva alla Corte costituzionale in termini di "organo superlegislativo" in P. Calamandrei, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Cedam, Padova, 1950. Per un'analisi della dottrina italiana in tema di legittimazione dell'organo di giustizia costituzionale si veda, *supra*, cap. II.

costituzionali e declinando la loro azione secondo principi alla cui base sostanziale possiamo considerare la protezione dei diritti fondamentali.

Per quel che concerne gli Stati Uniti si è visto che ciò può rinvenirsi lungo tutto l'arco della loro storia, anche in molti *separation of power cases*[3].

Come analiticamente descritto nel capitolo II del presente lavoro, nel contesto statunitense la *separation of powers doctrine* si è declinata, e ha tratto ispirazione, da un caleidoscopio di principi, fra loro strettamente connessi e variamente emergenti nei *legal reasonigs* della Corte Suprema, che si modulerebbero secondo dinamiche tali da potersi desumere che i diversi aspetti relativi all'articolazione della forma di governo ispirino i vari obiettivi dell'intervento del giudice nella soluzione delle controversie fra poteri e nell'interpretazione della c.d. *structural constitution*[4].

Ma il principio di separazione dei poteri è anche concepito dalla Corte Suprema come veicolo per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, specialmente sotto il profilo del riconoscimento del diritto di azione diretta ai singoli che quei diritti e libertà assumono lesi, anche in quella giurisprudenza relativa, in concreto, alla definizione degli equilibri e dei reciproci rapporti fra i poteri.

Si vuole sostenere, infatti, che in molte decisioni dei *supreme justices* americani una sostanziale torsione della *political question doctrine*, al fine di intervenire a definire questioni dal carattere intrinsecamente politico, come si è visto, ha trovato una giustificazione principalmente nella necessità sostanziale di apprestare tutela a diritti fondamentali dei singoli. In questo processo, tuttavia, è stato garantito, almeno nella maggioranza dei casi, il mantenimento di un "controllato" e misurato *tasso di politicità* delle questioni sottoposte al vaglio del giudice[5].

La nostra esperienza costituzionale origina da un contesto culturale e giuridico nettamente differente da quello statunitense.

Diversa è l'idea originaria di Costituzione: in quell'ordinamen-

[3] Cfr. sul punto spec. i capp. II e V.

[4] Diffusamente su questi profili: A. Sperti, *Corti Supreme e conflitti fra poteri. Spunti per un confronto Italia-USA sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, spec. p. 211 ss.

[5] Cfr., *supra*, spec. cap. V.

to è documentato avente forti radici di matrice contrattualistica che assume il valore di contratto plurilaterale deputato a disciplinare l'articolazione del potere e della società attraverso regole che si presentano come un dato preesistente; mentre, nel contesto italiano, è documento che assume la forma di un atto giuridico unilaterale organizzativo del potere politico[6].

Diversa è l'originaria configurazione dell'organo di giustizia costituzionale[7] che, come è noto, nel nostro ordinamento è separato dall'organizzazione giurisdizionale dello Stato e presenta una separazione fra le competenze, *in primis* il giudizio in via incidentale e i conflitti di attribuzione, che ha consentito di distinguere la sua azione a seconda che esso operi quale giudice dei diritti o quale giudice dei poteri.

Tuttavia non può certo sostenersi che le due sfere di intervento possano essere concepite in termini di netta separazione. Al contrario, la particolare formulazione delle disposizioni sui principi, diritti e libertà fondamentali delineano una Carta dalla natura unitaria e complessa in cui «ci si aspetta che i valori che trovano espressione nei principi costituzionali improntino anche le soluzioni organizzative ed i comportamenti operativi»[8] dei vari organi costituzionali. Sul punto la Consulta ha più volte affermato che «[o]rganizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente. Non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione. Questa connessione richiede un'interpretazione complessiva dei due articoli della Costituzione»[9]. Pertanto, come efficacemente rilevato più di trent'anni or sono, *Costituzione dei diritti* e *Costituzione dei poteri* si intersecano e integrano unite da un nesso inscindibile cosicché,

---

[6] M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1994, spec. p. 200 ss.

[7] Per il contesto statunitense v. diffusamente ai capp. I e II.

[8] S. Bartole, *La Corte e i poteri*, in *Quad. cost.*, 1, 1998, p. 5 ss. Questo Autore si rifà alla tesi già sostenuta da C. Mortati *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova, 1975, pp. 148-149) secondo cui il principio democratico non solo presenterebbe una struttura riassuntiva dell'essenza dei principi fondamentali dell'ordinamento, ma si porrebbe anche alla base della forma di governo italiana.

[9] In tal senso si vedano le decisioni nn. 310 del 2013 e 383 del 1998, cons. in diritto.

spesso, è attraverso la garanzia delle norme costituzionali di organizzazione che si realizza l'effetto di assicurare la garanzia dei diritti[10].

Nel complesso, quindi, ciò che accomuna sia l'azione della Corte Suprema americana, sia quella della Corte costituzionale italiana, è l'esser improntata (più o meno direttamente) alla tutela dei diritti e principi fondamentali[11] anche qualora tali Corti si trovano a definire casi inerenti i conflitti fra i poteri e, in generale, anche qualora vengano in rilievo questioni aventi un tasso di politicità intrinseca più o meno marcato.

In larga misura il processo di evoluzione dei due modelli di giustizia costituzionale considerati è ascrivibile al piano dell'effettività più che a quello formale della norma giuridica, determinandosi una espansione significativa del ruolo dei due giudici costituzionali ponendoli al vertice del sistema costituzionale.

Fra i due ordinamenti vi sarebbero canali di intersezione che hanno combinato variamente gli elementi tipici dei due idealtipi dei modelli di giustizia costituzionale[12] e che hanno prodotto un progressivo avvicinamento dei sistemi di giustizia costituzionale sotto il profilo soggettivo-organizzativo e oggettivo-funzionale[13].

---

[10] M. Luciani, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri". Notarelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Cedam, Padova, 1985, p. 497 ss.

[11] *Contra*, però: P. Ridola, *La Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, in B. Caravita (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Jovene, Napoli, 2012, p. 301 ss.

[12] Modello americano diffuso ed incidentale/concreto/dichiarativo per disapplicazione *vs*. modello europeo accentrato-principale/astratto/costitutivo per annullamento. Su questi profili, su tutti, M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1968, spec. p. 99 ss.; nonché A. Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.*, 3, 1982, p. 521 ss.

[13] Sul punto G. Rolla, *Alcune considerazioni sui possibili effetti delle codificazioni e della giurisprudenza sovranazionali in materia di diritti sul c.d. "sistema europeo" di giustizia costituzionale*, in Id. (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 3 ss. Nello stesso senso M. Calamo Specchia, *La giustizia costituzionale, un sistema atipico in un ordinamento democratico? Spunti di riflessione sul tema del ruolo delle corti nei sistemi costituzionali aperti*, in Aa.Vv., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 273 ss. Un aspetto significativo è rappresentato dal fatto che le Corti non si sono limitate a tutelare i diritti, e quindi le situazioni giuridiche soggettive aventi uno specifico "tono costituzionale", procedendo finanche a enucleare nuovi diritti costituzionali, assumendo-

Peraltro, si deve al carattere *misto* del modello di giustizia costituzionale nazionale, l'aver favorito, negli anni, una discreta flessibilità dell'impiego del modello stesso, che ha consentito alla Consulta di operare con un largo margine di discrezionalità sia in direzione del potere politico, sia in direzione del potere giurisdizionale[14], procedendo ad influire sulla forma di governo e rappresentandone, anzi, un elemento importante soprattutto se si considera non la singola decisione, ma l'insieme della traiettoria giurisprudenziale che indica la «dimensione istituzionale»[15] e «cooperativa»[16] dell'attività interpretativa del giudice costituzionale.

---

si, così, la responsabilità esercitare quello che *latu sensu* potrebbe essere definito un potere costituente o para-costituente, che troverebbe la propria giustificazione sulla estrapolazione dei nuovi diritti da previsioni costituzionali espresse grazie al ricorso a tecniche interpretative che negli anni si sono fatte via via più raffinate e complesse.

[14] E. Cheli, *Il ruolo "politico" della Corte Costituzionale italiana nella prospettiva comparatistica*, cit., pp. 33-34. L'autore specifica che il modello di giustizia costituzionale nazionale combina alcuni elementi del modello *politico* (austriaco) con alcuni elementi del modello *giudiziario* statunitense, elementi che si manifestano nelle modalità di accesso alla Corte, atteso che il potere di sollevare una q.l.c. non è conferito (di preferenza) ad organi del potere politico, bensì a tutti i giudici ordinari, nell'ambito di un giudizio. Il sistema italiano si presenta, quindi, *accentrato* nell'esercizio del potere decisionale riconosciuto alla Corte, ma *diffuso* nell'esercizio del potere di attivazione del giudizio di costituzionalità. Ed è in virtù dell'adozione di tale sistema *misto* che la Consulta ha assunto il ruolo sia di *giudice delle leggi* (secondo il modello europeo), sia di *giudice dei diritti* (secondo il modello statunitense). In generale, sull'influenza della Corte costituzionale nella dinamica della forma di governo nazionale, su tutti: E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016; A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Giuffrè, Milano, 2000; A. Pizzorusso, R. Romboli, E. Rossi, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Giappichelli, Torino, 1997; P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, Bologna, 1982.

[15] R. Bin, *A discrezione del giudice*, Franco Angeli, Milano, 2013, p. 104. Secondo l'autore: «[l]a tensione tra il potere di emanare le leggi e il potere di interpretarle ed applicarle ai casi concreti genera l'equilibrio di forze che sostiene lo Stato di diritto e che dà senso alla separazione dei poteri. […] La costruzione dello Stato di diritto può reggere solo se il ruolo del potere politico-legislativo e quello dell'interpretazione e applicazione del diritto sono ben distanziati alla base e in essa saldamente imperniati. Il legame processuale al "caso" è la chiave con cui il puntone dell'interpretazione giuridica *deve* essere solidamente assicurato all'architrave», p. 107.

[16] M. Barberis, *Interpretar, aplicar, ponderar. Nueve pequeñas diferencias entre la teoría genovesa y la mia*, in *Dir. & quest. Pubbl.*, 2011, p. 533 ss.; spec. pp. 538-540.

2. *Riflessioni sul rapporto tra la tutela dei diritti e gli equilibri fra poteri nella nostra esperienza costituzionale. La nascita della giustizia costituzionale in Italia: le scelte del Costituente*

2.1. *Il ruolo assegnato alla Corte costituzionale nell'ambito dei lavori dell'Assemblea costituente*

Ai fini della nostra indagine sugli aspetti che evidenziano il rapporto della Consulta con le questioni politiche e, quindi, i suoi rapporti *in primis* con il Parlamento (senza tralasciare, però, i riferimenti agli altri organi costituzionali), pare opportuno ripercorrere brevemente i profili più rilevanti delle vicende politico-istituzionali che caratterizzarono i lavori dell'Assemblea costituente in merito alla configurazione del sistema di giustizia costituzionale italiano[17]. Si ritiene, infatti, che ricostruire, per quanto sommariamente, le origini del sistema di giustizia costituzionale del nostro ordinamento, sia funzionale a comprenderne i profili più problematici e alcune ambiguità di fondo[18].

---

[17] Una ricostruzione dettagliata ed equilibrata delle vicende politico-istituzionali che caratterizzarono i lavori dell'Assemblea costituente in merito alla configurazione del sistema di giustizia costituzionale italiano, nonché l'elaborazione della normativa attuativa dei primi anni Cinquanta, presupporrebbe anche un'analisi approfondita della dottrina e della giurisprudenza di quel periodo, operazione che non è possibile in questa sede perché richiederebbe un lavoro monografico a sé stante. Pertanto, senza alcuna pretesa di esaustività, ci si limiterà a tratteggiare unicamente i profili più rilevanti al fine di contestualizzare, anche dal punto di vista storico-giuridico, il rapporto della Corte Costituzionale con le questioni politiche.

[18] Si tralascerà di analizzare il sistema vigente durante l'ordinamento sabaudo che, come noto, non prevedeva alcun specifico organo deputato a sindacare la costituzionalità delle leggi. Per una ricostruzione dello stesso vedasi: E. Ferioli, *Genesi, organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale italiana*, in L. Mezzetti, M. Belletti, E. d'Orlando, E. Ferioli, *La giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2007, p. 267 ss.; M. Bignami, *Costituzione flessibile, Costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Giuffrè, Milano, 1997. In relazione all'unico precedente nazionale forse assimilabile ad un organo esercitante funzioni di legittimità, l'Alta Corte per la Regione siciliana istituita dal R. d.lgs. 15 maggio 1946, n. 455, che approvava lo statuto della Regione, vedasi V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2. *L'ordinamento costituzionale italiano (la Corte Costituzionale)*, Cedam, Padova, 1984; A. Pizzorusso, G.Volpe, F. Sorrentino, R. Moretti, *Garanzie costituzionali. Art. 134-139*, in G. Branca, *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1981; T. Martines, *Corte costituzionale*

Al fine di mettere in luce alcune dinamiche proprie dei rapporti fra Corte costituzionale e Parlamento, è necessario tenere presente sia gli obiettivi perseguiti dai padri costituenti nell'adottare il modello di giustizia costituzionale delineato nella Costituzione del 1948, sia verificare come, in concreto, ne è stata data attuazione.

In epoca fascista l'idea di un organo avente funzioni di garanzia e controllo nel (e del) sistema era emersa in modo problematico e fra coloro i quali avevano assunto un atteggiamento critico nei confronti dell'autoritarismo fascista si era auspicata la presenza di una Corte costituzionale in grado di tutelare e proteggere il principio democratico e lo stesso ordine costituzionale[19]. Queste posizioni furono ulteriormente sviluppate alla caduta del regime e pressoché tutti i manifesti politici dell'epoca ipotizzarono l'istituzione di una Corte quale organo posto a presidio della difesa della democrazia, prendendo a riferimento i modelli di giustizia costituzionale teorizzati fino a quel momento[20].

Il pesante lascito del passato ha rappresentato un elemento significativo nella delicata fase di transizione democratica del nostro paese. La "malleabilità" e "flessibilità" dello Statuto Albertino – incapace di dotare le strutture deliberative degli strumenti necessari a contrastare l'involuzione autoritaria – unitamente alle disfunzioni

---

e alta Corte per la Regione siciliana, in *Opere*, II, Giuffrè, Milano, 2000, p. 707 ss.; A. Simoncini, *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in *Giur. cost.*, 4, 2004, p. 3065 ss.

[19] Sul punto: S. Panunzio, *Rivoluzione e Costituzione: problemi costituzionali della rivoluzione*, Treves, Milano, 1933, p. 238 ss. Secondo questo autore l'organo di giustizia costituzionale avrebbe dovuto risolvere i conflitti fra le diverse fonti normative rimanendo estraneo alle posizioni dei soggetti privati. Cfr. anche C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi, le ideologie del costituente*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 10 ss.; M. d'Amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale, studio introduttivo*, Giappichelli, Torino, 1991; più di recente, Id., *Art. 134, 1° alinea*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, *art. 101-139*, III, Utet, Torino, 2006, p. 2563 ss.

[20] M. Battaglini, M. Minnini, *Manuale legislativo della Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1957, p. 89 ss.; G. d'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981; F. Rigano, C*ostituzione e potere giudiziario, ricerca sulla formazione delle norme costituzionali*, Cedam, Padova, 1982, p. 159 ss.; E. Ferioli, *Genesi, organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 269; P. Pederzoli, *La Corte costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 13 ss.

imputate al parlamentarismo liberale e alla compressione dei diritti di libertà, hanno posto il dibattito sul ruolo dell'organo di giustizia costituzionale al crocevia delle riflessioni in tema di potere costituente, forma di governo e garanzie costituzionali. La coesistenza di una pluralità di valori e istanze di cui i partiti politici si facevano portatori si è espressa nella richiesta di un organo istituzionale considerato sia quale strumento posto a presidio e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, sia quale mezzo idoneo a garantire l'effettività delle norme giuridiche e a modellare la forma di governo parlamentare in un sistema giuridico in cui si andava affermando il ruolo centrale dei partiti: veri e propri "primi attori" nel processo di costruzione del nuovo ordinamento democratico[21]. Fu, quindi, l'esigenza di rinnovamento giuridico delle istituzioni di cui i partiti politici si fecero promotori a portare il dibattito sull'opportunità di creare un organo di giustizia costituzionale all'interno dell'Assemblea costituente. Se gli esponenti delle sinistre e una parte della vecchia classe dirigente tendevano ad assumere una posizione di sfavore nei confronti del giudizio di costituzionalità, al contrario, l'area cattolica ed i partiti minori di ispirazione laica manifestavano una posizione tendenzialmente favorevole. Inoltre, formatosi il necessario consenso sull'opportunità di introdurre un siffatto controllo, rimaneva aperto il problema di definirne la natura, se politica o piuttosto prevalentemente tecnica[22]. A ciò si aggiunga che, nonostante la scelta giuridica operata dai padri costituenti si sia formata in un contesto

[21] P. Pederzoli, *La Corte costituzionale*, cit., p. 18 ss. Sul ruolo dei partiti politici nella definizione della forma di governo italiana vedasi, *ex multis*, C. Mortati, *Le forme di governo*, Cedam, Padova, 1973, nonché M. Luciani, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 538 ss.; L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 634 ss. Per una ricostruzione storiografica dell'esperienza costituente, in riferimento al ruolo giocato dai partiti politici vedasi anche P. Ridola, *L'esperienza costituente come problema storiografico: bilancio di un cinquantennio*, in *Quad. cost.*, 2, 1998, p. 241 ss.

[22] In relazione a ciò le possibili alternative si presentarono per lo più a grappoli all'interno dei quali ogni opzione condizionava le altre, tendendo ad essere discusse simultaneamente come pacchetti di negoziazione. in particolare la composizione del nuovo organo divenne una pregiudiziale che fino all'ultimo si intrecciò col carattere tecnico o politico del suo ruolo. P. Pederzoli, *La Corte costituzionale*, cit., p. 19 ss.; F. Bonini, *Storia della corte costituzionale*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1966.

in cui erano ben presenti le matrici culturali europee, tuttavia tale opzione sarebbe da considerarsi sostanzialmente autonoma rispetto ad esse[23], trovando ispirazione, piuttosto, nel principio della presenza di un organo di garanzia giuridica dell'ordinamento, proprio del modello costituzionale nord-americano, che fin dal XIX secolo aveva efficacemente attuato una forma di controllo di legittimità[24]. La Corte costituzionale, tuttavia, non andrebbe considerata come il frutto di una sterile comparazione o influenza di istituti stranieri, essendo, al contrario, espressione del contemperamento di condizionamenti operati sulla base di un bagaglio culturale consapevole dei mutamenti intervenuti negli assetti politici e sociali della nazione, sebbene ancora per certi versi legato ad alcuni aspetti propri della tradizione liberale classica[25].

Inoltre, nel continente europeo, quantomeno fino al secondo dopoguerra, il limitato sviluppo di sistemi di giustizia costituzionale

---

[23] In relazione al mancato richiamo all'esperienza del Regno Unito vedasi S. Volterra, *La Costituzione italiana e i modelli anglosassoni*, in U. De Siervo (a cura di), *Costituente e cultura giuridica*, I, il Mulino, Bologna, 1980, p. 122; in relazione al modello francese vedasi G. d'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale*, cit., p. 46 ss.; sull'Unione sovietica, come ordinamento la cui ideologia di fondo non avrebbe potuto essere considerata compatibile con l'istituzione di un organo di garanzia costituzionale in ragione del forte centralismo che determinava un'articolazione del potere secondo una struttura rigidamente piramidale di organi elettivi aventi una diretta (e formale) legittimazione democratica – e quindi incompatibile con il riconoscimento di particolari funzioni ad un giudice supremo che sarebbe stato concepito come arbitro antagonista rispetto agli organi di vertice del sistema –, vedasi P. Biscaretti Di Ruffia, G. Crespi Reghizzi, *La Costituzione sovietica del 1977*, Giuffrè, Milano, 1979; nonché G. d'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale*, cit., spec. p. 108 ss.

[24] Cfr. cap. I del presente lavoro.

[25] Infatti, gli influssi provenienti dai modelli stranieri, anche quando esplicitati, sono stati sempre stemperati dalle concezioni personali dei relatori e da valutazioni di ordine eminentemente politico, legate a vicende proprie della scena nazionale. Sul punto: E. Cheli, *Il problema storico della costituente*, in S.J. Woolf (a cura di), *Italia, 1943-1950. La ricostruzione*, Laterza, Roma-Bari, 1974, p. 204. Per una ricostruzione della posizione delle varie forze politiche vedasi anche P. Pasquino, *L'origine du contrôle de constitutionnalité en Italie. Les débats de l'Assemblée Constituante (1946-1947)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2006, p. 1 ss.; P. Pederzoli, *La Corte costituzionale*, cit., p. 29 ss.; C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 46. Sui rapporti fra diritto costituzionale e storia nonché sulla necessità per il costituzionalista di muovere da una prospettiva storica vedasi M. Galizia, *Profili storico comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Arch. giur.*, 1, 1963, p. 3 ss.

era riconducibile a ragioni certamente note, ma che appare utile richiamare brevemente poiché non solo sono state spesso evocate nel confronto politico in sede di lavori dell'Assemblea costituente, ma aiutano a chiarire la scelta in favore di una Corte *ad hoc* avente una struttura molto diversa da quella degli altri organismi giudiziari[26]. Si è efficacemente osservato che il ritardo europeo rispetto al sistema nord-americano nell'adozione di un sistema di giustizia costituzionale può essere ricondotto all'influsso che la dottrina rivoluzionaria francese ha esercitato sugli assetti politici di molti sistemi giuridici continentali, alimentandone le concezioni accentratrici del potere, piuttosto che quelle favorevoli alla sua disarticolazione[27]. L'estrema valorizzazione che l'ideologia giacobina faceva della sovranità popolare e delle istituzioni che ne rappresentavano diretta espressione ha portato all'affermazione della supremazia delle assemblee rappresentative – e, conseguentemente, della regola maggioritaria. In un siffatto contesto si è sì affermato il principio della separazione dei poteri, ma modulato secondo una concezione che ne valorizza l'attitudine alla differenziazione delle funzioni (e dei poteri) e, quindi, tendenzialmente difforme da quella di matrice statunitense, basata sul bilanciamento reciproco e continuo fra poteri[28].

Nel nostro ordinamento i padri costituenti, nell'affrontare l'analisi delle possibili forme di controllo di legittimità costituzionale, pur non recependo passivamente i modelli assumibili a parametro, si sono dovuti necessariamente confrontare con le esperienze europee che avevano già attuato una forma di siffatto controllo[29]. Rifacen-

---

[26] P. Pederzoli, *La Corte costituzionale*, cit., p. 21.

[27] G. Rebuffa, *Costituzione e costituzionalismi*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 95 ss.

[28] In tal senso: R. Jiménez Asensio, *El constitucionalismo*, Marcial Pons., Madrid, 2003, p. 70 ss. Sul punto anche G. Rebuffa, *La funzione giudiziaria*, Giappichelli, Torino, 1993. Per maggiori approfondimenti sul punto cfr. *supra*, cap. I, par. 2.

[29] In realtà i modelli europei presi a riferimento potrebbero essere molteplici anche se solo quello austriaco si è dimostrato di rilievo. Si considerino, ad esempio, la Costituzione portoghese del 1911, che adottava un modello di ispirazione statunitense il quale, però, alla prova dei fatti ebbe un esito deludente nelle modalità di attuazione concreta; nonché l'ordinamento spagnolo in cui, nel 1931, fu introdotto un organo di giustizia costituzionale di ispirazione kelseniana, il quale, tuttavia, non fu in grado di affermarsi come interlocutore di prestigio nel sistema costituzio-

dosi al noto dibattito intercorso fra Kelsen e Schmitt[30], esse furono riconosciute quale fonte di ispirazione per la creazione di quegli istituti di garanzia che avrebbero dovuto tutelare i diritti della persona contro eventuali *vulnuera* antidemocratici[31]. Una conferma di ciò si riscontra nel pensiero del Calamandrei, il quale ha ricordato come il sistema di controllo di costituzionalità accolto nel nostro ordinamento fosse il risultato del compromesso fra aspetti propri del sistema diffuso nord-americano e aspetti propri del sistema accentrato austriaco[32]. Tuttavia, l'analisi dei lavori dell'Assemblea costituente mostra una tendenziale "parsimonia" nei riferimenti espliciti al modello austriaco e al pensiero di Kelsen[33]. Lo stesso Calamandrei, infatti, pur avendo richiamato più volte a sistemi stranieri quali gli Stati Uniti, la Francia rivoluzionaria e finanche l'Argentina, non accennò mai espressamente al sistema austriaco che, peraltro, certamente conosceva.

Dall'analisi dei lavori dell'Assemblea Costituente si desume, quindi, che la dottrina kelseniana della giurisdizione costituzionale, anche se nota a qualcuno dei costituenti, non fu tenuta presen-

---

nale. Sul punto, per maggiori approfondimenti, vedasi P. Pederzoli, *La Corte costituzionale*, cit., p. 23 ss. L'opera che offre una ricostruzione e un'analisi estremamente accurata e completa dei fondamenti teorici delle diverse dottrine sviluppatesi nel secolo scorso ci sembra essere: C. Mezzanotte, *Corte Costituzionale e legittimazione politica*, Giuffrè, Milano, 1984. La riflessione dell'autore appare particolarmente significativa per la lucidità e la chiarezza con cui individua i fondamenti teorici della Corte costituzionale kelseniana e della Corte costituzionale italiana.

[30] H. Kelsen, *Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato della costituzione austriaca e americana*, in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano 1981, p. 295 ss. Sul punto diffusamente *ex multis*, L. Mezzetti, *Teoria costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, spec. p. 223 ss.; O. Chessa, *I giudici del diritto*, Franco Angeli, Milano, 2014, p. 103 ss.; C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Giuffrè, Milano, 1984, spec. p. 11 ss. e cfr. anche, *supra*, nota n. 20, cap. II.

[31] C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, cit., p. 49.

[32] P. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, cit., p. 34 ss.

[33] Un'eccezione è rappresentata dalla relazione dell'On. Leone, il quale fece frequenti richiami alla dottrina kelseniana. Leone, infatti, si rifece a Kelsen nell'ambito dei lavori della sottocommissione, suscitando, peraltro, la reazione di Ambrosini, secondo il quale la Costituzione austriaca era improntata su eccessive preoccupazioni teoretiche. Per maggiori approfondimenti si veda: N. Matteucci, *Le radici storiche della Costituzione e i nuovi problemi di libertà*, in Aa.Vv., *La Costituzione italiana: I principi. La realtà*, Franco Angeli, Milano, 1977, p. 23 ss.

te allorché si sono previsti il procedimento incidentale e gli effetti delle decisioni costituzionali[34]. In relazione, poi, al modello statunitense, si può affermare che esso ha certamente esercitato una sensibile influenza nell'istanza favorevole all'istituzione di un organo di giurisdizione costituzionale, presente, del resto, in tutti i progetti repubblicani in materia. D'altro canto, però, non sembra possibile sostenere che a tale modello si sia inteso fare un forte riferimento in sede di definizione dei criteri in base ai quali il nuovo organo di giustizia costituzionale avrebbe dovuto operare. Infatti, sebbene il modello statunitense abbia sicuramente rappresentato un importante punto di ispirazione, quasi un luogo comune dell'antifascismo liberal-democratico, poche sono le sue tracce nel testo definitivo della Costituzione[35]. Il *judicial review of legislation*, pur rappresentando un termine di raffronto quasi obbligato, che forniva alcuni significativi spunti ideali, non si tradusse in proposte capaci di raccogliere consensi e i suoi pochi sostenitori restarono tendenzialmente isolati. Probabilmente una delle ragioni di ciò risiede nello scetticismo che la dottrina accademica aveva palesato verso il carattere ritenuto eccessivamente "empirico" delle istituzioni angloamericane, poco comprensibile a chi era stato a lungo impegnato nella ricerca di una scienza pura del diritto[36].

---

[34] Naturalmente se i giuristi non conoscevano gli scritti specifici di Kelsen sulla giurisdizione costituzionale, lo conoscevano sicuramente per le opere sulla teoria generale, i cui presupposti possono agevolare e permeare la costruzione di un modello costituzionale. Tuttavia, una base cognitiva limitata a questo non consente un'articolazione conforme all'esposizione kelseniana riferita ai diversi istituti. Per maggiori approfondimenti sul punto vedasi A. Pizzorusso, G.Volpe, F. Sorrentino, R. Moretti, *Garanzie costituzionali*, cit., p. 1 ss., nonché A. Giovannelli, *Alcune considerazioni sul modello della* Verfassungsgerichtsbarcheit *kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione "politica" della Corte Costituzionale*, in Aa.Vv., *Scritti su la Giustizia Costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova, 1985, p. 381 ss.

[35] In merito all'esistenza di profili di convergenza fra il sistema statunitense e quello definito dalla Costituzione del 1948, sono interessanti le considerazioni di G. Bognetti, *The American Constitution and Italian Constitution. An essay in Comparative Constitutional History*, Clueb, Bologna, 2008, p. 52 ss. L'autore, in particolare, osserva come i tre maggiori profili di convergenza con il sistema americano siano il principio di sovranità popolare espresso dalla Costituzione, il *judicial review* e la presenza di regioni come componenti autonome dello Stato.

[36] S. Volterra, *La Costituzione italiana e i modelli anglosassoni*, cit., pp. 123-139; ma si veda anche P. Pederzoli, *La Corte costituzionale*, cit., p. 28 ss.

In verità, il modello statunitense sembra aver esercitato la propria influenza soprattutto in relazione al ruolo che i padri costituenti intendevano riconoscere all'organo di giustizia costituzionale, laddove la Corte veniva concepita quale organo inserito in un sistema di bilanciamento complessivo dei poteri, volto ad assicurare che gli organi dello Stato non travalicassero la sfera di competenza loro assegnata e non incidessero sui diritti fondamentali dei cittadini[37].

2.2. *(*segue*): il dibattito in seno alle commissioni dell'Assemblea costituente*

2.2.1. Nel complesso dei lavori dell'Assemblea costituente furono varie le sottocommissioni che presentarono proposte (alcune delle quali, peraltro, non discusse) configuranti l'opportunità di istituire un organo di giustizia costituzionale[38].

---

[37] Significativo, a tal proposito, è il fatto che lo stesso trattato di pace tra le potenze alleate e l'Italia contenesse, fra le clausole politiche generali, l'impegno del nostro Paese a dotarsi di tutti gli strumenti necessari per il mantenimento e la tutela dei diritti che la nostra Costituzione avesse connotato del carattere dell'inviolabilità (nello specifico, si tratta della parte II, *Political clauses*, sez. I, *General clauses*, art. 15. Tale disposizione, nel testo in lingua originale recitava: «*Italy shall take all measures necessary to secure to all persons under Italian jurisdiction, without distinction as to race, sex, language or religion, the enjoyment of human rights and of the fundamental freedoms, including freedom of expression, of press and publication, of religious worship, of political opinion and of public meeting*»). Tuttavia è doveroso precisare che sarebbe erroneo ritenere che gli Alleati si siano inseriti nei lavori dell'Assemblea Costituente al fine di orientare i lavori nel senso di introdurre un organo cui potesse essere demandato il compito di assicurare le garanzie della persona previste dal trattato di pace. In relazione a ciò, l'on. Nitti, con particolare ed efficace ironia, affermò che «gli americani vedranno subito che noi facciamo una cosa non seria, nemmeno il Capo della Corte costituzionale americana capirebbe questo tentativo italiano, che è l'unico che esista»: Così citato in C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, cit., p. 53. L'Autrice, in particolare, si riferisce agli interventi di Nitti nelle sedute del 16 febbraio 1949 e 10 ottobre 52.

[38] Aspetti relativi alla configurazione di un sistema di giustizia costituzionale furono trattati in prima battuta dalla Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello stato (c.d. "commissione Forti") insediatasi il 21 novembre 1945 e formata da giuristi, magistrati e funzionari pubblici indicati prevalentemente dai patiti politici. Tale commissione si suddivise in 5 sottocommissioni: alla prima («Problemi costituzionali») fu demandato il compito di occuparsi delle questioni relative alla futura Corte costituzionale, nel corso di sedute congiunte anche con componenti della seconda («Organizzazione dello Stato»). Successivamente le

Se l'attività della seconda sottocommissione presieduta dall'on. Terracini fu orientata allo studio per l'istituzione della Corte costituzionale sotto il profilo dell'indagine su questioni tecniche funzionali alla ricerca di meccanismi di revisione che non compromettessero la rigidità della Costituzione (più che sugli obiettivi da realizzare attraverso la costituzione rigida), il tema del rapporto fra rigidità della Carta fondamentale e competenze della Corte fu affrontato dalla prima sottocommissione e, in particolare, dall'On. Gueli nella relazione dedicata alla giustizia costituzionale. Egli efficacemente si riferì alla possibilità di prevedere il sindacato di costituzionalità delle leggi collocandolo nel più ampio sistema di garanzie che gli ordinamenti democratici ponevano a tutela dei propri cittadini e ritenne tale strumento «particolarmente inteso ad impedire che la violazione delle norme costituzionali possa avvenire da parte degli stessi organi legislativi, i quali, nei moderni stati rappresentativi, […] si trovano in una posizione che può, se efficaci freni non si appongano, degenerare nell'assunzione di un potere nuovamente assolutistico di fronte al quale nessuna difesa troverebbero i fondamentali interessi dei cittadini tutelati dalla Costituzione»[39].

Come già anticipato nel paragrafo precedente, l'analisi dei lavori preparatori e della discussione svoltasi in seno all'Assemblea costituente va condotta avendo presente l'alternativa già posta in modo radicale dalla contrapposizione fra le teorie di H. Kelsen e C.

---

tematiche relative all'organo di giustizia costituzionale furono affrontate dalla c.d. commissione dei 75 e dal comitato di redazione. La prima, presieduta da Meuccio Ruini, era formata da componenti designati dai partiti politici ed aveva ricevuto l'incarico dall'assemblea di predisporre il progetto di base ed era articolato in sottocommissioni. Il secondo, presieduto da Ruini e composto da alcuni membri che facevano parte della commissione del 75, aveva il compito di organizzare i progetti delle sottocommissioni, modificandone, se necessario, il contenuto. Per maggiori approfondimenti vedasi: G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini della costituzione italiana. I lavori preparatori della commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello stato, 1945-1946*, il Mulino, Bologna, 1979; F. Bonini, *Storia della Corte costituzionale*, cit., p. 33 ss. Più di recente cfr. anche E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, 2016, cit., spec. p. 25 ss.

[39] Relazione preliminare sul tema le garanzie costituzionali e in particolare il controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi; relazione che si inserisce nei lavori della commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato. Per maggiori approfondimenti vedasi: G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini della costituzione italiana…*, cit., p. 145 ss.

Schmitt in merito alla configurabilità di un controllo di tipo giurisdizionale e uno di tipo politico[40]. A partire dai lavori della Commissione Forti, infatti, si possono riscontrare alcune contrapposizioni di fondo in tal senso. Si palesò la possibilità di configurare o un sistema di giustizia costituzionale sulla falsariga di quello statunitense, che si apprezzava per il ruolo di tutela delle «nuove costituzioni di fronte ad eventuali violazioni da parte del potere legislativo», sebbene venisse percepito con qualche perplessità perché potenzialmente atto a «creare un governo dei giudici», o un sistema simile a quello austriaco, del quale si metteva in rilievo soltanto la centralità del controllo e il suo operare soprattutto nei conflitti di competenza fra Stato e Länder[41].

L'esperienza degli Stati Uniti fu presente nel dibattito dell'Assemblea costituente soprattutto allorché si è inteso porre l'accento sul ruolo della Corte costituzionale quale organo preposto alla difesa di un sistema di bilanciamento dei poteri, funzionale ad assicurare che gli organi dello Stato non esorbitassero le sfere di competenza costituzionalmente definite e non vulnerassero in alcun modo i diritti fondamentali dei cittadini[42]. Furono, tuttavia, molto forti le op-

[40] Trattandosi di teorie molto note e già ampiamente analizzate dalla dottrina costituzionalistica più autorevole ci si limiterà a rinviare alla lettura di: H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., p. 202 ss. Id., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano, 2000; C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1981. Per la dottrina italiana si vedano, *ex multis*, C. Mezzanotte, *Corte Costituzionale e legittimazione politica*, cit., spec. p. 87 ss., nonché A. Giovannelli, *Alcune considerazioni sul modello della* Verfassungsgerichtsbarcheit *kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione "politica" della Corte Costituzionale*, cit., p. 381 ss.; L. Mezzetti, *Teoria costituzionale*, cit., p. 223 ss.; O. Chessa, *I giudici del diritto*, cit., p. 103 ss.

[41] M. Battaglini, M. Minnini, *Manuale legislativo della Corte costituzionale*, cit., p. 56 ss.

[42] Vedasi il verbale della seduta del 12 gennaio del 1946, in G. d'Alessio (a cura di), *Alle origini della costituzione italiana*, cit., p. 170. Nel sistema statunitense il fondamento della giurisdizione costituzionale si è desunto quale conseguenza logica e necessitata dalla superiorità della Costituzione rispetto alla legge ordinaria e dalla sua rigidità. In tale ordinamento è proprio la presenza della Corte Suprema a fungere da garante della *supremacy of the Constitution.* Nel contesto nazionale, tuttavia, l'On. Gueli si pose in contrasto con tale impostazione, tipica del resto di un sistema di *common law*, e giustificò la necessità del controllo di costituzionalità non in ragione della rigidità costituzionale, quanto, piuttosto quale espressione dell'essenza stessa del principio di separazione dei poteri,

posizioni verso la possibilità di configurare una sistema di sindacato costituzionale diffuso[43].

La diversità degli approcci presenti nel dibattito ha consentito di affrontare la tematica (peraltro estranea alla dottrina statunitense) relativa al carattere giuridico oppure politico della funzione del giudice della costituzionalità. Il profilo che destava maggior preoccupazione era relativo al fatto che l'organo abilitato al controllo materiale della legislazione ordinaria fosse suscettibile di porsi quale un "super-Parlamento", determinando la vanificazione del principio di certezza del diritto, quasi che esso potesse essere vulnerato non appena si toccasse il primato della Costituzione[44].

Non a caso fu proprio nel corso di questo dibattito che si provvide a ribadire, con finalità eminentemente tranquillizzanti, la dicotomia fra sindacato costituzionale avente carattere politico e sindacato avente carattere giurisdizionale, e il modello statunitense fu ascritto

che richiede sia garantito al potere giudiziario il grado di potere costituzionale. Il sindacato di costituzionalità, pertanto, fu concepito quale espressione manifesta della posizione riconosciuta al potere giudiziario. Tale concezione del ruolo da riconoscersi al giudice (ordinario) è aderente al modello in essere negli Stati Uniti laddove l'attività di interpretazione e finanche creazione del diritto svolta dai magistrati, non ha altri vincoli che quelli riferibili direttamente alla Costituzione. L'On. Gueli, quindi, nel ritenere superflua la creazione di un organo di giustizia costituzionale *ad hoc*, all'interno della Commissione Forti fu uno dei pochi sostenitori del sindacato costituzionale diffuso. (Per maggiori approfondimenti si veda la relazione del Comitato presieduto dall'On. Gueli su "Le garanzie costituzionali e in particolare il controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi". Egli, infatti, precisava che la posizione di autonomia del potere giudiziario avrebbe fatto sì che esso fosse vincolato, nella sua attività, soltanto dalle norme costituzionali). Sul punto: G. D'ALESSIO (a cura di), *Alle origini della costituzione italiana*, cit., p. 139 ss.

[43] Ad esempio, Calamandrei, nel dichiararsi favorevole all'introduzione di un giudice speciale competente ad effettuare il sindacato di costituzionalità, fu un forte sostenitore del sindacato accentrato. Si veda anche il verbale (n. 5) della seduta dell'8 gennaio 1946, in G. D'ALESSIO (a cura di), *Alle origini della costituzione italiana*, cit., p. 139 ss.

[44] L'On. La Piga, nel corso della seduta del 12 gennaio del 1946, si era, infatti, espresso in tal senso. In particolare egli osservò che dal presupposto di una costituzione rigida, ammettendosi la possibilità di sindacare la costituzionalità delle leggi, «questa sorgerà viziata in uno di quelli che sono i suoi caratteri fondamentali, cioè col dubbio in ordine alla sua certezza e stabilità». Così citato in G. D'ALESSIO (a cura di), *Alle origini della costituzione italiana*, cit., p. 170.

alla seconda categoria non determinando esso l'annullamento della legge, ma solo la sua disapplicazione in relazione al concreto.

Ulteriore terreno di scontro politico fu quello relativo alla problematica degli effetti che avrebbero dovuto essere riconosciuti alle declaratorie di incostituzionalità di una legge. Si ripropose in questo contesto la dicotomia fra il riconoscimento di una natura propriamente giurisdizionale del sindacato di costituzionalità e quello di una natura "politica" dello stesso. A coloro i quali tendevano a valorizzare sistemi in cui l'effetto dell'incostituzionalità di una legge «si può considerare strettamente giurisdizionale», consistendo «nella disapplicazione nel caso concreto», si contrapposero posizioni tendenti a valorizzare sistemi in cui un siffatto effetto «investe interessi generali più ampi a quelli di più intensa rilevanza politica», risolvendosi «nell'annullamento della legge». Se, infatti, attribuendo alla dichiarazione di incostituzionalità un effetto limitato al caso deciso, e risolvendosi quest'ultimo nella «disapplicazione della legge al rapporto controverso», tale sindacato avrebbe avuto natura propriamente giurisdizionale; sotto diverso profilo, invece, dotando la dichiarazione di incostituzionalità dell'efficacia costitutiva dell'annullamento della legge, l'organo deputato a tale funzione avrebbe acquistato «autorità e prestigio politico»[45].

Con il proseguire dei lavori dell'Assemblea costituente, l'alternativa fra un sistema di natura politica e un sistema di natura giurisdizionale non rimase a lungo radicata nella contrapposizione fra sindacato accentrato e sindacato diffuso: nonostante molti interventi elogiativi di tale forma di controllo, il timore di affidare ai giudici comuni il controllo dell'attività del legislatore, la cui sovranità era da molti costituenti intesa ancora come un qualcosa di assolutamente intangibile, fece propendere per la scelta di un sistema a controllo accentrato.

Tale contrapposizione però rimase nelle diverse proposte relative alla legittimazione ad adire la Corte. Furono, infatti, ipotizzate tre principali forme di legittimazione: la prima, incidentale, in base alla quale la questione sarebbe stata sollevata dal giudice o dalla

[45] M. D'AMICO, *Art. 134, 1° alinea*, cit., p. 2566.

parte all'interno di un giudizio[46]; la seconda come forma di azione diretta del singolo cittadino nei confronti della legge incostituzionale[47]; la terza come forma di azione diretta del governo delle regioni o di un gruppo di cittadini (c.d. "azione popolare")[48]. La discussione sul punto fu così accesa che, se da un lato l'Assemblea costituente approvò senza particolari ostacoli l'architettura delle competenze attribuite al nuovo organo di giustizia costituzionale[49], sotto diverso profilo, la complessità del dibattito in relazione alle modalità di accesso alla Corte costituzionale non consentì di addivenire ad alcuna decisione definitiva[50].

---

[46] Progetto Calamandrei, artt. 27, 28 e 29, in M. Battaglini, M. Minnini, *Manuale legislativo della Corte costituzionale*, cit., p. 67 ss. In particolare il Progetto Calamandrei si segnala per aver approfondito l'origine incidentale della questione. Tale progetto sottolinea l'appartenenza della questione stessa al piano dei diritti e dopo aver previsto una serie di impugnazioni che rendono l'istituto piuttosto macchinoso, attribuisce alla Corte costituzionale il compito di pronunciare l'illegittimità costituzionale. La Corte, tuttavia, non avrebbe avuto il diritto all'ultima parola giacché avrebbe avuto l'obbligo di trasmettere la propria pronuncia di incostituzionalità al Parlamento che avrebbe potuto decidere se cambiare la legge o se cambiare la costituzione mantenendo la legge inalterata. La strutturazione di tale progetto è stata, successivamente, oggetto di critica da parte di C. Mezzanotte (ne *Il giudizio sulle leggi*, *Le ideologie del costituente*, cit., p. 118 ss.) nella parte in cui escludeva la magistratura ordinaria da qualsiasi potere di controllo sulla costituzionalità delle leggi.

[47] Progetto Leone, in M. Battaglini, M. Minnini, *Manuale legislativo della Corte costituzionale*, cit., p. 71 ss.

[48] Progetto Patricolo, art. 12, in *ibidem*, p. 79 ss. I diversi progetti citati assegnavano un diverso spazio alla configurazione dell'azione del singolo cittadino (o di gruppi di cittadini) nei confronti della legge ritenuta incostituzionale. L'azione del singolo tendeva a venir configurata come azione in cui il cittadino si sarebbe fatto rappresentante degli interessi di tutta la comunità.

[49] A. Celotto, *La Corte costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2004; V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino (a cura di), *La Costituzione della repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori e corredata da note e riferimenti*, Colombo, Roma, 1969, p. 418 ss.

[50] Le ragioni di ciò sono molteplici e complesse, anche se la principale va probabilmente rinvenuta non tanto nei contrasti relativi al ruolo da attribuire al giudice *a quo*, quanto ad una diffusa e profonda diffidenza verso la possibilità che anche i singoli cittadini potessero adire direttamente l'organo di giustizia costituzionale. Sembrava, infatti, inammissibile soprattutto al partito comunista che un solo individuo potesse porre nel nulla la legge votata dai rappresentanti del popolo (G. d'Alessio [a cura di], *Alle origini della Costituzione italiana*, cit., p. 139 ss.). L'opposizione del Partito comunista alla possibilità che un singolo cittadino potesse rivolgersi alla Consulta per far espungere dall'ordinamento una norma di legge impedì

2.2.2. Si ritiene opportuno rammentare che, al di là del largo consenso politico che portò alla configurazione dell'organo di giustizia costituzionale nel nuovo ordinamento repubblicano, non mancarono voci critiche. Già nella Commissione dei 75, fu palesata una certa diffidenza, e finanche ostilità, verso tale organo o quanto meno, manifestando una singolare miopia valutativa, si riteneva che il Parlamento, alla prova dei fatti, non avrebbe mai potuto contraddire la Costituzione, con la conseguenza che la Corte costituzionale si sarebbe risolta in un giudice di pura facciata.

A tal proposito appaiono particolarmente significative ed autorevoli le osservazioni formulate dall'On. Nitti e dall'On. Vittorio Emanuele Orlando, sia durante i lavori dell'Assemblea costituente, sia nel corso dei primi anni del nuovo ordinamento repubblicano. Se il primo negava che in uno Stato unitario (e non federale) come quello italiano vi potesse essere uno spazio per una Corte costituzio-

---

che l'Assemblea costituente si pronunciasse in merito alla scelta fra queste diverse opzioni e, nonostante il regime degli effetti delle sentenze *ex* art. 136 Cost. presupponesse una forma di legittimazione diretta, si preferì rinviare la decisione ad una legge costituzionale successiva (sul punto: M. D'AMICO, *Art. 134, 1° alinea*, cit., p. 2563 ss.; vedasi altresì F. DAL CANTO, *Art. 137*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI [a cura di], *Commentario alla Costituzione*, *art. 101-139*, III, Utet, Torino, 2006, p. 2674 ss.). Con la legge costituzionale n. 1 del 1948 si optò, così, per una modalità di accesso alla Corte costituzionale che valorizzasse il ruolo del giudice *a quo* escludendo la possibilità di azione diretta del singolo cittadino e solo con la successiva legge n. 87 del 1953, si provvide a definire ulteriormente le competenze del giudice *a quo* assegnandogli un ruolo di filtro delle questioni (in un certo senso contrapposto rispetto al cittadino-parte) sia attraverso il giudizio sulla non manifesta infondatezza, sia attraverso il giudizio sulla rilevanza (U. DE SIERVO, *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della corte*, in www.giurcost.org, 2006; M. D'AMICO, *Art. 134, 1° alinea,* cit., p. 2563 ss.). Si è realizzato, quindi, un sistema positivo che rende il giudice *a quo* l'unico promotore delle questioni di legittimità costituzionale, assegnandogli, quindi, una funzione determinante per l'esistenza stessa del sindacato di legittimità costituzionale. Si è, infatti, osservato che la ricchezza di prospettive presenti nei progetti presentati e discussi in assemblea costituente, funzionali a valorizzare il ruolo del cittadino, sia come titolare di azione diretta, sia come parte di un giudizio, viene complessivamente perso nella legge n. 87 del 1953 (C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi, Le ideologie del costituente*, cit., p. 118 ss.). Cade l'idea centrale che animava le proposte sulla legittimazione del singolo (parte) cittadino in sede di assemblea costituente, cioè quella di farne il centro e il motore del controllo di costituzionalità (M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale, studio introduttivo*, cit., p. 11 ss.).

nale, e soprattutto temeva che un organo di giustizia costituzionale quale quello risultante dal progetto di Costituzione rappresentasse un'inaccettabile commistione fra elettoralismo ed incompetenza, dipendenza partitica ed improvvisazione; il secondo, fortemente legato alla concezione liberale classica del parlamentarismo, contestava l'opportunità di configurare un sistema di governo in cui fosse consentita una contrapposizione fra i magistrati, sia pure costituzionali, e la sovranità statale[51]. In particolare, Orlando riteneva incompatibile la configurazione di un organo di giustizia costituzionale con la forma di governo parlamentare che si era voluta adottare in sede costituente[52]. L'Autore "ripugna" la Corte costituzionale in ragion del suo essere ostativa al perseguimento di un effettivo equilibrio istituzionale e costituzionale. La sua istituzione viene annoverata fra quei processi di razionalizzazione incompatibili con il sistema parlamentare (nel senso classico dell'espressione) in quanto tale sistema si ispira sostanzialmente al proposito di ricercare «una composizione in forma di un equilibrio fondato sul mantenimento e rispetto della sovranità dell'altro, sia pure con quei temperamenti o irrigidimenti determinati da quel dato conflitto specifico, in cui si attua la continuità dell'evoluzione»[53]. Al contrario, la presenza della Corte costituzionale si porrebbe in contrasto «diretto ed insanabile» con «l'attuazione di un tal proposito appunto perché si crea un organo la cui autorità si pone come supersovrana per la stessa definizione della sua competenza». Se, quindi, la forma di governo parlamentare (classica) presuppone necessariamente la pluralità e l'equilibrio degli organi sovrani, «la Corte costituzionale, invece, per la stessa funzione affidatale, esclude la ricerca di un equilibrio poiché è chiamata a giudicare, cioè a stabilire quale degli organi in urto abbia ra-

[51] Così L. Paladin, *Discorso in occasione dei trent'anni della Corte Costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it.

[52] Forma di governo che l'autore, in verità, essendo fortemente legato alla concezione liberale classica, non ascrive alla categoria tradizionale, ma definisce «forma di governo parlamentare razionalizzata» e, più precisamente, si tratterebbe di una razionalizzazione «a tendenza equilibratrice». V.E. Orlando, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, anno I, I, 1951, p. 4 ss. Nello specifico, vedasi le considerazioni svolte nelle pp. 25-26.

[53] *Ibidem*, p. 34.

gione o torto. Diremo anche qui che questa nuova forma potrà sembrare eccellente per sé stessa; non sarà però più la forma di governo parlamentare»[54].

La previsione di un organo di giustizia costituzionale, quindi, conterrebbe un motivo profondo di dubbia comparabilità con il tipo classico del governo parlamentare, che risiederebbe nell'esistenza, e poi nel modo di formazione, di una autorità «la cui caratteristica principale è di essere superparlamentare». Orlando ha paventato il fatto che il Parlamento non fosse più la suprema autorità dello Stato venendo assoggettato ad una specie di subordinazione verso un'altra autorità e ciò avrebbe avuto l'effetto «di spostare il centro di gravità del sistema»[55]. La nuova Corte, cioè, fu percepita quale organo «la cui competenza la pone al di sopra di tutti i poteri dello Stato: sopra il Parlamento poiché giudica della legittimità costituzionale degli atti legislativi; sopra il presidente della Repubblica poiché ha la competenza di giudicare sullo stato d'accusa in cui fosse posto; sopra il potere giudiziario in quanto è il giudice dei conflitti»[56].

L'opposizione all'organo di giustizia costituzionale espressa dall'On. Orlando in seno all'Assemblea costituente si concretò, comunque, in una critica costruttiva, costituendo uno stimolo alla meditazione nella ricerca delle soluzioni più adatte per arrivare alla creazione di un ordinamento il più coerente possibile. Egli, infatti, a differenza di altri – e pur con le riserve e pregiudiziali che caratterizzavano il suo pensiero – era perfettamente consapevole del fatto che la nuova Costituzione italiana era, in ordine alla previsione e alla disciplina giuridica del sindacato di legittimità delle leggi, in linea con le tendenze democratiche a trovare una soluzione giuridica, di tipo

[54] *Ibidem*, pp. 34-35.

[55] *Ibidem*, p. 43. L'autore prosegue precisando che «[s]i dirà che qui la competenza dell'Alta corte si conterrà rigidamente nella soluzione puramente obiettiva di un punto di diritto. Ma chi può credere ad una separazione totale del diritto dal fatto? E chi potrà misurare lo stato di disagio di tutto l'ordinamento giuridico ogni volta che un organo sovrano come il parlamento venisse a trovarsi dal lato del torto dichiarato giurisdizionalmente? Certo è che l'ultima parola sulle questioni vitali dello Stato non spetterebbe più alle Assemblee parlamentari, ma ad otto persone (cioè la maggioranza dei 15 costituenti la corte) che saranno certamente delle persone egregie, ma che sono anch'essi degli uomini cui si applicherebbe il motto homo sum con quel che segue».

[56] *Ibidem*, p. 35.

giurisdizionale, al problema di garantire l'osservanza dei limiti posti al potere legislativo[57].

Sennonché, tutte le censure sopra richiamate, pur essendo fatte oggetto di attenta ponderazione in seno all'Assemblea costituente, furono superate a larga maggioranza, attesa l'indispensabilità di una garanzia giurisdizionale della Costituzione[58].

Inoltre, va ulteriormente osservato che se, da un lato, le tesi espresse dai rappresentanti dell'ideologia liberale classica si fondavano su argomenti non più attuali e sostenibili[59], sotto diverso profilo, in relazione al dibattito sulla rigidità costituzionale e sulla opportunità di istituire un organo di giustizia costituzionale, si è assistito alla elaborazione di nuove teorie che si discostarono dalle posizioni dell'"ortodossia liberale"[60]. In particolare, si cercò di sostenere questa posizione muovendo da una nuova concezione, in chiave evolutiva, del diritto di resistenza, che in epoca fascista era stata considerata la garanzia ultima del cittadino. In questo contesto si concepì il sindacato di legittimità costituzionale quale espressione giuridica del diritto di resistenza contro l'«onnipotenza parlamentare»[61].

Su posizioni difformi si assestarono le sinistre le quali, pur muovendo da una iniziale diffidenza e contrasto in ragione della diversa matrice ideologica cui si ispiravano, finirono per presentare significative proposte (relative per lo più alla composizione della Corte) volte ad assicurare la democraticità del nuovo organo di giustizia costituzionale che si veniva a delineare, rifiutando la sua concezione

---

[57] C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, cit., p. 56. Di tale orientamento prendeva significativamente atto, in quegli stessi anni, Santi Romano, che alla fase costituente rimase personalmente estraneo. Cfr. anche il rammarico espresso da Orlando per la scarsa attenzione manifestata dai padri costituenti nei confronti delle raccomandazioni di Santi Romano, in V.E. Orlando, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, cit., p. 40 ss.

[58] L. Paladin, *Discorso in occasione dei trent'anni della Corte Costituzionale*, cit., p. 1 ss.

[59] Come quello dell'assoluta sovranità ed onnipotenza parlamentare o quello dell'assegnare alla magistratura il ruolo di unica depositaria della garanzia per un sistema pluralistico.

[60] E. Cheli, *Il problema storico della costituente*, cit., p. 200 ss.

[61] In tal senso si espresse l'On. Martino nel corso della seduta dell'Assemblea costituente dell'11 novembre del 1947. Cfr. per maggiori approfondimenti G. d'Alessio (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana*, cit., p. 170 ss.

di organo "di resistenza" nei confronti del Parlamento e valorizzandone le funzioni di tutela delle minoranze[62].

L'area cattolica, invece, concepiva la Corte costituzionale quale fondamentale strumento di tutela per la Costituzione rigida nei confronti degli arbitrii e delle interferenze dei poteri legislativo ed esecutivo e a tale scopo era configurato il potere di annullamento delle norme che non fossero conformi al testo costituzionale[63].

2.3. *Il modello realizzatosi. Il controllo di costituzionalità fino al 1956 e l'inizio dei lavori della Corte costituzionale*

2.3.1. Secondo autorevole dottrina il modello di giustizia costituzionale accolto nel nostro ordinamento all'esito dei lavori dell'Assemblea costituente è un modello per certi versi "intermedio" fra il *judicial review* statunitense e la Corte austriaca[64]. Il compromesso, infatti, risiederebbe nell'aver tratto dal sistema statunitense il carattere concreto del controllo di costituzionalità – derivante dalla necessità che la questione riguardi una legge che deve trovare applicazione in un determinato giudizio – mentre dal sistema austriaco si sarebbe accolto il carattere astratto della *Verfassungsgherichtsbarckeit* che, nel consentire di attribuire alle sentenze di accoglimento efficacia *erga omnes*, meglio è parsa conciliarsi con il sistema delle fonti proprio degli ordinamenti di *civil law*[65]. Si deve altresì osservare che il modello kelseniano è presente anche in relazione alla definizione dei criteri di composizione dell'organo di giustizia costituzionale. L'esperienza della Corte austriaca, infatti, aveva portato il celebre giurista a considerare ed arginare i pericoli insiti nell'ipotesi

---

[62] Sulla posizione delle sinistre nel dibattito in seno all'assemblea costituente si veda in particolare C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi, le ideologie del costituente*, cit., p. 10 ss.; nonché F. Bonini, *Storia della Corte costituzionale*, cit., p. 15 ss.

[63] U. De Siervo, *Scelte e confronti costituzionali nel periodo costituente. Il progetto democratico cristiano e le altre proposte*, in *Jus*, 2, 1979, p. 125 ss.

[64] A. Pizzorusso, G.Volpe, F. Sorrentino, R. Moretti, *Garanzie costituzionali*, cit., p. 21 ss. A. Giovannelli, *Alcune considerazioni sul modello della* Verfassungsgerichtsbarcheit *kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione "politica" della Corte Costituzionale*, cit., p. 381 ss.

[65] A. Pizzorusso, G.Volpe, F. Sorrentino, R. Moretti, *Garanzie costituzionali*, cit., pp. 25-26.

che prevedeva un organo di controllo composto esclusivamente da tecnici e a proporre, così, un sistema in cui gli equilibri si potessero combinare, rendendo palese l'influenza partitica attraverso l'elezione politica di una parte dei giudici costituzionali. Ed è indubbio che il Costituente nazionale si sia orientato in tale direzione, delineando un organo in posizione di equilibrio rispetto ai vari poteri dello Stato[66].

In relazione all'influenza del modello statunitense, la dottrina ha rilevato come essa si possa considerare il portato di una trasformazione della concezione del ruolo del giudice costituzionale. La suggestione della *judicial review of legislation*, quindi, ha esercitato una significativa influenza anche nei sistemi di *civil law* come il nostro[67]. Vi sarebbe una certa trasposizione di tecniche giuridiche o quantomeno di propensioni, atteggiamenti mentali che, anche all'interno delle modalità operative della Consulta, rimanderebbero alla *Supreme Court* la quale, come si è visto nei capitoli che precedono, ha assunto un ruolo determinante nella dinamica complessiva del sistema politico americano e, più in generale, nella definizione della forma di governo di quell'ordinamento.

2.3.2. Si è ricordato come, all'indomani dell'entrata in vigore della nuova Carta fondamentale, la Corte costituzionale si affacciò nel nuovo panorama giuridico-istituzionale quale organo dotato di strumenti che in teoria le avrebbero consentito di operare come organo di equilibrio e chiusura del sistema. Il suo ruolo composito – ad un tempo di freno contro i possibili abusi perpetrati da altri organi dello Stato e di garanzia dei diritti – non ha impedito di considerare quello della giurisdizione costituzionale «come uno degli orientamenti della moderna concezione democratica e, quindi, democratico e necessario lo stesso controllo di legittimità delle leggi»[68]. Tuttavia, sul piano pratico, la Corte costituzionale non fu messa in condizio-

[66] A. Giovannelli, *Alcune considerazioni sul modello della* Verfassungsgerichtsbarcheit *kelseniana*, cit., p. 381 ss.

[67] N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività*, Cedam, Padova, 1984 (1ª ed. 1978), si veda in particolare il contributo di L. Elia, *Relazione di sintesi*, p. 163 ss.

[68] C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, cit., p. 75.

ne di operare, per diversi ordini di ragioni[69]. In primo luogo, sotto un profilo di carattere generale, la fase politica successiva all'approvazione del testo costituzionale si presentava come estremamente complessa e caratterizzata dalla inattuazione di molti degli istituti previsti dalla Costituzione[70].

L'organo di giustizia costituzionale, quindi, pur essendo (o proprio per questo) una delle più profonde innovazioni del nuovo ordinamento giuridico in ragione del suo essere sostanzialmente estraneo alla tradizione giuridico costituzionale precedente, veniva solo sommariamente disciplinato in Costituzione e, come è noto, solo con ritardo il Parlamento approvò le norme organizzative relative al nuovo organo e definì la procedura di nomina dei nuovi giudici[71]. La stessa dottrina dell'epoca (Calamandrei) avrebbe descritto le difficoltà connesse all'operare della nuova Corte ritenendole «l'esperi-

---

[69] V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*. II. *L'ordinamento costituzionale italiano (la Corte costituzionale)*, Cedam, Padova, 1984; M. Bignami, *Costituzione flessibile, Costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, cit., p. 132 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, 2003, cit., p. 5 ss.; A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2007; U. De Siervo, *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia dall'assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, cit., p. 1 ss.; G. Ferrari, *La difficile nascita della Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *1956-2006, Cinquant'anni di Corte costituzionale*, ed. Corte costituzionale, tomo II, 2007, p. 1274 ss.

[70] Come acutamente osservato dal Mortati, nel Paese si riscontrava l'esistenza «di un'atmosfera di disinteresse generale, e in alcuni ceti dirigenti di vero e proprio fastidio o di malcelato disappunto» nei confronti dell'organo di giustizia costituzionale; atmosfera che aveva le proprie basi nel fatto che la problematica della Corte costituzionale si fosse presentata già in Costituente come «particolarmente ardua, non solamente per le difficoltà inerenti alla natura stessa di un'istituzione del genere, ma anche per la novità di essa rispetto alla tradizione costituzionale non pure italiana ma europea»: C. Mortati, *La Corte costituzionale ed i presupposti per la sua vitalità*, in *Iustitia*, 1949, p. 69.

Per una ricostruzione storica cfr. E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, 2003, cit., p. 43 ss.; U. De siervo, *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, cit., p. 1 ss.; F. Bonini, *Storia della Corte costituzionale*, cit., spec. p. 117 ss.

[71] Per una significativa ricostruzione del difficile iter che portò all'emanazione della l. cost. n. 1 del 1953 e l. 87 del 1953 si veda U. De siervo, *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia*, cit., p. 1 ss. In relazione, poi, alle difficoltà di intesa dei gruppi parlamentari sui giudici da eleggere si veda G. Ferrari, *La difficile nascita della Corte costituzionale*, cit., p. 1274 ss.

mento più perfetto di ostruzionismo della maggioranza»[72], anche se non è mancato chi, al contrario, ha affermato che il ritardo nell'adozione della normativa relativa al funzionamento del nuovo organo non avrebbe avuto una mera funzione dilatoria, quanto, piuttosto, sarebbe stato espressione delle divergenze reali e profonde concernenti il ruolo della Corte costituzionale ed i suoi rapporti con gli organi costituzionali di indirizzo politico che avevano fortemente interessato la stessa maggioranza parlamentare[73]. Pertanto fino al 1956 la Corte costituzionale non pronunciò alcuna decisione e il sindacato di costituzionalità delle leggi venne condotto dai giudici comuni sulla base del disposto della VII disposizione transitoria della Costituzione[74]. Alla magistratura ordinaria era consentito, quindi, di compensare almeno in parte l'iniziale paralisi della giustizia costituzionale, contribuendo allo sviluppo del testo costituzionale sulla base di una duplice direttrice d'azione: i giudici comuni, da un lato, negarono l'effetto abrogativo diretto dei principi costituzionali nei confronti della legislazione ordinaria (anche ove la stessa presentasse contenuti palesemente incompatibili), dall'altro, distinsero le disposizioni costituzionali nella ben nota dicotomia fra disposizioni aventi carattere precettivo e disposizioni aventi carattere programmatico[75]. Le prime furono ritenute in grado di influire direttamente

---

[72] In *Il Ponte*, 1953, in relazione all'articolato dibattito sulla nomina dei primi giudici, così citati in U. De siervo: *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia*, cit., p. 4.

[73] L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 98.

[74] Ai sensi della quale «[f]ino a quando non sia emanata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione, continuano ad osservarsi le norme dell'ordinamento vigente. Fino a quando non entri in funzione la Corte costituzionale, la decisione delle controversie indicate nell'art. 134 ha luogo nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all'entrata in vigore della costituzione».

[75] In relazione alla natura precettiva ovvero programmatica delle disposizioni costituzionali si veda l'accurata ricostruzione di L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, cit., p. 73 ss., nonché S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della costituzione repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004, in particolare p. 17 ss., 41 ss. e 121 ss. In relazione, invece, alla problematica relativa alla valenza normativa della Costituzione, si rimanda a P. Barile, *La Costituzione come norma giuridica*, Barbéra, Firenze, 1951, nonché V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue norme di principio*, Giuffrè, Milano, 1952.

sulle norme vigenti e interpretabili direttamente anche dal giudice ordinario; le seconde, invece, vennero considerate come rivolte unicamente al legislatore, incapaci, pertanto, di influenzare il diritto vigente. In considerazione di ciò, la Costituzione, interpretata in gran parte come contenente disposizioni a carattere programmatico, ebbe scarsa influenza sul contenuto delle pronunce dei giudici comuni, i quali continuarono ad applicare leggi anteriori alla stessa, nonostante fossero talvolta palesemente incompatibili con il suo testo[76]. Il sindacato diffuso dei giudici comuni, fu, quindi, non solo scarso dal punto di vista quantitativo, ma anche da quello qualitativo, essendosi caratterizzato per un approccio di tipo formalistico e fortemente influenzato dalla posizione "rigida" delle supreme magistrature[77].

Come anticipato poc'anzi, solo alcuni anni dopo l'approvazione del Testo costituzionale, nel dicembre del 1955, completatosi il quadro delle fonti costituzionalmente previste in relazione al nuovo organo di giustizia costituzionale, esso poté iniziare i propri lavori ritagliandosi un ruolo assolutamente di primo piano nel sistema costituzionale[78].

---

[76] M. D'AMICO, *Art. 134, 1° alinea*, cit., p. 2569.

[77] Tuttavia non è certo semplice né, forse, opportuno in questa sede, effettuare una valutazione complessiva dell'esegesi del testo costituzionale condotta dai giudici ordinari, poiché si tratta di esperienze alquanto variegate che, in particolare per quel che concerne l'azione dei giudici di merito, li hanno talvolta visti come precursori della tecnica dell'interpretazione adeguatrice delle norme di legge al testo costituzionale, che è stata ritenuta «un ottimo sistema per recuperare, insieme, unità del sistema normativo e pienezza di efficacia del dettato costituzionale, attraverso l'affermazione dell'idoneità di quest'ultimo a guidare l'attività ermeneutica dell'interprete piuttosto che non ad abrogare la fonte primaria». In tal senso: E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, 2003, cit., p. 46.

[78] Da un lato, con le leggi costituzionali n. 1 del 1948 e n. 1 del 1953 erano state approvate rispettivamente le norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte costituzionale (l. cost. n. 1/48) nonché norme integrative della Costituzione concernenti la Corte (l. cost. n. 1/53). Successivamente, la legge n. 87 del 1953 provvide a disciplinare in concreto la costituzione e il funzionamento della Corte. Per maggiori approfondimenti di tipo storico-ricostruttivo si vedano, *ex multis*, A. SIMONCINI, *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, cit., p. 3065 ss.; U. DE SIERVO, *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia dall'assemblea costituente ai primi anni di attività della corte*, cit. p. 1 ss., nonché A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009,

Il quadro normativo che si è venuto a configurare e le modalità con cui i giudici lo hanno fin da subito interpretato in maniera estensiva, elaborando varie tecniche interpretative che si sono tradotte in plurime modalità di confronto con i poteri dello Stato, ha consentito di rilevare che la Corte costituzionale, organo che si è visto essere di derivazione in parte politica in parte giurisdizionale, è stata delineata quale risultato di un processo di ibridazione dei modelli teorici di cui si è detto sopra. Essa, pur formalmente simile in tanti aspetti al sistema kelseniano, in concreto se n'è discostata, virando, almeno in parte, verso un'impostazione che evoca quella statunitense, secondo un processo di progressiva convergenza fra i modelli, pur permanendo importanti differenziazioni originarie di tipo formale[79].

La particolare natura mista del giudizio di costituzionalità delle leggi – inteso quale garanzia dei diritti fondamentali nonché «tutela del valore ordinamentale della Costituzione»[80] – ha contribuito in maniera determinante alla definizione della Corte quale organo di chiusura del sistema, dotato di ampi margini di elasticità di giudizio dalla stessa più volte sfruttati nel corso della propria esistenza per imporsi come uno degli attori principali nella definizione della forma di governo italiana.

---

secondo i quali, nel valutare le scelte legislative relative alla Corte costituzione, occorre chiedersi se esse siano il frutto del desiderio di dare concreta attuazione del nuovo testo costituzionale ovvero se non rappresentino un caso emblematico di ostruzionismo della maggioranza. A testimonianza dell'autoconsapevolezza che il nuovo organo di giustizia costituzionale aveva circa il proprio ruolo vi è la tempestiva approvazione delle norme di autoregolamentazione, in cui si è vista riflessa, sia pure indirettamente ed implicitamente, la concezione che la Corte medesima, fin dall'inizio, ha avuto di sé stessa e del significato e delle caratteristiche delle sue funzioni, pur trovandosi ad avviare la propria azione in un quadro normativo e politico dominato dall'incertezza. Incertezza, come abbiamo visto, verteva sull'efficacia normativa del testo costituzionale sulla natura giuridica dell'organo di giustizia costituzionale e finanche sulla definizione giuridica degli strumenti operativi a sua disposizione. Diretta conseguenza dell'incertezza sulla natura giuridica della Corte fu l'assenza di una precisa definizione dei poteri giuridici, degli strumenti organizzativi e delle norme processuali con cui essa avrebbe dovuto operare. Sul punto, oltre alla bibliografia citata nelle pagine che precedono, si veda spec. A. Simoncini, *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, cit., pp. 3068-3069.

[79] G. Bognetti, *The American Constitution and Italian Constitution. An essay in Comparative Constitutional History*, cit., p. 52 ss.

[80] E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 43.

La Corte, infatti, sin dai primi anni del suo operare, si è posta sia quale vero e proprio motore delle riforme[81] sia quale organo "di mediazione", che tendenzialmente evitava lo scontro diretto con le forze politiche, pur provvedendo a censurare una legislazione espressione di un regime indemocratico, che le omissioni e l'inerzia del legislatore non avevano provveduto a modificare. Si è trattato di un ruolo che il Giudice delle leggi non si è scelto, ma che ad esso «veniva assegnato obiettivamente dai fatti»: in primo luogo dalla vigenza di un testo costituzionale molto più avanzato della legislazione vigente, in secondo luogo dalla presenza di un tessuto politico frammentato e disomogeneo, apparentemente non in grado di esprimere valori nuovi, né di agevolare l'aggiornamento delle vecchie formazioni[82]. La Corte, inoltre, progressivamente implementò gli strumenti decisori a sua disposizione arricchendo la dicotomia accoglimento/rigetto di un ventaglio articolato di possibili risposte agli organi che sollevavano le questioni di costituzionalità (negli anni tipizzato e analiticamente analizzato dalla dottrina) che estesero in modo significativo la sua capacità di relazionarsi (e finanche di interferire) in primo luogo con il legislatore.

Quindi la Consulta iniziò la propria storia imboccando, da subito, una strada che, come si è efficacemente osservato, «puntava in primo luogo alla legittimazione dell'organo attraverso un rapporto diretto con l'opinione pubblica, un rapporto che tendeva a scavalcare la mediazione partitica e a procedere pragmaticamente senza una precisa scelta di campo»[83] e che, in questo, mostrava alcune significative assonanze con l'azione della *Supreme Court* statunitense.

3. *La Corte costituzionale e il caleidoscopio delle questioni politiche*

Il rapporto fra Corti costituzionali e politica ha sempre presentato aspetti di intrinseca problematicità fin dalla prima configurazione della giustizia costituzionale.

---

[81] Si pensi all'attività di "riscrittura" della legislazione fascista.

[82] Così: E. Cheli, *Il giudice delle* leggi, cit., p. 32.

[83] E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 32, ma si veda altresì, Id., *Il problema storico della costituente*, cit., p. 200 ss.

Come delineato nelle pagine precedenti, la Corte costituzionale si orientò verso l'assunzione di un ruolo astrattamente definibile *politico* in ragione delle particolari condizioni e tradizioni storiche dell'ordinamento, nell'ambito del quale, almeno durante i primi anni del suo operare, era necessario rinnovare il quadro della normativa pre-repubblicana alla luce dei nuovi principi costituzionali. Successivamente, come si è anticipato, fu il modularsi delle caratteristiche *miste* del modello di giustizia costituzionale a consentire al giudice delle leggi un significativo margine di discrezionalità.

Pertanto, considerare le modalità di approccio della Corte costituzionale alle questioni politiche impone di effettuare qualche breve riflessione sul generale rapporto fra Corte costituzionale e sfera politica, al fine non tanto di disvelare qualcosa che in realtà pare ovvio – la stretta relazione fra politica e giustizia costituzionale – quanto, piuttosto, di offrire spunti costruttivi per la contestualizzazione della funzione della giustizia costituzionale nell'ambito della nostra forma di governo.

Se è vero che il giudice costituzionale opera quale elemento che nel sistema ordinamentale si pone in funzione di integrazione ed unità, è altrettanto consolidata l'idea che non per questo esso possa ingerirsi apertamente nel conflitto sociale o politico, dovendo, al contrario, garantire e far valere i principi costituzionali storicamente acquisiti.

Non giudice che contrasta i conflitti – dalla natura che si può leggere come meramente "antimaggioritaria" o, al contrario, "maggioritaria-fiancheggiatrice" – ma giudice che, dando forma ed espressione concreta ai principi e valori costituzionali come storicamente affermatisi, è in grado di dirimere tali conflitti ogniqualvolta essi coinvolgono il piano costituzionale[84]. La Corte costituzionale si troverebbe, così, ad essere un "contropotere"[85] con un

[84] Si veda, a tal proposito diffusamente: G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, Einaudi, Torino, 2009.

[85] G. Azzariti, *Concezione della democrazia e opinione pubblica: la Corte costituzionale tra conflitti plurali e unità costituzionale*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 879 ss. L'autore sostiene anche che «solo una Corte contropotere ha permesso di limitare gli abusi maggioritari, riuscendo

vincolo di scopo costituzionalmente imposto: la garanzia dell'unità costituzionale. Le spetterebbe il compito di «tenere unita la comunità politica e, insieme, l'ordinamento giuridico, in base a principi storico-politici determinati, inscritti nel *corpus normativo* del testo costituzionale e che assumono le vesti di principi assiologicamente orientati»[86].

In tale opera di garanzia la Corte non è certo un attore meramente passivo, ma organo attivo di promozione del sistema costituzionale, quantunque solo a condizione di rimanere estranea al magma del conflitto politico, ancorando la legittimazione del proprio operato direttamente alla Carta fondamentale, alla forza delle sue disposizioni, oltre che, almeno in certa misura, al consenso (*rectius*, legittimazione) che gli proviene dal consenso sociale del contesto nella quale si trova ad operare[87].

Tuttavia, è altrettanto palese l'influenza politica *de facto* del giudice costituzionale, ormai così lontano da quel "legislatore negativo" di kelseniana memoria. Politica quanto a nomina di parte dei propri membri, la Corte è organo «non insensibile alle sirene della politica», che nei fatti persegue «una sua *politica costituzionale* prevalen-

---

a mediare i conflitti politici quando hanno invaso il piano nobile della costituzione», p. 895.

[86] Così G. Azzariti, *Concezione della democrazia e opinione pubblica: la Corte costituzionale tra conflitti plurali e unità costituzionale*, cit., p. 893.

[87] A tal proposito evocativa è la dottrina statunitense del *popular constitutionalism*, su cui L.D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004. In letteratura italiana, di recente, cfr. O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, cit., spec. p. 201 ss., ma cfr. anche: Id., *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., p. 17 ss. nonché M. Fiorillo, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., p. 90 ss. Si veda altresì F. Modugno, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, cit., p. 527 ss., il quale sottolinea come l'assenza di una legittimazione popolare diretta abbia spinto la Corte a ricercare una diversa legittimazione «attraverso il rapporto diretto e l'alleanza con le forze sociali, anche le più diverse ed emarginate e magari proprio in quanto opposte e tra loro configgenti, con garantire per ciascuna di esse un minimo di equilibrato controllo sulla dinamica degli interessi in gioco delle soluzioni legislative prospettate», pp. 581-582.

temente (seppur non esclusivamente) volta all'obiettivo di salvaguardare la *politica tout court*»[88], facendo valere le *ragioni della costituzione* e la legalità costituzionale, garantendo il rispetto degli equilibri costituzionali e dei principi fondamentali dell'ordinamento.

L'organo di giustizia costituzionale, per la varia tipologia di funzioni che è chiamato ad esercitare, si trova, quindi, a rapportarsi variamente con la sfera politica e finanche a contribuire, come si è sostenuto, alla sostanziale determinazione di quello che è l'indirizzo politico del Paese[89], relazionandosi con i suoi legislatori (nazionale e regionali) attraverso il ricorso ad un ventaglio articolato di tipologie di decisioni[90], di tecniche processuali – che consentono, sia

[88] A. Ruggeri, *La Corte costituzionale davanti alla politica*, in *Percorsi costituzionali*, 2/3, 2010, p. 38. In senso conforme, Id., *La Corte e le sirene della politica (frammenti di uno studio su esperienze e tendenze della formazione e politicità dei giudizi di costituzionalità)*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., p. 664 ss.

[89] A tal proposito si veda il contributo di C. De Fiores, *Corte, Legislatore e indirizzo politico*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., p. 181 ss.

[90] Sul punto, nella manualistica, *ex multis*: E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, 2016, cit., spec. p. 124 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, cit., spec. p. 381 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 147 ss.; M. Belletti, *Il giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi e gli atti con forza di legge*, in L. Mezzetti, M. Belletti, E. D'Orlando, E. Ferioli, *La Giustizia Costituzionale*, cit., p. 320 ss.; ma anche Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988. La Consulta, in via di prassi, ha creato un ventaglio di tipologie di sentenze molto articolate ed esorbitanti dalla dicotomia accoglimento/rigetto. Si tratta di decisioni o dirette ad orientare gli indirizzi della giurisprudenza ordinaria (si pensi alle sentenze c.d. interpretative) o a stimolare una presa di posizione del potere legislativo (si pensi alle c.d. sentenze indirizzo) o finanche ad introdurre nel tessuto legislativo un nuovo contenuto normativo al fine di colmare una lacuna o a sostituire una norma dichiarata incostituzionale (si pensi alle sentenze manipolative – additive o sostitutive – rappresentano l'intrusione più forte del giudizio di costituzionalità nelle sfere di discrezionalità politica). Ed è con riferimento alle decisioni manipolative che vengono maggiormente in rilievo considerazioni circa l'attivismo più o meno politicizzato del giudice delle leggi. Tuttavia, sarebbe limitativo considerare unicamente le decisioni manipolative e additive in sede di valutazione delle proteiformi modalità di relazione della Corte costituzionale con la sfera politica. Si tratta, certo, dei casi in cui più evidenti possono farsi le sinergie e le interferenze, tuttavia non necessariamente questo tipo di decisioni integra una illegittima ingerenza nel dominio riservato alla politica. Come è stato efficacemente osservato, infatti, considerando tali tipologie di intervento «dal punto di vista dei valori e dell'equilibrio» che deve intrattenersi fra Corte

il governo dei tempi delle decisioni, sia il controllo sui requisiti di ammissibilità delle questioni (e finanche forme di manipolazione del parametro[91]) – le quali, unitamente al ricorso a strumenti di natura sostanziale (quale il giudizio di ragionevolezza) gli hanno consentito una penetrazione crescente negli ambiti tradizionalmente considerati di dominio esclusivo della politica.

Come efficacemente osservato, «tutte le grandi questioni politiche che sono state affrontate in Italia dal dopoguerra ad oggi hanno finito per coinvolgere la Corte» le cui pronunce «hanno orientato il dibattito politico verso i grandi temi sui quali li Parlamento si è trovato a decidere»[92].

Fra i fattori che maggiormente hanno consentito l'acquisizione di un ruolo *politico* del giudice costituzionale va contemplato il rilevante grado di frammentazione e disomogeneità che, fin dai primi anni repubblicani, ha connotato il sistema politico nazionale, favorendo l'acquisizione di un ruolo attivo di *supplenza* degli organi di garanzia (Corte costituzionale, ma anche, almeno in certa misura, presidente della Repubblica) nei confronti degli organi del pote-

---

e sfera politica, si può dedurre anche che le addizioni e le manipolazioni possono rivelare «una finalità conservativa, a fronte dell'ipotesi alternativa rappresentata dalla caducazione "secca" di un testo parzialmente incompatibile rispetto alla Carta. Il giudice, infatti, […] fa sempre luogo, pur non esplicitandolo, ad un raffronto, ad un vero e proprio bilanciamento, tra la situazione normativa presente e la situazione normativa quale potrebbe aversi a seguito del mero annullamento dell'atto impugnato e, ove si rappresenti come indesiderabile (al piano della opportunità così come a quello della costituzionalità) lo scenario che verrebbe a delinearsi per effetto dell'annullamento stesso, può talora temperare o ridurre la portata di quest'ultimo a mezzo appunto delle manipolazioni in parola. È interessante notare come quest'ultime siano talora meno "creative" di altre operazioni apparentemente in tutto e per tutto conservative» (A. Ruggeri, *La Corte costituzionale davanti alla politica*, cit., pp. 44-45).

[91] Sul punto A. Ruggeri, *La Corte costituzionale davanti alla politica*, cit., spec. p. 46. Secondo questo Autore: «alle volte dietro la manipolazione dei testi ovvero della loro sostanza si annida una sostanziale manipolazione del parametro, che anzi dà la spinta e spiana la via alla realizzazione della prima. La Corte diventa, così, il massimo decisore politico, un vero e proprio decisore costituente permanente, investito dell'autorità di enunciare "verità "di diritto costituzionale giuridicamente indiscutibili, tanto più temibile quanto più riesce a mimetizzarsi dichiarandosi costantemente scrupoloso e fedele servitore della Carta, dei suoi valori e delle sue norme».

[92] E. Grosso, *Parlamento e Corte costituzionale*, in L. Violante (a cura di), *Il Parlamento, Storia d'Italia*, cit., p. 445.

re politico (circuito Parlamento-Governo)[93]. L'erompere della crisi partitica dei primi anni Novanta con la conseguente trasformazione radicale del sistema politico nazionale[94] e la perdurante difficoltà normativa del circuito maggioranza parlamentare-Governo, unitamente alla difficoltà di un articolarsi equilibrato dei rapporti fra i poteri, hanno portato la Consulta ad intervenire anche con vigore operando scelte di natura definibile politica[95] e incrementando le sue funzioni arbitrali in sede di definizione dei conflitti fra i poteri.

Più di recente, la crisi economica che attanaglia il Paese da ormai svariati anni, unitamente ad alcuni interventi in settori ritenuti politicamente sensibili, quali quello elettorale, e la crescente difficoltà di tenuta dell'Unione Europea, hanno condotto il giudice costituzionale ad attraversare uno di quei periodi definiti di «turbolenza della politica» e «fragilità della Costituzione»[96] in cui la possibilità che la Corte sia trascinata nell'agone politico si fa più forte, in cui alto è il rischio di una possibile torsione del modello di giustizia costituzionale e in cui essa è chiamata a difendere con maggior forza la propria legittimazione e il proprio ruolo nell'ordinamento.

Nei decenni il Giudice delle leggi è, pertanto, divenuto protagonista di una giurisprudenza che segue direttrici a volte non immedia-

---

[93] Per maggiori approfondimenti sul punto E. Cheli, *Il ruolo "politico" della Corte Costituzionale italiana nella prospettiva comparatistica*, cit., p. 33. Interessanti sono anche le osservazioni di A. Barbera (in *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, 2015, p. 263 ss., spec. p. 339 ss.) che, di recente, ha evocato il concetto di «giurisdizionalizzazione della politica» per descrivere l'azione sia dell'organo di giustizia costituzionale, sia della magistratura ordinaria, volta a fornire adeguate risposte alla fragilità delle istituzioni di governo.

[94] Trasformazione agevolata dall'adozione di riforme elettorali che hanno determinato il forte ridimensionamento e, quando non la vera e propria scomparsa, delle forze politiche che fino a quel momento erano state alla guida del Paese.

[95] A tal proposito sono emblematiche le decisioni adottate in tema di ammissibilità di alcuni referendum abrogativi aventi ad oggetto la normativa elettorale. Ci si riferisce, in particolare, a quelle decisioni che, agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso, hanno portato all'abbandono del principio proporzionale che fino a quel momento era stato il *dominus* della normativa elettorale. Su questi temi diffusamente, *ex multis* A. Barbera, G. Guzzetta (a cura di), *Il governo dei cittadini.* Referendum *elettorali e riforma della politica*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2007; nonché R. Bin (a cura di), *Elettori legislatori? Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario elettorale*, Giappichelli, Torino, 1999. Cfr., altresì, *infra*, nota n. 103.

[96] G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 126.

tamente riconducibili al modello costituzionale formale, in un contesto in cui il rapporto con la sfera politica non ha mancato di evidenziare alcuni significativi disequilibri[97], spesso derivanti dal modo in cui la Corte decide e dalla conseguente impredicabilità degli esiti giurisprudenziali. A ciò si aggiunga la debolezza, in punto di motivazione, di molte decisioni, che ne diluisce la giustificazione sostanziale e testimonia una «tendenza ad un'accentuata colorazione politica della giurisprudenza»[98] costituzionale.

In parallelo, tuttavia, la Corte sta ben attenta a non entrare formalmente nell'agone politico, evitando di schierarsi apertamente nel gioco delle forze politiche[99], al contrario, ferma a ribadire le proprie garanzie di indipendenza, che ha potuto sviluppare e difendere grazie al modello tracciato dai padri costituenti e, almeno per quel che concerne il tessuto delle libertà e dei diritti fondamentali, tendenzialmente radicandosi in quel tessuto sociale la cui difesa suscita il consenso dell'opinione pubblica.

A tal proposito, si concorda con quella dottrina secondo cui l'indipendenza e l'autorevolezza della Corte nel sistema rappresenterebbero due delle condizioni necessarie a consentirle di svolgere efficacemente il ruolo *arbitrale*, e anche politico, che ha svolto in un contesto istituzionale caratterizzato da un alto livello di conflittualità politica[100].

La Corte trarrebbe parte della propria legittimazione dal suo es-

---

[97] Emblematico, di recente, pare il caso di cui alla sent. n. 178 del 2015, ove la Consulta non solo ha modulato gli effetti della propria decisione secondo una dinamica che ha fatto sfumare la concretezza del giudizio in via incidentale, ma ha assunto tale decisione senza un sostegno motivazionale forte (in dottrina su questo caso, *ex multis* A. Ruggeri, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più sregolata dei suoi processi*, in www.questionegiustizia.it, 27 luglio 2015; R. Pinardi, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di "incostituzionalità sopravvenuta"?*, in www.forumcostituzionale.it, 2015).

[98] A. Ruggeri, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più sregolata dei suoi processi*, cit., p. 3.

[99] S. Cassese (in *Dentro la Corte*, il Mulino, Bologna, 2015, p. 33) ha affermato, a tal proposito, che «la Corte costituzionale si interessa di politica sotto specie di diritto, attraverso il diritti – riconduce i conflitti politici a criteri di ragionevolezza, logica e coerenza».

[100] E. Cheli, *Il ruolo "politico" della Corte Costituzionale italiana nella prospettiva comparatistica*, cit., p. 35. Per maggiori approfondimenti si rinvia al cap. II del presente lavoro.

sere organo non recessivo rispetto a quello legislativo, ma ad esso complementare[101].

Come evidenziato in letteratura[102], tuttavia, conciliare politica e giurisdizione è attività intrinsecamente complessa e problematica, innanzitutto poiché la Consulta è investita del potere di incidere sulla legge, potere, questo, che delinea un tipo di controllo giurisdizionale solo nella forma (in quanto esercitato attraverso lo strumento del processo, che si svolge davanti ad un giudice imparziale), mentre nella sostanza si tratta di un controllo connotato da un'intrinseca componente di politicità, essendo spesso diretto ad eliminare atti del potere politico, quali sono le leggi.

Inoltre, come è noto, la relazione fra politica e giurisdizione costituzionale non si esaurisce nell'esercizio del sindacato di legittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge, ma si esprime anche quando la Corte si trova a dover a definire i giudizi di ammissibilità sul referendum abrogativo[103]. Altra competenza che costituisce un

---

[101] Nel senso di una Corte che opera quale «legislatore positivo parallelo e complementare con quello del Parlamento»: F. Modugno, *La Corte costituzionale italiana oggi*, cit., p. 582 e Id., *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1, 1981, p. 1646 ss.

[102] Su tutti E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, il Mulino, Bologna, 1996, ma anche, più di recente, G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 126.

[103] Emblematica a tal proposito è la vicenda conclusasi con la sent. n. 13 del 2012, su cui, M. Ruotolo, *Un'inammissibilità "annunciata"?*, in www.federalismi.it, 3, 2012, p. 1 ss. Sulla problematicità della competenza a definire il giudizio di ammissibilità sul referendum abrogativo si vedano, *ex multis*: E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 271 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 485 ss.; A. Barbera, A. Morrone, *La Repubblica dei referendum*, il Mulino, Bologna, 2003; F. Dal Canto, *Conferme e novità nella più recente giurisprudenza costituzionale in tema di giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, in Aa.Vv., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 541 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009; M. Luciani, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, *La formazione delle leggi*, I, t. II, Zanichelli, Bologna-Roma, 2005, p. 599 ss. Parte della dottrina (A. Ruggeri, *La Corte costituzionale davanti alla politica*, cit., spec. p. 43 ss.) ha evidenziato come tale tipologia di giudizio si configuri come un abile gioco di mediazioni che la Corte costituzionale «effettua tra la politica dei rappresentanti e la politica dei rappresentati». A ciò si aggiunga che «[l]a circostanza, poi, che il referendum possa, per l'uno o per l'altro verso esser giudicato inammissibile […] può essere vista come una spia

«punto di osservazione privilegiato»[104] in relazione ai delicati rapporti fra Corte costituzionale e sfera politica è quella relativa ai conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato[105], poiché non solo si tratta di conflitti

---

del maggior favore che tendenzialmente la Corte nutre nei riguardi della democrazia rappresentativa piuttosto che per la diretta. Lo stesso frequente scivolamento del giudizio di ammissibilità in un giudizio anticipato di costituzionalità sulla normativa di risulta, nel mentre parrebbe evocare uno scenario segnato dal primato comunque assegnato alla Costituzione sulla politica, per la sua parte ulteriormente avvalora la preferenza accordata alla democrazia rappresentativa sulla democrazia diretta, la seconda risultando ostacolata nelle sue possibili proiezioni in nome degli effetti incostituzionali causati dai prodotti della prima». Per una panoramica storico ricostruttiva della principale giurisprudenza in materia cfr. altresì P. Carnevale, *Cosa resta della sentenza n. 16 del 1978. Riflessioni sull'eredità di una "storica" sentenza*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 145 ss.

[104] T.F. Giupponi, *La Corte dei conflitti, al crocevia tra giustizia e politica*, in *Percorsi costituzionali*, 2/3, 2010, p. 79.

[105] Ipotesi emblematiche che palesano la tensione fra Corte costituzionale e sfera politica possono essere considerate le decisioni inerenti le immunità dei parlamentari o dei consiglieri regionali (*ex multis*: sent. n. 1150 del 1988, ma anche sentt. nn. 10 e 11 del 2000 o sentt. nn. 195, 235 e 301 del 2007); il c.d. caso Mancuso (sent. n. 7 del 1996, vertente sulla possibilità di configurare la c.d. *sfiducia individuale*), ma anche la sent. 1 del 2013 (in materia di intercettazioni telefoniche che coinvolgevano il Presidente della Repubblica), o la sent. n. 200 del 2006 (in materia di concessione del potere di grazia). Si tratta di casi che rendono evidente l'influenza della Consulta sulla articolazione della forma di governo. L'analisi degli *structural cases* statunitensi porta a riflettere sulle similitudini che possono essere individuate fra ordinamento statunitense e nazionale. Va, a tal proposito, rilevato come, nonostante le differenze strutturali fra i due ordinamenti, la nostra Corte costituzionale opera in funzione arbitrale nei confronti dei vari poteri dello Stato influenzando, anche significativamente gli equilibri, e, in generale, la dinamica della forma di governo. Se non paiono ravvisabili i semi di una *political question doctrine* in relazione alla definizione dei conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato, tuttavia si riscontrano comuni argomentazioni che fanno leva sul principio di separazione (ed equilibrio) fra i poteri e sulla comune necessità di individuare costanti punti di compromesso istituzionale che consentano l'ordinato svolgimento dell'architettura costituzionale. Altro profilo di similitudine attiene all'"elasticità" caratterizzante l'approccio delle due Corti, specialmente per quanto attiene all'individuazione delle fattispecie di conflitto e dei soggetti abilitati a sollevarlo. Per maggiori approfondimenti in merito ai parallelismi e alle assimmetrie fra l'ordinamento statunitense e quello italiano si rinvia anche a A. Sperti, *Corti Supreme e conflitti fra poteri…*, cit., p. 10 ss. Se parte della dottrina ha evidenziato il rischio che l'intervento del Giudice costituzionale in sede di decisione dei conflitti fra poteri possa irrigidire i rapporti fra gli stessi (in tal senso F. Sorrentino, *L'equilibrio istituzionale fra i poteri e la sua garanzia giurisdizionale*, in L. Luatti [a cura di], *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 62 ss.), la maggioranza della dottrina ritiene condivisibile il ruolo della Corte co-

che vedono coinvolti organi di rilevanza costituzionale, ma è competenza che, come è stato acutamente osservato, evidenzia in modo molto netto «la stessa problematica configurazione della Corte costituzionale quale organo giurisdizionale di legittimità […] o, piuttosto, quale strumento di garanzia tra gli altri previsti a livello costituzionale»[106].

A ciò si aggiunga che un ulteriore fattore di politicità intrinseca che caratterizza l'azione del giudice costituzionale (e di molti altri giudici europei) deriva dal relazionarsi con l'ordinamento UE e finanche con il sistema CEDU. Infatti, la protezione dei diritti fonda-

---

stituzionale nella soluzione dei conflitti fra poteri secondo un modello che nel contesto statunitense era invalso fin dagli albori della storia costituzionale del paese e, in particolare, era inteso come aspetto connaturato all'essenza stessa del *judicial review.* Per maggiori approfondimenti sul punto, *ex multis* (e in ordine cronologico): A. Manca, A. Berruti, *Conflitto*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Utet, Torino, 1957, p. 46 ss.; A. Pizzorusso, *Art. 134 Cost*., in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, art. 134-139, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna, Roma, 1981, p. 1 ss., spec. 129 ss.; A. Pizzorusso, *Conflitto*, in *Noviss. Dig. it.*, App. II, Utet, Torino, 1981, p. 364 ss.; S. Grassi, *Conflitti costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Utet, Torino, 1989, p. 362 ss.; A. Pisaneschi, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato: presupposti e processo*, Giuffrè, Milano, 1992; R. Bin, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano, 1996; S. Bartole, *La Corte e i Poteri*, in L. Carlassare (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della Prima Cattedra in Europa*, Cedam, Padova, 1998, p. 191 ss.; G. Azzariti, *Giurisdizione e politica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. cost.*, I, 1998, p. 93 ss.; P. Veronesi, *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1999; A. Cerri, *Conflitti di attribuzione. I) Conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Enc. giur. Treccani*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 2005, p. 1 ss. (*ad vocem*); P. Costanzo, *Conflitti costituzionali*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1271 ss.; F. Bertolini, *Art. 134, 2° alinea*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, III, Utet, Torino, 2006, p. 2549 ss.; G. Chiarelli, *I conflitti di attribuzione*, in Aa.Vv., *1956-2006, Cinquant'anni di Corte costituzionale*, I, Ed. Corte costituzionale, Roma, 2006, p. 576 ss.; T.F. Giupponi, *La Corte dei conflitti, al crocevia tra giustizia e politica*, cit., p. 79 ss.; M.G. Rodomonte, *Evoluzioni di una competenza flessibile: i conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, in B. Caravita (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Jovene, Napoli, 2012, p. 203 ss.; S. Bartole, *Giustizia costituzionale (linee evolutive)*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Giuffrè, Milano, 2014, p. 477 ss., spec. pp. 484-487. Per un'analisi dettagliata del dibattito in Assemblea costituente. G. Grottanelli de' Santi, *I conflitti di attribuzione tra lo Stato e le regioni e tra le regioni*, Giuffrè, Milano, 1961, spec. p. 22 ss.

[106] T.F. Giupponi, *La Corte dei conflitti, al crocevia tra giustizia e politica*, cit., p. 79.

mentali rappresenta oggi il terreno più fertile di scambio (e talvolta scontro) comunicativo con le Corti europee; elemento questo che, per le indubbie ricadute ordinamentali, specialmente sul piano della sovranità, – rende la giurisprudenza della Corte costituzionale potenzialmente molto più politica di quella della Corte Suprema statunitense.

Nonostante la dottrina abbia variamente preso posizione in relazione al livello di politicità da riconoscersi al giudice costituzionale e al ruolo che esso esercita nell'ordinamento, non paiono rinvenibili criteri assoluti che consentono di dividere il campo tra politico e giudiziario secondo traiettorie nette: vi è, invece, una doppia natura della giustizia costituzionale, giudiziaria e intrinsecamente politica allo stesso tempo, finalizzata al compito della integrazione della vita politica nella Costituzione e, al contempo, all'adattamento continuo della Carta fondamentale alle esigenze mutevoli della vita costituzionale. Senza che per questo ne sia minata *ab origine* la legittimazione.

In concreto, la vita costituzionale si svolge fra «"potenze" politiche il cui lealismo istituzionale e, quindi, il cui consenso su una sfera neutralizzata di rapporti fondamentali, suscettibile, quindi, di gestione giudiziaria, non sono mai dati in una volta ma devono continuamente rinnovarsi»[107], pertanto pare una condizione imprescindibile della giustizia costituzionale, e della sua oggettività, il senso del limite della trattazione di casi politici.

Nell'analisi di tale fenomeno, tuttavia, lo studioso deve affrontare l'intrinseca componente di politicità dell'azione del giudice costituzionale, e la sua discrezionalità, ricorrendo a strumenti conoscitivi diversi da quelli impiegati per lo studio dell'attività dei soggetti *stricto sensu* politici in ragione del fatto che «i margini di scelta del giudice non sono solo alquanto più ristretti di quelli del Parlamento

[107] G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 68. Sul punto, S. Cassese (in *Dentro la Corte*, cit., p. 165) ha ricordato che «compito della politica è compiere ponderazioni più ampie, con istruttorie più complete», mentre R. Bin (*A discrezione del giudice*, Franco Angeli, Milano, 2013, p. 23) ricorda come legislatore e giudici (anche costituzionali) pur potendo "maneggiare" la medesima materia, lo fanno sempre «con un diverso grado di risoluzione».

o del Governo, ma soprattutto sono esercizio di una funzione nella massima parte e in via di principio vincolata»[108].

Sono, quindi, i fondamenti giuridico-formali e politico-sostanziali della giustizia costituzionale a determinarne anche i limiti e tali limiti segnano il confine entro il quale si estende il territorio delle questioni meramente politiche, nel quale il giudice costituzionale può entrare solo abusivamente.

Come si è visto analizzando il contesto statunitense definire concetto di questione politica, però, è tutt'altro che agevole ed è attività che passa necessariamente attraverso il filtro dell'interpretazione costituzionale, intesa come azione di mediazione tra il caso e il diritto.

Il collegamento fra teoria della giustizia costituzionale e teoria dell'interpretazione costituzionale appare, qui, di tutta evidenza e consente di gettare una luce un poco più chiara su una questione che è di somma importanza per l'inquadramento della giustizia costituzionale nelle sue giuste proporzioni. Come efficacemente osservato, infatti, «[c]he la giurisdizionalizzazione della vita politico-costituzionale sia un'aspirazione conforme a esigenze reali è un fatto; che però la pretesa di "giuridificare" tutta la vita politica sotto un ipertrofico potere giudiziario sia assurda e, alla fine, contraria all'essenza della politica, come spontaneità, è altrettanto chiaro. Ecco l'esigenza di distinzioni e limitazioni»[109].

---

[108] F. Sorrentino, *Strumenti tecnici e indirizzi politici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 797. L'autore prosegue precisando che per poter valutare la politicità delle scelte discrezionali del giudice va effettuata una indagine globale dell'attività svolta e occorre previamente considerare quali siano, non solo nell'interpretazione del diritto sostanziale, ma anche nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme di procedura che ne disciplinano l'attività, i margini di scelta entro i quali il giudice si muove, quali siano, in altri termini, «i passaggi obbligati e quelli discrezionali attraverso i quali egli giunge alla decisione della questione sottopostegli. Solo attraverso la considerazione combinata di tali elementi si potrà pervenire ad una corretta valutazione delle opzioni compiute dal giudice e, quindi, anche attraverso la successione e l'accostamento di queste valutazioni in riferimento alle diverse pronunce, ad un giudizio critico (valutativo) sulle sue scelte e sui suoi indirizzi politici», p. 797.

[109] G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 61. Sul punto F Sorrentino (*Strumenti tecnici e indirizzi politici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 796), ricorda che «negli ordinamenti che, come il nostro, si preoccupano di assicurare l'imparzialità del giudice e, con la certezza del diritto, l'eguaglianza nell'applicazione della legge, si manifesta l'esigenza di ridurre e comunque

Il modello si presenta, quindi intrinsecamente e ontologicamente duttile e aperto, «consegnando alla Corte e ai pratici in genere unicamente una direttiva d'azione da cui risulta che le operazioni di giustizia costituzionale, in tanto si giustificano, in quanto rispondano al fine di conciliare, nel modo più adeguato in ragione dei contesti, *l'autodeterminazione della politica* e il *primato della costituzione*, la vocazione dell'una ad affermarsi in modo pieno negli ambiti suoi propri e il bisogno dell'altra di farsi *sempre* (e *per intero*) valere; nelle sue regole, e, soprattutto, nei suoi principi (e in ultima istanza nei valori)»[110].

Il limite delle questioni politiche si può considerare, così, quale valvola di sfogo del sistema costituzionale, cui ricorrere con estrema prudenza. Sul punto si è autorevolmente espresso A. Barak, il quale, pur critico nei confronti della dottrina della non giustiziabilità, non sostiene che non se ne debba mai far ricorso, sebbene sia preferibile addivenire ad una non-decisione ancorata a ragioni di tipo processuale o sostanziale meglio governabili (come il ricorso a tecniche di selezione dei casi maggiormente argomentabili dal punto di vista strettamente giuridico o come il ricorso al criterio della ragionevolezza)[111].

---

circoscrivere entro limiti quanto più rigorosi possibile i margini di discrezionalità e di politicità del giudice. Ciò sia attraverso le garanzie di indipendenza delle persone che ne ricoprono l'ufficio e l'esclusione della loro derivazione politica, sia soprattutto per mezzo di una formazione processuale e sostanziale che disciplini l'attività del giudice e le fattispecie sottoposte al suo esame in modo rigoroso e sufficientemente esaustivo».

[110] A. Ruggeri, *La Corte costituzionale davanti alla politica*, cit., spec. p. 46.

[111] A. Barak, *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, 116 *Harv. L. Rev.* 16, 2002. Secondo G. Zagrebelsky, V. Marcenò (*La giustizia costituzionale*, cit., p. 126), tale posizione coniugherebbe etica dei principi ed etica della responsabilità «nella consapevolezza dei pericoli d'una gestione della costituzione cieca di fronte alle potenziali sue conseguenze disastrose per la stessa costituzione». Barak, inoltre, ritiene che le modalità sopra indicate di approcciarsi alle questioni, soprattutto se questioni politiche, favorirebbe la fiducia del corpo elettorale nei poteri dello Stato agevolando l'espletamento dei compiti del Giudice costituzionale per implementare la democraticità del sistema. In particolare egli sostiene che «*[e]very legal problem has criteria for its resolution. There is no "legal vacuum"*». Secondo il suo punto di vista, infatti, «*law fills the whole world. There is no sphere containing no law and no legal criteria. Every human act is encompassed in the world of law. Every act can be "imprisoned" within the framework of the law. Even actions of a clearly political nature – such as waging war – can be*

Dalle osservazioni sopra svolte appare chiara la complessità e l'ampiezza del tema delle relazioni fra Corte costituzionale e politica. Nel presente lavoro ci si propone di tentare di individuare come la Consulta si rapporti alle questioni politiche che le siano poste prevalentemente (ancorché non esclusivamente) nell'ambito del sindacato di costituzionalità delle leggi in via incidentale, poiché pare che nell'esercizio di tale competenza sia rinvenibile un possibile parallelismo fra la *political question doctrine* statunitense, intesa come *doctrine of justiciability*[112] – e, quindi, metro del giudizio di costituzionalità e tecnica di selezione dei casi – e le modalità con cui la Corte costituzionale decide di porsi nei confronti delle questioni politiche. L'indagine vede venire principalmente in rilievo il rapporto fra Corte costituzionale e legislatore e, sebbene non esistano criteri assoluti che valgano a dividere il campo tra politico e sfera di dominio del giudice costituzionale, è incontestabile, tuttavia, come debbano essere chiamate in causa valutazioni non meramente di opportunità politica, ma di congruità costituzionale e come, spesso, nei casi estremi in cui l'intervento della Corte sarebbe controproducente, la giurisdizione costituzionale paia, il più delle volte, ritrarsi[113].

Come si argomenterà, i rapporti fra Corte costituzionale e Parlamento non riescono a trovare un inquadramento univoco: sia per la difficoltà di definire con precisione i confini delle questioni politiche[114], sia perché, nell'indagare sull'esistenza di una *political question doctrine* "nazionale", si deve tener conto di quelle che sono le peculiarità del sistema di giustizia costituzionale italiano rispetto a quello statunitense e, più in generale, le peculiarità attinenti alla nostra struttura ordinamentale.

---

examined with legal criteria, as evidenced by the laws of war in international law. The mere fact that an issue is "political" – that is, holding political ramifications and predominant political elements – does not mean that it cannot be resolved by a court. Everything can be resolved by a court, in the sense that law can take a view as to its legality», p. 98.

[112] Cfr. *supra*, capp. III e IV.

[113] Sul punto cfr., *ex multis*, G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 61; A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Giuffrè, Milano, 2000.

[114] Cfr. *supra*, capp. IV e V.

4. *Considerazioni sui limiti al sindacato di costituzionalità. Ambito dell'indagine*

Come è noto, nella nostra esperienza di giustizia costituzionale alla Consulta è richiesto di conciliare la partecipazione al processo evolutivo dell'ordinamento con il rispetto dei limiti funzionali ad esso imposti dalla Costituzione. Tale attività di adeguamento e integrazione comporta per la Corte il dovere di muoversi con cautela e perizia, oltreché di essere in grado di cogliere, di volta in volta, il proprio "legittimo" margine di intervento, riuscendo a stabilire entro quali limiti essa possa partecipare a tale processo.

Quello dei limiti al sindacato di costituzionalità è un profilo di indagine particolarmente delicato, in cui si riscontra, nella dottrina, una sorta di "remora psicologica" nell'ammissione dell'esistenza di vincoli negativi, variamente configurabili, condizionanti l'attività del supremo organo di controllo della legittimità costituzionale, alcuni dei quali potrebbero essere percepiti come limiti sostantivi alla stessa rigidità dell'ordinamento costituzionale[115].

Dal punto di vista metodologico, pare doveroso fin da ora precisare che nell'indagine che si svolgerà, per la sua finalizzazione nei termini che si sono detti, non si considereranno tutti i limiti con cui il Giudice delle leggi si deve confrontare in sede di sindacato di costituzionalità, intendendosi prescindere dall'analisi di quelli che paiono "naturali" restrizioni o vincoli. Cioè vincoli e restrizioni che derivano dal tipo formale di fonte oggetto di impugnativa o sono conseguenti ad una vicenda temporale sopravvenuta posteriormente alla presentazione del ricorso che, concernendo la fonte stessa, sia tale da determinare una pronuncia di cessazione della materia del contendere ovvero di inammissibilità sopraggiunta dell'impugnativa[116].

---

[115] Diffusamente, sul punto: A. Ruggeri, *Materiali per uno studio dei limiti al sindacato di costituzionalità delle leggi (introduzione ad una teoria giuridica della funzione "giurisprudenziale" conseguenziale)*, in *Giur. cost.*, 2, 1985, p. 316 ss. Cfr., altresì, C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di* political question, cit., spec. p. 149 ss.

[116] Su questi profili si vedano, *ex multis*: A. Ruggeri, *Materiali per uno studio dei limiti al sindacato di costituzionalità delle leggi…*, cit., p. 316 ss.; nonché M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale inci-*

Quindi, non costituiranno oggetto del presente studio le pronunce espressione di un vero e proprio obbligo giuridico di non dichiarare l'illegittimità costituzionale, pur palese, di alcune fonti di rango primario[117]. Mentre si considereranno le restrizioni che la Corte può autoimporsi di fronte ad una materia, regolata dalla fonte impugnata, in un preciso momento storico.

Come si è già anticipato, infatti, il problema dei limiti alla giurisdizione costituzionale va analizzato con la consapevolezza che sono i fondamenti giuridico-formali e politico-sostanziali a determinarne l'estensione. Oltre il confine di tali limiti si estenderebbe il territorio delle questioni dalla natura meramente politica, che non dovrebbero essere oggetto di decisione.

In questo contesto, stante la intrinseca vaghezza del concetto di "questione politica", acquista assoluta centralità il tema dell'interpretazione costituzionale, da intendersi come attività di sostanziale mediazione tra il caso concreto e la sfera del diritto e come attività che consente di effettuare distinzioni ed individuare limitazioni.

Con riferimento alle *political questions*, quindi, il problema dei limiti alla giustizia costituzionale si può analizzare secondo un duplice profilo: sia considerando l'esistenza o meno di una norma costituzionale cui riferirsi – norma che solo se esistente consentirebbe il sindacato della Consulta – sia partendo da quelli che sono i caratteri propri del caso concreto.

Il primo dei criteri individuati, pur apparendo di intuitiva evidenza, in realtà presenta aspetti di criticità in ragione della presenza di numerose disposizioni costituzionali che, per la peculiare formulazione elastica, si prestano a plurime letture, potenzialmente in grado di consentire al giudice costituzionale di spostare i confini del campo delle questioni sottoponibili a giudizio.

Considerando, invece, il secondo dei criteri sopra individuati, vale a dire l'analisi dei caratteri propri del caso concreto, si rileva come si tratti della prospettiva che pare più importante, congiun-

dentale, Cedam, Padova, 1984, nonché A. Pizzorusso, *Art. 137*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, art. 134-139, cit., p. 199 ss.

[117] Su questi profili, si veda A. Ruggeri, *Materiali per uno studio dei limiti al sindacato di costituzionalità delle leggi…*, cit., p. 316 ss.

gendosi direttamente con i caratteri essenziali della stessa giurisdizione costituzionale. Ogni questione costituzionale (anche quelle che sono trattate formalmente in procedimenti non contenziosi), infatti, è senza dubbio un conflitto di interessi o di potere che si deve definire come controversia dal carattere giuridico, cioè attraverso l'applicazione di una regola che si suppone indipendente dai rapporti materiali contingenti[118]. In considerazione di ciò potrebbe forse dirsi lecita l'identificazione dei limiti della materia sottoponibile al sindacato della Corte con quelli che delimitano la materia disciplinata dal diritto costituzionale. Tuttavia ciò non è possibile e l'esperienza mostra come il giudice costituzionale, anche in presenza di una regola, possa esitare o addirittura evitare di pronunciarsi[119].

Tale atteggiamento, beninteso, non può essere elusivo[120] delle responsabilità decisionali che comunque sono presenti o conseguiranno: si è già detto, infatti, a proposito dell'analisi della *political question doctrine* statunitense, che anche la scelta di non decidere è espressione di discrezionalità, un atto di volontà cui corrisponde un potere che è esso stesso decisionale e finanche *politico.*

La *ratio* di questo tipo di decisione può essere l'espressione del giusto apprezzamento del carattere non intrinsecamente giudiziario di un caso. Si potrebbe, dunque, affermare che, in merito ad una controversia costituzionale, i conflitti politici troppo radicali la priverebbero del carattere giudiziario non consentendo alla Corte costituzionale di definirla nel merito. In questi casi sarebbe fondato – e finanche doveroso – il comportamento di quella Corte che, ritenendo il proprio intervento controproducente e minante la

[118] G. Zagrebelsky (*Giustizia costituzionale*, cit., p. 65) ha rilevato che l'esistenza di una giurisdizione costituzionale significa che i soggetti politico-costituzionali si sono accordati in generale per affidare la soluzione di tali controversie ad un'istanza indipendente attraverso l'applicazione della regola giuridica. Dunque se è possibile individuare la regola attraverso cui si possa emettere una sentenza, ne consegue che non ci si trova di fronte ad una *political question*, ma che tale questione «ha un giudice o è giustiziabile».

[119] A tal proposito si è richiamato come esempio la vecchia formulazione dell'art. 127 cost. (G. Zagrebelsky, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 63 ss.).

[120] Cfr. L. Elia, *La guerra di Spagna come "fatto ideologico": un caso di "political question"?*, in *Giur. cost.*, 1, 1968, p. 1741 ss.

sua stessa legittimità e autorevolezza nel sistema, decidesse di non pronunciarsi[121].

5. *(*segue*): divieto di sindacato sulla discrezionalità del legislatore e problemi posti dalla definizione di tale limite*

5.1. *Gli sfuggenti confini della discrezionalità del legislatore nella legge n. 87 del 1953*

L'aver affermato che, nel nostro ordinamento, nell'ambito del giudizio di costituzionalità delle leggi, ogni indagine sulle modalità di approccio della Corte costituzionale alle *political questions* impone di considerare il margine di discrezionalità riservato al legislatore, ci porta a formulare qualche riflessione sugli aspetti problematici inerenti la definizione di tale limite.

A tal proposito, non è possibile non effettuare un rilievo, forse ovvio, ma non per questo meno importante: si allude al fatto che, dal punto di vista formale, la nostra Carta fondamentale configura il sindacato di costituzionalità come un sindacato di legittimità, e non di merito, cosicché esso deve arrestarsi innanzi alle possibili valutazioni sul merito (e conseguentemente, sulle finalità) delle norme desumibili dalle disposizioni sottoposte all'esame della Corte. In tal senso andrebbe letto sia il comma 1 dell'art. 134 della Costituzione, sia una disposizione che di tale principio rappresenterebbe una specificazione, vale a dire l'art. 28 della legge n. 87 del 1953. Quest'ultima disposizione, come noto, ha sollevato un articolato – e per certi versi irrisolto – dibattito in dottrina, circa il modo in cui si debba intendere, da un punto di vista sostanziale, l'esclusione di «ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». Tale dibattito, similmente a quanto avvenuto negli Stati Uniti d'America in relazione ai tentativi di individuazione dei

[121] Sul punto cfr. G. Zagrebelsky, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 63 ss. e M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, cit., p. 167 ss.

confini della *political question doctrine*, è strettamente collegato a quello relativo al ruolo che va riconosciuto al giudice costituzionale in un ordinamento democratico e, quindi, all'ampiezza del suo margine di intervento e alle modalità con cui esso esercita l'attività di interpretazione costituzionale[122].

Già prima che la Corte costituzionale iniziasse ad operare, la formulazione dell'art. 28 è stata oggetto di critiche in dottrina, sia da parte di coloro che ritenevano quasi "scontate" le statuizioni in esso contenute, sia da parte di coloro che ne ritenevano illusorio, corrispondente ad un modello "ideale" e, quindi irrealizzabile, il contenuto, sia da parte di coloro che ne ravvisavano l'intrinseca ed ineliminabile ambiguità di fondo[123].

---

[122] In relazione all'ordinamento statunitense si rimanda alle considerazioni svolte ai capp. III, IV e V del presente lavoro.

[123] La letteratura, sul punto, è veramente ampia. Si segnalano *ex multis* i lavori di: E. Rossi, *Corte Costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 333 ss.; R. Romboli, *Sull'esistenza di scelte riservate alla discrezionalità del legislatore: la sindacabilità delle regole di tecnica legislativa e l'utilizzo delle sentenze additive di principio*, in *Percorsi costituzionali*, 2/3, 2010, p. 67 ss.; P. Costanzo, *Legislatore e Corte Costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giustizia costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in www.giurcost.org, 2006, pp. 1 ss.; L. Arcidiacono, *Discrezionalità legislativa e giurisprudenza della Corte a confronto in tre recenti decisioni*, in *Teoria dir. St.*, 2/3, 2009, p. 215 ss.; A. Ruggeri, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in www.forumcostituzionale.it, 2006, p. 1 ss.; A. Sperti, *La discrezionalità del legislatore*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006, p. 625 ss.; A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, cit., p. 1 ss.; M. Scudiero, S. Staiano (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Jovene, Napoli, 1999; A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 71 ss.; G. Zagrebelsky, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 244 ss.; ma anche Id., *Intorno alla legge*, cit., p. 303 ss.; F. Felicetti, *Discrezionalità legislativa e giudizio di costituzionalità*, in *Foro it.*, I, 1986, p. 22 ss.; M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Cedam, Padova, 1984; F. Pierandrei, *Corte Costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962, p. 296 ss.; G. Guarino, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, p. 356 ss. Di recente S. Cassese (in *Dentro la Corte*, cit., pp. 64-65) si è riferito all'art. 28 richiamando agli attributi assegnategli in dottrina, definendola norma «ingenua, superflua ed imprecisa, tutt'altro che perspicua, equivoca e contraddittoria, inopportuna ed incostituzionale, aberrante, da considerare non scritta, priva di valore pratico». Meno critici G. Zagrebelsky, V. Marcenò (*Giustizia costituzionale*, cit., p. 245) secondo i quali tale

Probabilmente, il legislatore del 1953, formulando la disposizione in parola, intendeva premunirsi nei confronti di un organo di cui non era ben chiara la fisionomia, escludendo ogni sua possibile intromissione sia nel merito della legge, sia sulle sue finalità e relative scelte strumentali.

La lettera dell'art. 28 presupporrebbe l'accoglimento della tesi secondo cui l'attività legislativa sarebbe essenzialmente libera nei fini[124], salvo il limite rappresentato dalle norme costituzionali. Muovendo da tale impostazione, tuttavia, si giunge a rilevare come sia individuabile una seconda accezione dell'espressione *discrezionalità del legislatore* essendo possibile ravvisare casi definiti di «indifferenza costituzionale»[125] o di legislazione *preater costitutionem*[126]. In tali ipotesi il limite posto al sindacato di costituzionalità sarebbe ulteriore rispetto al dato costituzionale, poiché l'esercizio della funzione legislativa non sarebbe verificabile sotto il profilo della conformità ai precetti costituzionali in virtù dell'assenza di un parametro certo di riferimento[127].

La formula contenuta nell'art. 28 della legge n. 87 del 1953, pur esprimendo l'intenzione di definire una linea di separazione fra lo spazio della politica da quello del legislatore, si è dimostrata insufficiente ad allontanare gli elementi di politicità del sindacato sulle leggi e, in parallelo, ha reso evidente l'improponibilità dell'idea che il rapporto tra le disposizioni legislative e quelle costituzionali possa essere condotto secondo canoni di natura esclusivamente giuridica[128].

---

disposizione «non dice nulla di normativamente efficace, esprimendo solo, semmai, una esigenza ed una preoccupazione».

[124] *Contra*, però, F. Modugno, *L'invalidità della legge*, Giuffrè, Milano, 1970, spec. p. 323 ss. L'autore sostiene l'integrale funzionalizzazione costituzionale all'attività legislativa.

[125] Per un'analisi più completa della casistica si rinvia alla dottrina di seguito richiamata. Qui basti rilevare che la giurisprudenza costituzionale offre numerosi esempi di rigetto di questioni di legittimità costituzionale in conseguenza dell'assenza di un congruo parametro costituzionale, cioè a causa non tanto della conformità della legge alla Costituzione, quanto appunto della indifferenza di questa (v. sent. Corte Cost. n. 189 del 1984). Cfr. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 159 con A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., p. 71 ss.

[126] A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., p. 71 ss.

[127] A. Sperti, *La discrezionalità del legislatore*, cit., p. 625 ss.

[128] Ciò pare vero in relazione a tutto il percorso della Corte e in tal senso si era già espresso svariati decenni fa la dottrina, in particolare: V. Crisafulli, *La Cor-*

La formula *de qua*, inoltre, si presenta spesso problematica con riferimento ai profili di tutela dei diritti fondamentali. Infatti, la giurisprudenza con cui Corte decide di ritrarsi per rispetto del margine di discrezionalità del legislatore (nelle forme processuali che si illustreranno *infra*), ha quale effetto quello di amplificarne il potere. La Consulta opera come vero e proprio «arbitro della linea di confine tra decidibile e indecidibile, attraverso l'individuazione di un contenuto minimo essenziale dei diritti fondamentali o, appunto, dei diritti contro la politica»[129]. Si è rilevato, inoltre, che qualora la Corte eserciti un *self-restraint* più o meno marcato in favore dell'azione del legislatore, potrebbero derivare conseguenze che operano a detrimento, sia dell'ampiezza della tutela dei diritti degli individui, sia della stessa certezza del diritto[130], potendosi verificare ipotesi di diritti costituzionali «accertati ma non tutelati»[131] ogniqualvolta al riconoscimento di un diritto avente tono costituzionale non consegua una sua tutela concreta, dipendendo essa da un intervento legislativo (che può mancare).

Come è noto, infatti, i diritti, anche quelli costituzionali, possono essere considerati come delle *formule nominali*, il cui contenuto essenziale viene determinato, sotto il profilo contenutistico, grazie all'apporto dei diversi soggetti che operano in un preciso contesto territoriale e momento storico[132].

---

te Costituzionale ha vent'anni, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, iIl Mulino, Bologna, 1984 (1ª ed. 1978), p. 69 ss.; nonché Id., *Lezioni di diritto costituzionale*. II. *L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Cedam, Padova, 1984; L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento. Sentenze indirizzo e attività legislativa*, Cedam, Padova, 1987.

[129] E. Rossi, *Corte Costituzionale e discrezionalità del legislatore*, cit., p. 335. Su queste posizioni già I. Massa Pinto, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2, 1998, p. 1309 ss.

[130] C. Fatta, *La tutela dei diritti fondamentali tra discrezionalità del legislatore e Corte costituzionale*, in *Rass. parl.*, 2, 2007, p. 395 ss., spec. p. 403. Peraltro, in dottrina sono state apposte soluzioni per consentire alla Corte costituzionale di superare l'impasse: si veda, in particolare, A. Pizzorusso, *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 1982, p. 305 ss. ma anche, più di recente, E. Rossi, *Corte Costituzionale e discrezionalità del legislatore*, cit., p. 333 ss.

[131] E. Rossi, *Corte Costituzionale e discrezionalità del legislatore*, cit., p. 335.

[132] In tal senso A. Rovagnati (*Sulla evoluzione storica dei diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2009), precisa come la formula nominale con cui si identifica

Tali diritti si compongono sia di un «nucleo irriducibile» o «nucleo fondamentale» (che, secondo costante giurisprudenza costituzionale deve essere garantito a chiunque), sia di una componente contenutistica la cui individuazione resta riservata, nella sua esatta qualificazione, alla discrezionalità del legislatore.

Solo il «nucleo irriducibile» di un diritto è ritenuto sempre sindacabile dalla Corte[133], mentre ciò che vi esula consente al legislatore margini di intervento più ampi, quindi, la tutela apprestata dalla giustizia costituzionale si restringe. Palese è, quindi, l'intrinseca criticità della riserva in favore della sfera discrezionale del legislatore riconosciuta dal Giudice delle leggi, potendo contribuire a definire (per differenza) il contenuto essenziale di un diritto, facendo corrispondere un preciso significato "contenutistico" alle formule nominali contenute nel testo costituzionale[134].

5.2. *L'approccio dinamico della Corte costituzionale alla discrezionalità politica*

In relazione allo scopo della presente indagine, vale a dire al fine di comprendere se il riferimento alla sfera della discrezionalità legislativa possa operare (e abbia operato) come tecnica di selezione dei casi per evitare di decidere *political questions*, si cercherà di illustrare come la giurisprudenza costituzionale abbia concepito il divieto di sindacato sulla *discrezionalità politica* del legislatore. Infatti, uno degli argomenti più impiegati a sostegno della tesi secondo cui il Giudice delle leggi svolge una vera e propria selezione dei

---

un diritto «non possiede una propria indipendente ed immutabile individualità, determinata dagli autori ufficiali». Si veda, altresì, L. Mezzetti, *Los derechos sociales fundamentales*, Ed. Nueva Jurìdica, Colombia, 2015, spec. p. 79 ss.

[133] *Ex multis* sent. n. 162 del 2014 («la discrezionalità spettante al legislatore ordinario nell'individuare le misure a tutela di quanti ne sono affetti incontra, inoltre, il limite del «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati [sent. n. 80 del 2010]»); ma cfr. anche sentt. nn. 354, 251 e 219 del 2008 (quest'ultima precisando che «la Carta costituzionale, infatti, «impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela che possano pregiudicare l'attuazione» del «nucleo irriducibile» dei diritti inviolabili [sentt. n. 252 del 2001, n. 509 del 2000, n. 309 del 1999 e n. 267 del 1998]).

[134] E. Rossi, *Corte Costituzionale e discrezionalità del legislatore*, cit., p. 336.

casi è quello che fa leva sulle decisioni in cui esso richiama, al fine di dichiarare l'inammissibilità di una questione, al corretto esercizio della discrezionalità del legislatore.

Ai nostri fini, cioè, ciò che conta è che la Corte stessa, al di là di tutte le problematiche interpretative e dogmatiche rilevate dalla dottrina allorché si è tentata l'esegesi dell'art. 28, ha mostrato chiaramente di riconoscere il potere discrezionale del legislatore, pur non fornendo interpretazioni significative e dirimenti sul significato e sulla portata da attribuire a tale disposizione[135].

Probabilmente, in una prospettiva di osservazione generale, la mancata definizione del significato da attribuire alle disposizioni su cui si fondano la selezione dei casi ed i limiti del proprio sindacato, in particolare per quei limiti o quelle condizioni legittimanti la proposizione della questione di legittimità costituzionale, è da ascriversi ad una precisa scelta di campo della Consulta, in quanto su di essa che si gioca il ruolo della Corte nella conformazione dinamica della forma di governo[136].

A ciò si deve aggiungere un ulteriore rilievo: il limite della discrezionalità del legislatore è per sua natura sfuggente di fronte ad ogni tentativo di definizione *a priori*, e il grado di politicità di una questione può variare a seconda delle circostanze del caso concreto e del momento storico in cui la Corte si trova ad operare. Pertanto, una questione che il Giudice delle leggi ritenga inizialmente caratterizzata da un tasso di politicità elevato, potrebbe presentarsi come politicamente meno scomoda di un diverso contesto istituzionale, sociale e politico[137].

La delimitazione dei confini della *discrezionalità del legislatore*

---

[135] Invero, nella giurisprudenza non solo non sono molti i richiami espliciti all'art. 28 della l. n. 87 del 1953, ma nemmeno si accompagnano ad una interpretazione o individuazione specifica della sua portata concettuale. Cfr. sentt. nn. 28 del 1957; 33 del 1961; 185 del 1982; 89 del 1984; ordd. nn. 27, 93 e 203 del 1990; sentt. nn. 390 del 2006; 40 del 2012; 143 del 2014, 223 del 2015. Tuttavia i richiami alla «discrezionalità del legislatore» o alla «discrezionalità legislativa» o, ancora alla «sfera discrezionale del legislatore» o alla «politica legislativa», sono fra i più frequenti nella giurisprudenza della Corte.

[136] In tal senso A. Sperti, *La discrezionalità del legislatore*, cit., p. 627. Su questi profili diffusamente anche A. Pizzorusso, R. Romboli, E. Rossi, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Giappichelli, Torino, 1997.

[137] L'analisi della giurisprudenza statunitense in materia pare evocativa a tal proposito. Cfr. *supra*, capp. IV e V.

è rimessa integralmente allo stesso giudice costituzionale risolvendosi, pertanto, in un «appello al suo senso del limite»[138], e quindi, al suo *self-restraint*.

Tale conclusione valorizza il riconoscimento del margine di elasticità che ne deriva per la Corte. Elasticità che consente all'organo di giustizia costituzionale un approccio dinamico, secondo un movimento di espansione e di contrazione, che si è visto essere particolarmente accentuato anche nell'ordinamento statunitense e che, secondo diversi margini di incisività ed ampiezza, caratterizza tutte le giurisdizioni costituzionali.

Il fatto che la Corte costituzionale non abbia inteso chiarire e determinare il significato dell'art. 28 rende, comunque, evidente l'inefficacia del tentativo del legislatore del 1953 di codificare positivamente il confine tra il potere politico riservato al legislatore e il sindacato di legittimità costituzionale delle leggi attribuito alla Consulta.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale consente di affermare che la descritta impossibilità di una previa definizione della linea di confine tra potere discrezionale del legislatore e sindacato di legittimità costituzionale si riflette in un'evidente difficoltà di razionalizzazione e di sistematizzazione delle tipologie di decisioni e degli strumenti attraverso cui la Corte si relaziona con le questioni politiche. Ed è per questa ragione, probabilmente, che la soluzione di tali complessi problemi non può che essere rimessa al caso singolo e, quindi, alle tecniche di decisione e interpretazione di volta in volta adottate per bilanciare gli interessi in gioco.

5.3. *Gli ambiti materiali in cui si può ravvisare una maggior incidenza del riconoscimento della sfera riservata alla discrezionalità politica*

5.1.3. *Osservazioni generali*

Volendo effettuare una sorta di schematizzazione, pur nella consapevolezza della limitatezza intrinseca della stessa in ragione

[138] G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 245.

della proteiforme ed articolata configurazione della sfera che, sia la Costituzione (nel porre specifiche riserve di legge), sia la legge ordinaria, riconoscono alla discrezionalità del legislatore, si sono individuati alcuni ambiti materiali in cui è più frequente riscontrare un atteggiamento di generale *self-restraint* della Consulta, che viene meno unicamente nelle ipotesi in cui riscontra una macroscopica irragionevolezza degli interventi normativi sottoposti al suo esame.

I casi in cui la Corte si ritrae rilevando che un suo possibile intervento non può spingersi sostituire quelle decisioni rientranti nella discrezionalità politica del legislatore mostrano che i giudici costituzionali riconoscono l'esistenza di un *non possumus*, evitando di sindacare nel merito le scelte ad essa riferibili, se non nel senso di avvallarle[139] o riscontrando la loro assenza insormontabile[140].

Non si tratta, beninteso, di profili che hanno confini predeterminabili a priori, mutando, al contrario, a seconda delle caratteristiche contingenti.

Si potrebbe, quindi, sostenere che in relazione a tali ipotesi può essere ravvisata una assonanza fra la *political question doctrine* statunitense e il contesto italiano nel senso che, sia la Corte Suprema, sia la Corte costituzionale, utilizzano il bagaglio di strumenti processuali ed interpretativi di cui dispongono, e che hanno elaborato negli anni, al fine di definire il rispettivo ambito competenziale, rispetto a quello riconosciuto ad altri poteri, *in primis* il legislatore[141].

5.3.2. *La regolazione dei processi: incontestato dominio del legislatore*

Fra gli ambiti in cui maggiormente si riscontra un'area di particolare deferenza per le scelte riconducibili alla discrezionalità politica del legislatore vi è la regolazione del processo, sia civile, sia penale.

In considerazione del fatto che la nostra Carta fondamentale non provvede a tratteggiare un *modello* processuale, se non ponendo alcuni principi fondamentali che fungono da architrave del siste-

---

[139] *Ex multis*: ord. n. 4 del 2011.

[140] Come nel caso della sent. n. 138 del 2010, su cui, diffusamente, *infra*.

[141] Per gli Stati Uniti, si vedano le considerazioni di cui ai capp. IV e V.

ma, numerose sono le decisioni in cui la Corte riconosce un ampio margine di discrezionalità al Parlamento nella definizione delle concrete regole di procedura[142].

Il legislatore, cioè, per costante giurisprudenza costituzionale, dispone di ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali[143], con il solo limite del rispetto dei principi fondamentali e della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute[144].

5.3.3. *La tutela penale e il diritto dell'immigrazione: fra principi costituzionali e discrezionalità del legislatore*

Parimenti, anche l'ambito relativo al diritto penale sostanziale – che, come è noto, è assistito da numerosi principi e limiti di natura costituzionale che vincolano e condizionano in modo pregnante l'attività interpretativa del giudice delle leggi – è un settore in cui è riconosciuto un rilevante margine di discrezionalità politica. Lo stesso può dirsi in relazione ad un ambito spesso ad esso collegato: il diritto dell'immigrazione.

Con riferimento al diritto penale sostanziale, la Corte ascrive alla sfera discrezionale del legislatore la determinazione sia del *quid*, sia del *quommodo*, inerenti le scelte di politica criminale[145], valutando al contempo gli effetti, anche incostituzionali, derivanti dall'applicazione di norme di legge, senza, per questo spingersi necessaria-

[142] Ad esempio, sulla scelta del regime di procedibilità dei reati, *ex multis*, sentt. nn. 220, 223 del 2015, 324 del 2013, 178 del 2003 e 91 del 2001. Ma si vedano anche, *ex multis*, ordd. nn. 270 del 2015, 88 del 2013, 26 del 2012, 290 del 2011, 343 del 2010, 101 del 2006, 280 del 1999, 23 del 1995, 468 del 1989.

[143] Con riferimento al processo civile si vedano, *ex multis*, sent. n. 121 del 2016; sent. n. 216 del 2013 e, in senso conforme, sent. n. 304 del 2011.

[144] Sul punto, *ex multis*, sentt. nn. 121 del 2016, 117 del 2012; 52 del 2010; 237 del 2007, ma anche sentt. nn. 125 e 140 del 2016; 95 del 2015.

[145] La Corte, infatti, per consolidata giurisprudenza esclude di poter «introdurre in via additiva nuovi reati» o che «l'effetto di una sua sentenza possa essere quello di ampliare o aggravare figure di reato già esistenti, trattandosi di interventi riservati in via esclusiva alla discrezionalità del legislatore», così sent. n. 161 del 2004. Ma cfr. altresì, *ex multis*¸ sentt. nn. 223 e 95 del 2015; 57 del 2013, 175 e 31 del 2012, 289 del 2011, 47, 273 e 335 del 2010, 49 del 2002, 183, 508 e 580 del 2000, 411 del 1995; ordd. 125 del 2012, 72 del 2011, 23 del 2009, 270 del 2008, 264 del 2007, 140 del 2002.

mente a dichiararne l'incostituzionalità[146]. Ne consegue un approccio di significativo *self-restraint* della Corte ad intervenire in questi settori con interventi censori.

In generale, il legislatore è libero nell'individuazione dei beni giuridici e interessi da assistere con tutela penale anche se la Corte spesso individua un limite alla sua discrezionalità nel vicolo a collegare ogni reato ad un reale e concreto pericolo per la società. A ciò si aggiunga che la Corte tende a ritrarsi ogniqualvolta le siano richiesti interventi manipolativi *in malam partem*, con il parziale limite, però, delle norme penali di favore[147].

Il sindacato della Consulta si riappropria di spazi di intervento quando si rendono necessarie valutazioni inerenti la «manifesta irragionevolezza» o «l'arbitrio»[148] o la «manifesta irrazionalità»[149] delle

---

[146] Emblematico pare il caso della decisione n. 23 del 2013 che mostra una chiara ipotesi di incostituzionalità accertata ma non dichiarata ove la norma non può essere espunta dall'ordinamento per la mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata, contenendo, al contempo un monito al legislatore ad intervenire. Significativo è il fatto che, in considerazione del protrarsi dell'inerzia, la Corte si è ulteriormente pronunciata in merito alla situazione dei c.d. "eterni giudicabili" stigmatizzando il protrarsi dell'omissione legislativa con la sent. n. 45 del 2015. Si cfr., altresì, *ex multis*, sentt. nn. 68 e 134 del 2012, 286, 183 e 84 del 2011, 294 e 250 del 2010, 161 del 2009, 225 del 2008, 394 del 2006, 145 del 2002; ordd. nn. 32 e 336 del 2011, 424 e 196 del 2008, 262 e 254 del 2005, 245, 234 e 172 del 2003.

[147] Ricostruisce l'articolata e non univoca giurisprudenza in materia la motivazione della sent. n. 5 del 2014, ma cfr. anche sent. n. 161 del 2004. Su questi profili diffusamente: A. Ruggeri, *Introduzione ai lavori*, in E. D'Orlando, L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. XI ss., P. Chirulli, *La sanzione penale, ovvero "se", "come", "quando" e "quanto" punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in E. D'Orlando, L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 39 ss.; A. Bonomi, *La discrezionalità assoluta del legislatore*, in E. D'Orlando, L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 117 ss.; G. Vassalli, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2003, p. 3 ss., ma anche: N. Recchia, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. contemp.*, 2, 2015, p. 55 ss.; nonché A. Bevere, *Ragionevolezza del trattamento sanzionatorio penale nella legislazione e nella giurisprudenza*, in A. Cerri (cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico per il sapere giuridico*, II, Aracne, Roma, 2007, p. 1 ss.

[148] Così sentt. nn. 95 del 2015, ma anche 143 del 2014 e ord. n. 455 del 2006.

[149] Così sentt. nn. 220 del 2015, 274 e 7 del 1997, nonché ordd. nn. 324 del 2013, 178 del 2003, 91 del 2001, 354 del 2009.

scelte politiche: patologie degli interventi legislativi ritenute sussistenti solo «quando le scelte operate determinino inaccettabili sperequazioni tra figure criminose omogenee»[150].

Anche il diritto dell'immigrazione, come anticipato, è un settore in cui la Consulta tende a riconoscere un rilevante margine di discrezionalità all'azione del legislatore, specialmente allorché si tratta di regolamentare l'ingresso e il soggiorno dello straniero nel territorio dello Stato[151] o di disciplinare le forme di godimento di alcuni diritti sociali[152], stante il rilievo di considerazioni di rilevante tono politico, perché attinenti all'interesse, alla sicurezza e alla salute pubblica, oltre che ad obblighi assunti a livello internazionale[153].

La libertà di scelta del potere politico deve, tuttavia, soggiacere ad un duplice ordine di limiti, vale a dire ad un vaglio sul rispetto dei principi costituzionali, poiché, per consolidata giurisprudenza «lo straniero è […] titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona»[154]; oltre che ad un sindacato sulla «manifesta irragionevolezza e mancata proporzionalità delle scelte» assunte; vaglio che può condurre ad un legittimo intervento censorio del Giudice delle leggi[155], il quale

[150] Così sentt. nn. 95 del 2015, ma anche 143 del 2014 e ord. n. 455 del 2006.

[151] Così sent. n. 277 del 2014, ma in senso conforme, *ex multis*, sentt. nn. 202 del 2013, 172 del 2012, 148 del 2008, 206 del 2006 e 62 del 1994. In materia, si vedano, *ex multis*, C. Corsi, *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero fra "automatismi legislativi" e valutazioni sociali*, in *Dir. imm. citt.*, 3, 2012, p. 51 ss., nonché C. Corsi, *Lo Stato e lo straniero*, Cedam, Padova, 2001; R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione: ingresso soggiorno e allontanamento*, Jovene, Napoli, 2012.

[152] *Ex multis*, F. Biondi Dal Monte, *I diritti sociali degli stranieri. Politiche di appartenenza e condizioni di esclusione nello stato sociale*, in E. Cavasino, G. Scala, G. Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 189 ss.; C. Corsi, *Diritti sociali e immigrazione nel contraddittorio tra Stato, Regioni e Corte Costituzionale*, in *Dir. imm. citt.*, 2, 2012, p. 43 ss.

[153] Su tutte sent. n. 202 del 2013.

[154] In tal senso sent. n. 269 del 2010. Ma, in senso conforme, *ex multis*, sent. n. 148 del 2008.

[155] In tal senso sent. n. 277 del 2014, secondo cui, inoltre, «anche l'automatismo espulsivo, riflesso della pur riconosciuta discrezionalità legislativa, è destinato ad incontrare i limiti segnati dai precetti costituzionali, per essere in armonia con l'art. 3 Cost., occorrendo dunque che esso sia conforme a criteri di intrinseca ragio-

può spingersi, così, ad impedire che possano darsi situazioni prive di tutela[156].

5.3.4. *Discrezionalità politica e diritti. Due esempi paradigmatici: la sfera di tutela dei diritti sociali e i diritti delle coppie omosessuali*

Il limite della discrezionalità politica del legislatore è pregnante anche in relazione alla sfera della tutela dei diritti.

In particolare, con riferimento ai *diritti sociali*, i contorni di tale discrezionalità sono individuati per differenza allorché la Consulta si arroga il potere di definire il nucleo irriducibile di tutela costituzionale, che non può essere ancorato a esigenze e considerazioni di ordine meramente economico-finanziario o politico. Il vaglio di costituzionalità della Corte si fa pregnante soprattutto in punto di proporzionalità e ragionevolezza delle scelte riferibili alla politica legislativa, specialmente in tempi di crisi economica ormai definibile "sistemica", e non meramente ciclica.

La Corte, infatti, per costante giurisprudenza, si riserva sempre il potere di verificare con attenzione che le scelte ascrivibili alla discrezionalità politica non siano affette «da palese arbitrarietà o irrazionalità, ovvero non comportino una lesione della parità di trattamento o del nucleo minimo della garanzia»[157].

---

nevolezza secondo l'*id quod plerumque accidit*». *In* senso conforme anche, *ex multis*, sentt. nn. 57 del 2013; 172 del 2012; 245, 231 e 164 del 2011; 265, 250, 164 e 139 del 2010; 148 del 2008; 206 del 2006 e 62 del 2004.

[156] Così sent. n. 252 del 2001, con riferimento al diritto alla salute, considerato «ambito inviolabile della dignità umana».

[157] In tal senso la sent. n. 293 del 2011 laddove si specifica che «[l]e scelte del legislatore, nell'esercizio dei suoi poteri di apprezzamento della qualità, della misura, della gradualità e dei modi di erogazione delle provvidenze da adottare, rientrano nella sfera della sua discrezionalità. Tuttavia, compete a questa Corte verificare che esse non siano affette da palese arbitrarietà o irrazionalità, ovvero non comportino una lesione della parità di trattamento o del nucleo minimo della garanzia». In senso conforme, *ex multis*, sentt. nn. 342 del 2006 e 226 del 2000. Sul punto sono significative anche le posizioni di M. Tushnet, *Weak Courts Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, 2009.

Con riferimento, invece, ai *diritti delle coppie omosessuali*, la Consulta ha mostrato di doversi confrontare con le medesime istanze che, sulla scorta di diritti invocati con sempre maggior forza dalla società civile, hanno visto la Corte Suprema americana impegnata per anni[158].

Nella sent. n. 138 del 2010[159] la Corte costituzionale ha affermato che le unioni omosessuali non troverebbero alcun fondamento costituzionale nell'art. 29 Cost., né sono da considerarsi discriminate in ragione di una violazione dell'art. 3 Cost.[160], poiché trattasi di fattispecie diversa (e, quindi, non soggetta alla medesima regolamentazione) rispetto al matrimonio civile fra persone di sesso diverso[161].

---

[158] Cfr. *supra*, cap. III, spec. par. 2.5. Va, tuttavia, ricordato che l'evoluzione giurisprudenziale statunitense non può assurgere a termine di raffronto, in punto di *legal reasonig*, con la posizione della Consulta. Infatti, negli USA il progressivo smantellamento delle limitazioni statali, e la successiva parificazione fra matrimonio contratto da coppie eterosessuali e matrimonio contratto da coppie omosessuali, si è realizzato in via pretoria senza invocare il potere discrezionale del legislatore federale, ma, al contrario, imponendo anche agli Stati che non avessero legiferato in materia di registrare (e, quindi, riconoscere) i matrimoni contratti in Stati in cui le unioni omosessuali sono consentite e regolamentate, in virtù di una applicazione particolare dell'*equal protection clause* e della *due process clause.* Cfr., di recente, il caso *Obergeffel v. Hodges* [576 U.S._(2015)] *slip opinion*, ma anche *Dennis Hollingsworth et al. v. Perry et al.* [570 U.S._(2013)] *slip opinion; United States v. Windsor* [570 U.S._(2013)] *slip opinion.*

[159] La Consulta si è dovuta pronunciare in merito alla questione di legittimità costituzionale degli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-*bis*, 156-*bis* del codice civile, «nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso». Più di recente, con la sent. n. 76 del 2016, anche il tema della adozione da parte di coppie omosessuali è comparso nell'agenda del giudice costituzionale. Tuttavia quella decisione ha statuito l'inammissibilità della questione non per discrezionalità del legislatore, quanto, piuttosto, per difetto di rilevanza, determinatasi per «l'inadeguata individuazione, da parte del giudice rimettente, del contesto normativo» in tema di «riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione».

[160] La Corte ha stabilito l'infondatezza della questione prospettatale in relazione ai parametri di cui agli artt. 29 e 3 Cost.

[161] Sul punto, tuttavia, la dottrina ha rilevato che «è di tutta evidenza però che il richiamo all'art. 3 Cost. potrebbe costituire la base costituzionale per fare emergere condizioni discriminatorie dei componenti l'unione rispetto ai coniugi, se non addirittura, degli stessi coniugi rispetto ai componenti l'unione. Si pensi, in ipotesi, alla diversa disciplina della fase patologica dei rapporti, posto che l'unione civile, a differenza del matrimonio, può sciogliersi con una semplice manifestazione

Tali unioni, comunque, vanno considerate una formazione sociale costituzionalmente rilevante ai sensi dell'art. 2 Cost.[162], anche se non possono aspirare ad un riconoscimento giuridico (per via giurisprudenziale) di equiparazione all'istituto del matrimonio. Infatti, «nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette», residuando al Giudice delle leggi «la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni»[163] potendo accadere che «in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale», trattamento che la Corte potrà garantire esercitando, caso per caso, il controllo di ragionevolezza[164].

In relazione al parametro costituzionale rappresentato dall'art. 2 della Carta fondamentale la questione è stata dichiarata non infon-

---

di volontà, anche disgiunta, resa dinnanzi all'ufficiale dello stato civile (comma 24). Il che troverebbe giustificazione nella rilevanza pubblicistica dell'istituto familiare, che impedisce la configurabilità di una sorta di scioglimento *ad nutum*, ma non esclude una possibile contestazione di "irragionevole discriminazione" da parte dei coniugi, rispetto ai componenti l'unione civile» (M. Belletti, *Le unioni di persone dello stesso sesso – in attesa di un intervento legislativo. Tra giurisprudenza costituzionale, dei giudici comuni e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ephemerides iuris canonici*, 2, 2015, p. 426 ss.; sul punto anche Id., *Matrimoni, unioni civili, convivenze di fatto, cosa cambia*?, in *Oss. costituzionale*, 2, 2016, p. 1 ss.).

[162] Secondo i giudici «per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri.

Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. È sufficiente l'esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate» (sent. n. 138 del 2010, cons. in diritto). Il legislatore nazionale è intervenuto in materia con la discussa legge 20 maggio 2016, n. 76.

[163] Come è avvenuto per le convivenze *more uxorio* (cfr. sentt. nn. 559 del 1989 e 404 del 1988).

[164] sent. n. 138 del 2010, cons. in diritto.

data, ma inammissibile, e non per espressa violazione della sfera di discrezionalità del legislatore (atteso che si era di fronte all'assenza di una normativa), quanto, piuttosto, perché si è richiesta alla Corte «una pronunzia additiva non costituzionalmente obbligata» dalla portata creativa di diritto, esorbitante i confini anche dei possibili interventi additivi del Giudice delle leggi[165].

Si può sostenere, inoltre, che, in questo caso, l'adozione di una decisione processuale[166] esprime il difficile compromesso fra posizioni "ideologiche" opposte in un ambito che divide significativamente la società civile. Ci si può chiedere, dunque, se di fronte a quella che potrebbe essere accostata ad una *political question* la Corte non abbia inteso scegliere di non decidere nel merito, secondo una dinamica che evoca le *techniques of avoidance* cui ricorre la Corte Suprema statunitense per evitare di definire casi in cui si ravvisa la competenza decisionale (*rectius*, discrezionalità) del legislatore[167].

5.3.5. *La Corte e le sfide poste dallo sviluppo tecnico scientifico*

Un ulteriore profilo particolarmente significativo attiene alla disciplina di quelle situazioni che sono il frutto dell'evoluzione della scienza e della tecnica, specialmente allorché vengono in rilievo questioni che toccano profili etici o, comunque, metagiuridici.

In tali ipotesi spesso la Corte esercita un *self-restraint* più o meno marcato al fine di rispettare la discrezionalità legislativa[168], sia perché rileva che il carattere particolarmente tecnico di alcune questioni richiede valutazioni che esulano dal dominio del giudice[169],

---

[165] Su questa tipologia di decisioni cfr., *infra*, parr. seguenti.

[166] Su tale tipologia di decisioni ampiamente, *infra*, parr. successivi.

[167] Su questi profili cfr. *supra*, capp. III e IV.

[168] *Ex multis*: sentt. nn. 84 del 2016; 151 del 2009.

[169] *Ex multis*: sent. n. 151 del 2009, ma cfr. con 162 del 2014 (su cui S. Penasa, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 16 giugno 2015, p. 1 ss. Sulla decisione n. 151, in dottrina, ad esempio: E. Malfatti, *L'accesso alla procreazione assistita, tra "integrazioni" della legge e nuove aperture giurisprudenziali*, in *Quad. cost.*, 2, 2010, p. 833 ss. L. Trucco, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in

sia perché in ambiti così controversi preferisce lasciare gli strumenti regolatori all'agone politico. Va precisato che anche in tali casi il Giudice delle leggi si riserva il potere di effettuare uno stringente giudizio di ragionevolezza e proporzionalità delle misure normative sottoposte al suo esame[170].

Una recente decisione che pare esemplificativa dell'approccio della Consulta a tali questioni è rappresentato dalla sentenza n. 84 del 2016[171]. In questo caso la Corte, sollecitata a pronunciarsi in merito al divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica[172], ha dichiarato l'inammissibilità della questione. In relazione alla prima delle censure mosse, vale a dire quella relativa all'art. 6, co. 3, ultimo capoverso, della l. n. 40 del 2004, la Consulta ne ha dichiarato l'inammissibilità per il «carattere meramente ipotetico, e non attuale, della sua rilevanza»[173]. Con riguardo, poi, alla denuncia di illegittimità costituzionale del successivo art. 13 della l. n. 40 del 2004, la Corte ha ritenuto di declinare l'invito del giudice *a quo* ad a pronunciare una decisione di merito seguendo un criterio giurisprudenziale consolidato, cioè rifiutando di intervenire con una pronuncia additiva non a rime obbligate[174].

Consulta OnLine, 2009, p. 1 ss.; S. Agosta, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in www.forumcostituzionale.it, 19 settembre 2009, p. 1 ss. Si vedano, altresì, M. d'Amico, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in www.forumcostituzionale.it, 5 novembre 2015, p. 1 ss.; A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005.

[170] Su tutte, si veda la sent. n. 151 del 2009.

[171] Ma cfr. anche sentt. n. 151 del 2009 e 96 del 2015, su cui E. Malfatti, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata, ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta OnLine*, 2, 2015, p. 1 ss.

[172] Il tribunale di Firenze ha sollevato q.l.c. degli artt. 6, comma 3, ultimo capoverso, e 13, commi 1, 2 e 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*).

[173] Qui la scelta dello strumento dell'inammissibilità è coerente con consolidata giurisprudenza della Corte. Per maggiori approfondimenti e una analisi casistica, *infra*, parr. successivi.

[174] Si è riscontrato, infatti, che «si sollecita una pronunzia additiva, tale da comportare un temperamento all'assolutezza di quel divieto, nel senso che ove rimanga, in concreto, accertato che l'embrione non sia più impiegabile a fini procreativi (e, quindi, risulti destinato a rapida "estinzione"), esso possa essere utilizzato,

Significativo, però, è il fatto che la Corte, in un *obiter dicta*, abbia comunque preso una posizione, chiarendo di non poter (*rectius* voler) definire una questione che rimanda al «conflitto, gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell'embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto». Un conflitto che divide fortemente, sia la comunità scientifica, sia la società civile, palesando tensioni e contrapposizioni che paiono comuni in molti Paesi europei e che risultano meglio componibili in sede politica[175]. Infatti «è quella, dunque, recata dalla normativa impugnata una scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte», restando ascritta unicamente alla competenza del legislatore che dovrà ponderare le diverse opzioni possibili «sulla base anche delle "evidenze scientifiche" e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale»[176].

---

previa acquisizione del consenso dei generanti, per altri scopi «costituzionalmente rilevanti», quale quello della ricerca scientifica bio-medica in funzione (anche) della tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività».

[175] La Corte prosegue precisando come «la dignità dell'embrione, quale entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza), costituisce, comunque, un valore di rilievo costituzionale «riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.» (sent. n. 229 del 2015); la tutela dell'embrione non è suscettibile di affievolimento (ove e) per il solo fatto che si tratti di embrioni affetti da malformazione genetica, e nella stessa è stata individuata la *ratio* della norma penale (art. 14, commi 1 e 6, della legge n. 40 del 2004) incriminatrice della condotta di soppressione anche di embrioni ammalati non impiantabili (sent. n. 229 del 2015); come ogni altro valore costituzionale, anche la tutela dell'embrione è stata ritenuta soggetta a bilanciamento, specie al fine della «tutela delle esigenze della procreazione» e a quella della salute della donna (sentt. n. 151 del 2009 e n. 96 del 2015)».

[176] Sent. n. 84 del 2016, cons. in diritto.

5.3.6. *La materia elettorale: quando il campo di elezione per l'intervento parlamentare si deve confrontare con i diritti fondamentali connessi al voto*

Altro settore in cui il terreno di confine fra sfera politica e campo del legittimo intervento del giudice costituzionale si fa scivoloso attiene alla *materia elettorale* e, quindi, alla tutela dei diritti di voto ad essa impliciti[177].

Tradizionalmente, questo è un settore in cui la Corte si pone in atteggiamento di forte deferenza nei confronti del legislatore, pur non rinunciando ad intervenire qualora ritenga indispensabile tutelare i diritti fondamentali che la regolazione della materia elettorale è suscettibile di vulnerare. Nel far ciò la Corte, anche in tempi molto recenti, ha prestato il fianco a critiche, sia per l'incisività dell'intervento, sia per aver, in certa misura, mostrato di non preoccuparsi dei rischi che sfumino i contorni della concretezza del giudizio in via incidentale.

Si fa riferimento alla recente sent. n. 1 del 2014 con cui il Giudice delle leggi, invece di ritirarsi pronunciando una decisione di inammissibilità[178], ha censurato le previsioni di cui alla legge n. 270 del 2005 mosso da un duplice ordine di ragioni: la prima, discendente dalla volontà di porre fine ad un vuoto perdurante e sistemico derivante dall'inerzia del Parlamento; la seconda derivante dall'esigenza di garantire adeguata tutela a diritti costituzionali[179]. La Corte, infatti, è parsa af-

---

[177] Sul punto di vedano, *ex multis*, P. Bianchi, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore nel sindacato sulle leggi elettorali: spunti per una ricerca*, in A. Pizzorusso, R. Romboli, E. Rossi, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 321 ss.; V. Masserini, *La materia elettorale*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, cit., p. 553 ss., nonché, più di recente: E. Grosso, *Riformare la materia elettorale per via giudiziaria? Un'indebita richiesta di "supplenza" alla Corte costituzionale di fronte alla ennesima disfatta della politica*, in *Rivista AIC*, 4, 2013, p. 1 ss.

[178] L'ammissibilità della questione viene considerata un «ineludibile corollario del principio che impone di assicurare la tutela del diritto inviolabile di voto» che risulterebbe pregiudicato da una normativa elettorale non conforme ai principi costituzionali.

[179] Cfr. *ex multis*, F. Sgrò, *Garanzie e preclusioni nei processi di riforma del sistema elettorale italiano*, in *Rass. parl.*, 1, 2013, p. 35 ss.; B. Caravita, *La riforma elettorale alla luce della sent. 1/2014*, in www.federalismi.it, 1, 2014, p. 1 ss.; G.

facciarsi all'agone politico al fine di sopperire all'incapacità del Parlamento di intervenire efficacemente e *secundum costitutionem.* In sostanza, la Consulta ritiene che la necessità di tutelare i principi costituzionali ed i diritti connessi all'esercizio del voto giustifichi il suo intervento anche nel campo delle leggi elettorali, al fine di non lasciare che un ambito così strettamente intrecciato con l'assetto democratico dell'ordinamento («in quanto incidente sul diritto di voto») rappresenti una «zona franca nel sistema di giustizia costituzionale» che, se esistente, determinerebbe «un *vulnus* intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato».

La decisione nel merito si fonda su di uno scrutinio di proporzionalità e ragionevolezza «al quale soggiacciono anche le norme inerenti ai sistemi elettorali» e la Consulta ha ribadito che in ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa, quale quello in esame, «siffatto scrutinio impone […] di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale»[180].

Nello specifico, il test di proporzionalità condotto dal giudice delle leggi «evidenzia, oltre al difetto di proporzionalità in senso stretto della disciplina censurata, anche l'inidoneità della stessa al

---

Guzzetta, *La sentenza della Corte Costituzionale sulla legge elettorale: molti, forse troppi, spunti di riflessione*, in *Quad. cost.*, 1, 2014, p. 126 ss., G. Scaccia, *Riflessi ordinamentali dell'annullamento della legge n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, in www.forumcostituzionale.it, 2014.

[180] La Consulta ha, poi, proseguito ricordando che «[t]ale giudizio deve svolgersi "attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti" (sent. n. 1130 del 1988). Il test di proporzionalità utilizzato da questa Corte come da molte delle giurisdizioni costituzionali europee, spesso insieme con quello di ragionevolezza, ed essenziale strumento della Corte di giustizia dell'Unione europea per il controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell'Unione e degli Stati membri, richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi» (sent. n. 1 del 2014, cons. in diritto).

raggiungimento dell'obiettivo perseguito»[181], determinandosi il rischio di «compromettere sia il funzionamento della forma di governo parlamentare delineata dalla Costituzione repubblicana, […] sia l'esercizio della funzione legislativa […]». Secondo la Consulta, pertanto, la normativa censurata «rischia di vanificare il risultato che si intende conseguire con un'adeguata stabilità della maggioranza parlamentare e del governo». In ragione dei suesposti elementi, la Corte, pur consapevole di ingerirsi in scelte che costituiscono «in larga misura, l'oggetto di scelte politiche riservate al legislatore ordinario», sente il «dovere verificare se la disciplina legislativa violi manifestamente, come nella specie, i principi di proporzionalità e ragionevolezza e, pertanto, sia lesiva degli artt. 1, secondo comma, 3, 48, secondo comma, e 67 Cost.».

6. *Tecniche di giudizio e tipologie di decisioni con cui la Corte costituzionale si rapporta alle* political questions

6.1. L'approccio della Corte costituzionale alle *political questions* impone qualche riflessione sullo strumentario di cui dispone la Consulta allorché si trova a dover decidere un caso e, stante la vastità dei profili e la molteplicità delle prospettive, è opportuno circostanziare l'ambito di indagine nei termini che si espongono.

Si è consapevoli, infatti, che il tema dei limiti del sindacato di costituzionalità, con particolare riferimento ai profili attinenti alla discrezionalità del legislatore, porta a doversi confrontare con l'ampia e articolata tipologia di tecniche decisorie e sentenze che la Corte costituzionale, nei sessant'anni di attività, ha elaborato al fine di relazionarsi con la sfera politica, specialmente allorché si è trovata a relazionarsi con un legislatore non sempre sensibile agli indirizzi da essa suggeriti.

[181] «Essa, infatti, stabilendo che l'attribuzione del premio di maggioranza è su scala regionale, produce l'effetto che la maggioranza in seno all'assemblea del Senato sia il risultato casuale di una somma di premi regionali, che può finire per rovesciare il risultato ottenuto dalle liste o coalizioni di liste su base nazionale, favorendo la formazione di maggioranze parlamentari non coincidenti nei due rami del Parlamento, pur in presenza di una distribuzione del voto nell'insieme sostanzialmente omogenea» (sent. n. 1 del 2014, cons. in diritto).

Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale si può prendere atto del fatto che il sindacato sulla discrezionalità del legislatore, da un lato, come si è visto, non si è manifestato nel senso di fornire interpretazioni significative e dirimenti sul significato e sulla portata da attribuire all'art. 28[182], dall'altro è un elemento centrale del controllo di costituzionalità delle leggi, sia per l'abbondanza dei riferimenti testuali a tale concetto, sia per l'imponente sviluppo del giudizio di ragionevolezza. Quest'ultimo, infatti, rappresenta un importante fattore attraverso cui si modula la relazione fra Corte costituzionale e discrezionalità legislativa[183].

Il divieto di ingerenza sulla discrezionalità del legislatore – nei casi in cui venga in considerazione il rispetto delle disposizioni di cui all'art. 3 della Costituzione – implica un controllo, più o meno forte, sulla ragionevolezza (o razionalità) delle scelte legislative poiché, sebbene «sia evidente che la Corte non deve sovrapporre le proprie scelte a quelle del legislatore […] è anche chiaro che non può sfuggire a controllo quel *minimum* di razionalità necessaria a dare fondamento a tali scelte, mancando la quale esse appaiono vere e proprie discriminazioni»[184]. Tuttavia, allorché rileva l'irragionevolezza della normativa sottoposta al suo esame, spesso la Corte opera una valutazione che investe il merito politico della legge[185], «valutazio-

[182] Cfr. *supra*, par. 4.2.

[183] Sul punto cfr. F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007; L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., p. 1 ss.; G. Scaccia *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001; R. Niro, *Il processo costituzionale: le tecniche di giudizio. Il controllo della ragionevolezza nelle scelte del legislatore*, in *Foro it.*, 11, 1998, p. 359 ss.; L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 899 ss.; A. Cerri, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1994, p. 1 ss. Il principio di ragionevolezza, peraltro, è criterio largamente utilizzato sia dalla giurisprudenza statunitense, sia da molte corti europee.

[184] Così: L. Elia, *Conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, V, p. 80. Trattasi di giudizio fondato sulla necessità di rapportare al parametro dell'art. 3 Cost. le concrete attuazioni che a questo dato il legislatore ordinario, portando alla luce il modo in cui concretamente il Parlamento ha fatto della propria (condizionata) libertà.

[185] Sul punto G. Scaccia (*Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., p. 330) specifica che «il giudice delle leggi non opera, quindi, come un osservatore imparziale che bilancia asetticamente beni e interessi rintracciabili in Costituzione nella loro esatta dimensione, ma come operatore politico».

ne che si accentua quando la Corte, anziché limitarsi ad un confronto tra legge ordinaria e legge costituzionale, mette in gioco anche un bilanciamento tra principi di valore espressi dalle diverse norme costituzionali»[186]. In quest'ultimo caso, l'azione della Corte deve essere particolarmente cauta, onde evitare il rischio che l'attività di bilanciamento si moduli non come canone di giudizio, ma come attività essenzialmente politica[187].

Ma l'insieme dei riferimenti alla ragionevolezza nell'esercizio del potere legislativo, e il richiamo alla discrezionalità del legislatore, assumono contorni non agevolmente definibili. Talvolta, infatti, questi indicano il limite del controllo della Corte, suggerendo l'area del non giustiziabile, mentre in altre situazioni sono invocati come elementi imprescindibili per la corretta espressione della funzione legislativa, concorrendo ad apprestare un argine all'operazione di bilanciamento[188]. Si vuole affermare, cioè, che il sindacato sulla ragionevolezza, in quanto valutazione del rispetto dei limiti che lo stesso legislatore incontra nell'esercizio dei propri poteri discrezionali ed intrecciandosi strettamente con la valutazione circa il carattere politico della questione, contribuisce a rendere intrinsecamente labili e sfumati i contorni del sindacato della Consulta. Anche il controllo sulla ragionevolezza delle scelte legislative, quindi, presenta caratteri particolarmente sfuggenti con la conseguenza che, nonostante i tentativi ricostruttivi compiuti in dottrina, deve riconoscersi

---

[186] E. Cheli, *Il ruolo "politico" della Corte Costituzionale italiana nella prospettiva comparatistica*, cit., p. 34.

[187] Attività, quindi, frutto di un «giudizio di mera preferenza» (così, L. Mazzarolli, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Cedam, Padova, 2000, p. 214). Diventa, quindi, essenziale, evitare una «politicizzazione della giurisdizione» (così, I. Massa Pinto, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 1309 ss.). Cfr. in termini non dissimili, L.M. Seidman, *The Secret Life of the Political Question Doctrine*, 37 *J. Marshall L. Rev.* 441, 2004, spec. p. 480.

[188] Cfr., ad esempio, sentt. n. 126, 223, 236 del 2015 e sent. n. 70 del 2015. In quest'ultimo caso la ragionevolezza viene definita come la «misura della discrezionalità del legislatore». Ma cfr. anche sent. n. 44 del 2016. Su questi profili, in passato, P. Bianchi, *Le tecniche del giudizio e la selezione dei casi*, cit., pp. 668-667. Cfr., altresì, L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., p. 1 ss. e in termini simili, nel contesto statunitense, H. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 *Harv. L. Rev.* 1, 1959, spec. p. 12 ss.

come esso non sia suscettibile di sistematizzazione secondo criteri sempre certi e fissi[189].

Inoltre, il tema dei limiti alla discrezionalità del legislatore è strettamente connesso al controverso problema dell'eccesso di potere legislativo, affrontato dalla Consulta ricorrendo all'elaborazione articolate tipologie di decisioni, variamente manipolative, che consentono di modulare, in ragione delle contingenze che accompagnano il caso e la questione di legittimità costituzionale, il dialogo o comunque il confronto con il legislatore[190].

Infine, si osserva che le tecniche impiegate concretamente dalla Corte testimoniano la preoccupazione di ancorare valutazioni a criteri non agevolmente manipolabili cosicché, pur in un quadro caratterizzato da una microconflittualità costituzionale continuamente crescente, ne è conseguita la difficoltà di ricondurre a sistema l'approccio giurisprudenziale al controllo sulla discrezionalità[191].

6.2. Pare potersi sostenere che i riferimenti alla discrezionalità del legislatore sembrano costituire il rifugio cui il Giudice delle leggi ricorre al fine di mascherare, o giustificare, i propri accresciuti spazi di discrezionalità. Infatti, è proprio all'inapplicabilità di un indirizzo

[189] In ogni caso la Corte ha spesso ribadito come, anche in presenza di ambiti riservati alla discrezionalità del legislatore, residui un margine di intervento giudiziale ogniqualvolta siano riscontrabili profili di «manifesta irragionevolezza della disciplina, che si ravvisa, con riferimento specifico al parametro evocato» o di «arbitrio». In tal senso, di recente, rispettivamente sentt. nn. 44 del 2016 e 95 del 2015, ma anche sent. 335 del 2004, ordd. nn. 56 del 2016, 240 e 174 del 2012; 455 del 2006.

[190] Non è possibile in questa sede dar analiticamente conto delle problematiche insite al sindacato sull'eccesso del potere legislativo e di tutte le problematiche connesse all'uso, da parte della Corte, di decisioni più o meno manipolative o, comunque, interpretative. Va rilevato, comunque, che sono tutte tipologie di decisioni funzionali a consentire l'adattamento della legislazione alla Costituzione ovvero a censurare prima con moniti, poi con declaratorie di incostituzionalità più o meno manipolative le eventuali omissioni o gli eccessi del legislatore. Sul punto, *ex multis:* A. Celotto, *Corte costituzionale ed eccesso di potere legislativo*, in *Giur. cost.*, 5, 1995, p. 3724 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 20 ss.; G. Mignemi, *Sull'inesistenza dell'eccesso di potere legislativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 1, p. 167 ss.; L. Paladin, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 6, 1956, p. 993 ss.

[191] P. Bianchi, *Le tecniche del giudizio e la selezione dei casi*, cit., pp. 668-667.

interpretativo univoco che consegue una maggior elasticità e libertà d'azione per la Corte costituzionale nello spostare il confine della propria sfera di legittimo intervento. A tal proposito, è stato osservato che «se dunque vi è il riconoscimento di minori vincoli per il legislatore, ad esso si accompagna un ruolo politico della Corte potenzialmente più forte, poiché se è vero che ogni limite da quest'ultima incontrato nell'esercizio delle proprie funzioni si traduce in un ampliamento dei poteri del primo, è vero anche l'inverso»[192].

In uno scenario segnato da confini fluidi e da argomentazioni, quali quelle basate sul criterio di ragionevolezza, che si collocano sul crinale che divide la sfera della politica e quella del diritto, «non per segnare argini ma per consentire la trasposizione dei valori in regole e l'adeguamento delle seconde ai primi»[193], pare non contestabile che la Corte abbia molteplici occasioni per decidere se affrontare o meno una questione di legittimità costituzionale.

Se non è discutibile l'esercizio di *passive virtues*, e, quindi, di forme di *self-restraint*[194], appaiono però incerte le forme attraverso cui esso trova esplicitazione: ogni operazione di bilanciamento, infatti, avvicina inesorabilmente il giudizio di costituzionalità all'atteggiarsi del fatto, traendo da esso elementi di imponderabilità.

Contribuisce a complicare il quadro d'indagine anche la circostanza che la Corte costituzionale non sembra particolarmente interessata a fornire elementi chiari che soccorrano l'interprete. Non paiono esistere criteri univoci idonei a formalizzare l'applicazione delle tecniche interpretative e decisorie utilizzate, fra cui si segnalano, per le complesse implicazioni, quelle attraverso cui la Consulta si relaziona nei confronti del legislatore e dei giudici ordinari incidendo sugli effetti delle proprie decisioni. Con il primo (il legislatore)

---

[192] *Ibidem*, p. 669. Ma sul punto si vedano anche le considerazioni di R. Bin, *L'ultima fortezza*, cit., spec. pp. 33 e 125. Nel contesto statunitense già L. Henkin, *Is there a "Political Question" Doctrine?*, 85 *Y.L.J.* 597, 1976.

[193] P. Bianchi, *Le tecniche del giudizio e la selezione dei casi*, cit., p. 669.

[194] Qui si evocano le posizioni espresse da A.M. Bickel (in *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed. Yale University Press, New Haven-London, 1986 [1st ed. 1962], è già in *The Supreme Court, 1960 Term. Foreword the Passive Virtues*, 75 *Harv. L. Rev.* 40, 1961) nonché da J.H. Choper, *The Political Question Doctrine: Suggested Criteria*, 54 *Duke L.J.* 1457, 2005. Su questi temi, per maggiori approfondimenti, si rinvia *supra*, al cap. IV.

sembra essersi impostato un rapporto dialogico imperniato su una sequenza di pronunce che si declina come inammissibilità – monito – accoglimento (eventualmente di principio)[195] con eventuale modulazione nel tempo degli effetti della decisione[196]; mentre i rapporti

[195] Sulle tipologie di decisioni cfr. *supra*, nota n. 90. In particolare, le c.d. *sentenze monito* (definite anche *sentenze decalogo* – in A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 147) sono decisioni con cui la Corte si relaziona principalmente con il Parlamento (ma anche con il Governo) al fine di rilevare alcune distonie che possono portare alla incostituzionalità della normativa impugnata. Sono decisioni che, quanto a loro efficacia nel tempo, presentano alcuni profili di criticità discussi in letteratura (cfr. A. Ruggeri, Vacatio sententiae, *"retroattività parziale" e nuovi tipi di pronunzie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 5, 1988, p. 924 ss.; ma, in generale, anche Aa.Vv., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989). In relazione ai profili oggetto del presente studio, comunque, questa tipologia di decisioni sembra essere una utile opzione al fine di salvaguardare la discrezionalità politica del legislatore poiché se è vero che gli indica i profili problematici di una determinata normativa, al contempo gli lascia il margine per intervenire ad individuare le soluzioni normative ritenute più adatte per rimuoverli. Al fine di coniugare le esigenze di tutela del processo politico e la concretezza del giudizio di costituzionalità (valorizzando le istanze propugnate nel giudizio *a quo*) la Corte ha elaborato specifiche tecniche decisorie quali le *sentenze additive di principio* su cui diffusamente *infra*.

[196] Sulla modulazione effetti temporali: cfr. Aa.Vv., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., p. 1 ss.; A. Ruggeri, *Ripensando alla natura della Corte costituzionale alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, cit., p. 349 ss.; F. Politi, *L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento nelle riflessioni della rivista «Giurisprudenza costituzionale»*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 861 ss.; C. Giunta, *L'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale tra tecniche processuali e collaborazione istituzionale*, in *Arch. giur.*, 3, 2005, p. 335 ss.; L. Mazzarolli, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, cit., spec. p. 40 ss. e 131 ss.; R. Pinardi, *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, spec. p. 80 ss.; A. Anzon, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 4, 1992, p. 3199 ss.; M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, cit., spec. p. 60 ss. Più di recente, il dibattito si è arricchito a seguito degli spunti offerti dalla sent. n. 10 del 2015, su cui, *ex multis*: P. Costanzo, *Quando il ruolo della Corte costituzionale è fine a se stesso*, in *Giur. it.*, 6, 2015, p. 1324 ss.; M. Caredda, M. Ruotolo, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. "Robin tax"*, in *Rivista AIC*, 2, 2015, p. 1 ss.; M. Ruotolo, *Ambiguità della Corte o arbitrio del giudice? Il "seguito abnorme e contraddittorio della sentenza n. 10 del 2015*, in *Giur. cost.*, 3, 2015, p. 1075 ss.;

con i giudici ordinari sembrano declinarsi attraverso una fitta rete di decisioni "non decisione" volte a perfezionare (e dilazionare) i termini della questione che possa condurre all'accoglimento[197].

Spesso le decisioni (su cui diffusamente *infra*, parr. succ.) con cui il giudice delle leggi riteneva di non dover accogliere la questione di legittimità costituzionale prospettatagli – non potendosi risolvere mediante l'adozione di soluzioni "necessitate" (o a "rime obbligate"), presupponendo un'opzione fra molteplici soluzioni alternative da ritenersi riservate alla sfera discrezionale del legislatore, trovavano la forma, sia dell'inammissibilità (semplice o manifesta), sia dell'infondatezza. In tali situazioni, tuttavia, le decisioni della Corte, definite anche di *inammissiblità con accertamento di incostituzionalità*[198], palesavano rilevanti profili critici. La Consulta, infatti, si

---

R. Pinardi, *Effetti temporali e nesso di pregiudizialità in una decisione di accoglimento "ex nunc"*, in *Giur. it.*, 6, 2015, p. 1329 ss.; Id., *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *Consulta OnLine*, 1, 2015, p. 1 ss.; C. Domenicali, *Chi decide gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità? Le soluzioni della Corte costituzionale prima e dopo la sentenza n. 10/2015*, in *Studium iuris*, 11, 2015, p. 1269 ss.; P. Veronesi, *La coerenza che non c'è: sugli effetti temporali delle pronunce di accoglimento (e la sorte dell'"equilibrio di bilancio") dopo le sentenze nn. 10 e 70 del 2015*, in *Quad. cost.*, 3, 2015, p. 692 ss.; E. Longo, A. Pin, *Dalla sentenza n. 10 alla n. 70 del 2015: quando la giustizia costituzionale diventa imprevedibile*, in *Quad. cost.*, 3, 2015, p. 697 ss.; L. Antonini, *Forzatura dei principi "versus" modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in *Quad. cost.*, 3, 2015, p. 718 ss.; T.F. Giupponi, *La Corte e il "suo" processo. Brevi riflessioni a margine della Sent. n. 10 del 2015 della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, 4, 2015, p. 187 ss.; A. Demming Anzon, *La Corte costituzionale "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunce di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 1, 2015, p. 67 ss.; E. Grosso, *Il governo degli effetti temporali della sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, in *Giur. cost.*, 1, 2015, p. 79 ss. Infine si veda anche il dossier n. 191 del dicembre 2014, predisposto dal Servizio Studi della Corte costituzionale su *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, reperibile sul sito www.cortecostituzionale.it.

[197] Su tutti, P. Bianchi, *Le tecniche del giudizio e la selezione dei casi*, cit., p. 669 ss.

[198] In questi termini G.P. Dolso, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 207 e Id., *Le decisioni di inammissibilità nella recente giurisprudenza della Corte*, in A. Barbera, T.F. Giupponi, *La prassi degli organi costituzionali*, BUP, Bologna, 2008, p. 547 ss., spec. p. 556 ss. In termini critici verso questa tipologia di decisioni anche S. Bartole, *Ancora un caso di inquietante inammissibilità*, in *Giur. cost.*, 1, 1994, p. 424 ss.; L. Pesole, *L'inam-*

trovava divisa fra moderni Scilla e Cariddi, dovendo scegliere se non censurare una norma incostituzionale, al fine di rispettare la sfera discrezionale riservata al legislatore dall'art. 28 citato, ovvero se non considerare tale margine di discrezionalità e, così, espungere dall'ordinamento una norma viziata[199].

---

missibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata, in *Giur. cost.*, 1, 1994, p. 406 ss., R. Pinardi, *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993.

[199] Secondo E. Rossi (*Corte Costituzionale e discrezionalità del legislatore*, cit., p. 337) «[l']adozione della prima linea interpretativa avrebbe anche potuto condurre ad una pronuncia di incostituzionalità dell'art. 28 […] nella parte in cui, impedendo ogni valutazione politica e ogni sindacato sull'uso discrezionale del potere legislativo […] costringe la Corte a non dichiarare incostituzionale una disposizione ritenuta tale: circostanza che è apparsa del tutto evidente in alcune pronunce, ove la motivazione argomenta in modo circostanziato la incostituzionalità della disciplina, salvo concludere nel senso dell'inammissibilità perché soluzioni diverse da quelle del legislatore e costituzionalmente ammissibili sarebbero più d'una, e la scelta tra esse deve considerarsi rimessa al legislatore (es. sent. n. 438/1993)».

Il tema delle ipotesi di *incostituzionalità accertata ma non dichiarata* è un tema particolarmente controverso nel nostro ordinamento costituzionale. La Corte costituzionale pare voler lascare alla discrezionalità politica la migliore regolazione della normativa sottoposta a scrutinio di costituzionalità, pur rilevandone l'incostituzionalità. Ciò che la Corte fa è modulare gli effetti della propria decisione non optando per una declaratoria secca di incostituzionalità (sul punto: V. Onida, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, in Aa.Vv., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 20 ss., spec. 36 ss.; più di recente, per una panoramica, A. Reposelli, *Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un "nuovo" tipo di sentenze additive?*, in *Oss. costituzionale*, 1, 2015, p. 1 ss.; E. Rossi, *Corte Costituzionale e discrezionalità del legislatore*, cit., p. 333 ss.; e P. Zicchittu, *The Italian way to the "political question"*, in *I.J.P. L.*, 1, 2015, p. 222 ss., spec. p. 246. In giurisprudenza, *ex multis*, cfr. sentt. nn. 466 del 2002; 18 del 2003; 467 del 1991; 125 e 256 del 1992). Si tratta di una tipologia di decisioni sviluppatasi soprattutto a partire dagli anni Novanta del secolo scorso per dirimere controversie dal tono politico particolarmente elevato. In questi casi la Corte tenta un esperimento di equilibrismo giudiziario al fine di evitare che una declaratoria di incostituzionalità determini una lacuna normativa considerata più grave del (temporaneo) mantenimento di previsioni non conformi a costituzione nell'ordinamento, richiedendo, al contempo, al Parlamento, di intervenire a ridisciplinare la materia (su questi profili diffusamente R. Pinardi, L'horror vacui *nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Giuffrè, Milano, 2007). Statuizioni siffatte, tuttavia, sembrano contraddire l'intima essenza del ruolo del giudice costituzionale prestando il fianco a critiche che sottolineano il rischio che esso abdichi al dovere di esercitare il controllo di costituzionalità delle leggi espungendo dall'ordinamento le previsioni non conformi all'architettura costituzionale.

Viene, qui, in rilievo il ruolo della Corte nell'ordinamento, «la sua vocazione a realizzare il "principio di legittimità costituzionale"», cosicché forme di inerzia sarebbero difficilmente giustificabili quando «una situazione di incostituzionalità si delinei con un sufficiente grado di plausibilità»[200].

Sono state elaborate, anche al fine di tentare di sopperire a tale problema alcune pronunce di tipo manipolativo, le pronunce c.d. "additive". Come è noto si tratta di una tipologia di decisioni che esula dalla dicotomia accoglimento-rigetto propria dello strumentario originario a disposizione della Consulta, configurate al fine di consentire un confronto Corte-legislatore che inevitabilmente tocca rilevanti profili di discrezionalità legislativa.

Sono decisioni che la Consulta configura allorché ritenga indefettibile intervenire in senso ricostruttivo (*rectius* normativo) poiché la mera declaratoria di incostituzionalità delle norme sottoposte al suo esame richiede, al contempo, di colmare la lacuna normativa prodottasi o sanzionare le omissioni del legislatore[201]. Tale categoria è, comprensibilmente, molto criticata in dottrina, per le ovvie implicazioni ordinamentali, stante il palese rischio di sconfinamento della Corte in ambiti di esclusivo dominio di altri poteri.

Così, non ogni intervento additivo del giudice delle leggi può es-

---

[200] Così G. P. Dolso, *Le decisioni di inammissibilità nella recente giurisprudenza della Corte*, cit., p. 563; nonché S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004, spec. p. 402 ss.

[201] Sulle omissioni del legislatore, specificatamente R. Pinardi, *L'*horror vacui *nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 1 ss., nonché V. Marcenò, *La Corte costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche decisorie*, in *Giur. cost.*, 3, 2000, p. 1985 ss.; L. Elia, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in Aa.Vv., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica, stile*, Cedam, Padova, 1988, p. 229 ss. Si veda anche, E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., ed. 2016, p. 93 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 151, secondo i quali diversi sono i casi di omissioni legislative sanzionate con l'adozione di pronunce additive di carattere auto applicativo (*ex multis*: sentt. nn. 9 del 1964; 190 del 1970, 82 del 1973; 68 del 1978; 125 del 1982; 343 del 1987; 155, 180 del 1988; 220 del 1994; 47-50 del 1995). *Contra*, nel senso di non ritenere che le pronunce additive abbiano quale oggetto una omissione legislativa: A. Puggiotto, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Giuffrè, Milano, 1994, spec. p. 582 ss.

sere considerato ammissibile, ma solo quelli che o si configurino "a rime obbligate"[202], o siano "di principio"[203].

Nel primo caso, all'espunzione dall'ordinamento di una norma, si accompagna un intervento additivo dal contenuto necessitato/obbligatorio poiché la soluzione normativa prospettata dalla Corte non sarebbe una sua "creazione" normativa, quanto il disvelarsi di qualcosa già implicito nell'ordinamento. Nel secondo caso, invece, la Consulta, pare scoprire «una sorta di uovo di colombo […] non introduce una concreta "norma" positiva», e, quindi, non si ingerisce illegittimamente nella sfera discrezionale del legislatore, ma si limita

[202] V. Crisafulli, *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 69 ss., spec. p. 84; Id., *Lezioni di diritto costituzionale*. II. *L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, cit., p. 402 ss. La dottrina si riferisce a tale tipologia di decisioni definendole anche *additive di prestazione o di garanzia* (a seconda che riguardino i diritti sociali o quelli classici), così: A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 151. E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, (2003) cit., p. 144 ss. In generale cfr. A. Anzon, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 3199 ss.; G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1996. Sul punto la Consulta ha spesso dichiarato inammissibili questioni che le fossero state prospettate al fine di «ottenere una pronuncia additiva e manipolativa non costituzionalmente obbligata in una materia rimessa alla discrezionalità del legislatore» (così sent. n. 22 del 2016, ma, in senso sostanzialmente conforme, anche, *ex multis*, sent. n. 223 del 2015; ord. n. 269 del 2015; sentt. nn. 214 e 248 del 2014; sent. n. 87 del 2013; ordd. nn. 176 e 156 del 2013; sent. n. 279 del 2013; sentt. nn. 136 e 36 del 2012; ordd. n. 255 e 252 del 2012).

[203] Su questa particolare tipologia di decisioni, che si è diffusa soprattutto a partire dagli inizi degli anni Novanta del secolo scorso. In letteratura, *ex multis*: cfr. L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre '81-luglio '85)*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, cit., p. 299 ss.; G. D'Orazio, *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 1992, p. 61 ss. G.P. Dolso, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 6, 1999, p. 4111 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, cit., spec. pp. 20 e 305; ma anche U. De Siervo, *Una ricerca sull'impatto di alcuni tipi di decisioni della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2008, p. 695 ss. In giurisprudenza si vedano, *ex multis*: sentt. nn. 230 del 1987; 266 del 1988 o 22 del 2007. Sulle pronunce additive di principio quali alternativa possibile alle declaratorie di inammissibilità: S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., spec. p. 402 ss.; C. Salazar, *"Guerra e pace" nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive di principio quali decisioni atte a rimediare alle "omissioni incostituzionali" del legislatore*, in A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 253 ss.

a «consentire al giudice *a quo*, tramite il principio da essa espresso, ad «individuare (ove possibile) per via ermeneutica la "regola" per il caso concreto a lui sottoposto»[204]. Il giudice delle leggi si dimostra, quindi, campione di equilibrismo poiché stigmatizza una norma considerata incostituzionale senza per questo invadere la discrezionalità legislativa.

Tuttavia, anche questa categoria di decisioni lascia aperti rilevanti profili problematici. Da un lato, il principio individuato dalla Corte, se troppo vago, rischia di presentare contenuti lacunosi assimilabili al vuoto normativo che la spinge ad intervenire[205] ed essere, quindi, di difficile applicabilità per il giudice *a quo*. Dall'altro, l'autoapplicatività di un principio troppo circoscritto, paradossalmente potrebbe portare, come è stato efficacemente osservato, ad una «sorta di cortocircuito»[206]. Infatti la stessa auto-applicazione del principio individuato dal giudice delle leggi può configurarsi come una

---

[204] A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 150. Possono darsi, comunque, anche «additive di principio *non autoapplicative*, cioè "monodirezionali», vale a dire decisioni che hanno quale interlocutore principale non il giudice *a quo*, ma il legislatore, «elemento questo che porterebbe, però, a ricomprenderle nella categoria delle sentenze monito», Id., p. 154. In relazione a tale tipologia di decisioni, nel 1994, il presidente della Corte P. Casavola, dichiarò che «l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale sembra spostarsi dalla legge all'esercizio (o al mancato esercizio) della funzione legislativa», cosicché «queste sentenze possono classificarsi come dichiarative o se si vuole "additive di principî", nel senso cioè che non introducono una nuova norma giuridica ma affermano un principio sulla futura produzione legislativa» (*La giustizia costituzionale nel 1993*, del 25 gennaio 1994, in www.cortecostituzionale.it).

[205] A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 154; A. Guazzarotti, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 5, 2002, pp. 3435 ss., spec. p. 3437.

[206] E. Rossi, *Corte Costituzionale e discrezionalità del legislatore*, cit., p. 339. Sui rapporti fra auto-applicabilità delle decisioni additive e giudici comuni: A. Pugiotto, *Dalla "porta stretta" alla "fuga" dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1, 2016, p. 149 ss.; G. Sorrenti, *Dalla Corte costituzionale un'esplicita battuta d'arresto all'estensione analogica in via giurisdizionale delle sentenze additive*, in *Giur. cost.*, 1, 2013, p. 483 ss.; Id., *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006; E. Lamarque, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2008, p. 699 ss.; G. Parodi, *Seguito giurisdizionale delle decisioni costituzionali interpretative additive di principio ed elementi di "diffusione" nel controllo di costituzionalità"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2008, p. 821 ss.; A. Guazzarotti, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, cit., p. 3435 ss.

violazione della discrezionalità del legislatore (vanificando, pertanto, ogni proposito di *self-restraint* della Corte), quanto meno in tutti i quei casi in cui tale principio sia specifico e nella sostanza comprima il margine di intervento discrezionale del legislatore che si trovi a disciplinare la materia (applicando quel principio) in un momento successivo alla decisione giudiziale.

Le considerazioni sinora svolte ci consentono di evidenziare come il tema oggetto della presente ricerca non possa che esser letto imprescindibilmente sullo sfondo di temi più generali. Il divieto di sindacato sulla discrezionalità legislativa che opera come limite all'azione del giudice costituzionale si riconduce, infatti, a molte delle questioni più rilevanti della giustizia costituzionale, a cominciare dal rapporto fra Costituzione e legge, al modo di concepire il ruolo stesso della Costituzione, alle teorie e tecniche di interpretazione costituzionale, al sindacato sulla ragionevolezza, al ruolo che la Corte esercita sulla forma di governo e finanche, come si è visto, alla sua legittimazione nel sistema ordinamentale.

6.3. Nonostante l'intrinseca incompletezza di qualsivoglia tentativo di razionalizzazione *a priori* delle tipologie di decisioni con cui il giudice delle leggi si rapporta alla discrezionalità del legislatore, si vuole comunque tentare una generale indicazione delle possibili pronunce con cui la Consulta si relaziona con essa, ritenendo che anche l'individuazione dei punti critici sia utile all'interprete.

Sebbene una vera e propria "dottrina" delle *political questions* non sia stata compiutamente elaborata (anche in ragione delle difficoltà di cui sopra), né negli scritti degli studiosi, né, tanto meno nella giurisprudenza costituzionale, si ritiene opportuno partire dall'osservazione di un dato desumibile dall'analisi empirica, cioè dal fatto che non sono rari i casi in cui il giudice delle leggi esercita un *self-restraint* nei confronti della libertà del processo politico e, per quel che qui concerne, nei confronti della discrezionalità del legislatore.

Nel rispetto della sfera di autonomia del processo legislativo la Corte si appiglia a qualche ragione di ordine processuale che le consenta di non addentrarsi nel merito della questione prospettatale, ovvero ricorre ad una interpretazione restrittiva del testo costituzio-

nale che valga a circoscrivere il terreno costituzionalmente pregiudicato allargando quello «libero dal diritto costituzionale»[207] e, nello svolgere tali attività, la Corte ha mostrato di ricorrere principalmente ad alcune tipologie specifiche di pronunce. Ai fini della presente indagine, cioè, paiono rilevanti non tutte le tipologie di decisioni con cui il Giudice costituzionale, nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale delle leggi in via incidentale, si relaziona con il legislatore: si considereranno, invece, solo quelle decisioni, di natura per lo più processuale, la cui configurazione evoca più fortemente suggestioni con la *political question doctrine* elaborata nel contesto dell'esperienza statunitense[208].

Questo richiamo all'ordinamento americano è utile al fine di comprendere se, e in quale misura, il divieto di sindacato sulla discrezionalità del legislatore abbia operato, o possa operare, come una sorta di criterio di selezione di casi *scomodi* o connotati da un alto tasso di politicità.

A tal proposito, il dato che occorre ricordare è che, a differenza del Supremo giudice statunitense[209], la Consulta non dispone di strumenti formali che le consentono di rifiutarsi di analizzare (e quindi rifiutarsi di decidere) i casi sottoposti al suo esame. Nell'am-

---

[207] G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 244. Si veda, altresì, A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., p. 71 ss.

[208] Critici sulla effettiva utilizzabilità di un istituto assimilabile alla *political question doctrine* nel nostro ordinamento: P. Bianchi, *Le tecniche di giudizio e la selezione dei casi*, cit., p. 642; P. Carrozza, *L'inammissibilità per discrezionalità del legislatore. Spunti per un dibattito sui rischi di una "categoria a rischio"*, in *Le Regioni*, 6, 1994, p. 1703 ss.; ma già C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di* political question, cit., spec. p. 149 ss. Va ricordato, inoltre, che questo tema è strettamente collegato, comunque, con quello dell'eccesso di potere legislativo, che, per intrinseca problematicità, tanto dibattito ha suscitato in dottrina (cfr. *supra*, nota n. 190). In entrambi i casi vengono in rilievo i limiti del controllo di costituzionalità, che non può svolgersi nei confronti di determinati atti o può esserlo, ma solo in presenza di certe condizioni.

[209] Ad esempio, l'art. 11 delle *Rules* di procedura applicate dal Giudice statunitense prevede che il *certoriari* sia concesso solo in presenza di «questioni di speciale importanza», cosicché, alla prova dei fatti, è la Corte Suprema a poterne dare di volta in volta una definizione. Sul punto, in generale, E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, Aspen Publisher, NY, 2005; per la dottrina italiana, V. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, p. 61 ss.

bito del giudizio in via incidentale non è ipotizzabile che la Corte costituzionale non risponda alla questione sollevata emanando un provvedimento paragonabile al *dismissal for want of a substantial federal question* con cui la Corte Suprema rifiuta il ricorso non ritenendo la questione sottopostale "sufficientemente" importante[210]. Nella nostra esperienza di giustizia costituzionale non è possibile ammettere che la Corte abbia il potere di non decidere in senso proprio, perché siffatta competenza impedirebbe al giudice ordinario di definire il giudizio *a quo* in assenza di una statuizione che egli stesso ritiene pregiudiziale.

Ciò non significa, tuttavia, che la Corte costituzionale italiana non disponga di alcuni strumenti che le consentono, in concreto, un certo grado di controllo sulla formazione del proprio ruolo e, quindi, di operare una forma di "selezione dei casi".

La prassi giurisprudenziale del Giudice delle leggi ha mostrato un sistema in cui il modello "ideale" (definizione di ogni controversia) si è dovuto confrontare con continue pressioni e adattamenti conseguenti alle specificità del caso di volta in volta sottoposto all'esame della Corte, cosicché si è imposto un ripensamento della «costruzione fondata sulla rigida separazione tra attività di interpretazione delle leggi, propria dei giudici ordinari, e interpretazione della costituzione, riservata al giudice delle leggi»[211].

Sono, quindi, configurabili "tecniche" di selezione dei casi che, ancorché atipiche, consentono una certa libertà al Giudice delle leggi e che si concretano sia in procedimenti più o meno formalizzati, funzionali a circoscrivere le questioni su cui esso si pronuncerà, sia nell'esito di tali procedimenti[212]. Ed uno degli argomenti impiegati a sostegno della tesi secondo cui la Corte costituzionale svolge sif-

[210] Non va, poi, dimenticato che il sistema statunitense è configurato secondo un sindacato diffuso di costituzionalità nell'ambito del quale l'azione dei giudici di Washington si esercita in funzione integrativa e suppletiva rispetto a quello svolto dai giudici federali, cosicché ogni rifiuto della Corte Suprema di decidere un caso si traduce nella conferma del giudizio reso al grado inferiore. Sul punto diffusamente *supra*, al cap. III del presente lavoro.

[211] G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 163.

[212] Diffusamente P. Bianchi, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Giappichelli, Torino, 2000 e, più di recente, Id., *Le tecniche del giudizio e la selezione dei casi*, cit., p. 641 ss.

fatta selezione è, appunto, quello che fa leva sulle decisioni in cui si richiama il corretto esercizio della discrezionalità del legislatore al fine di dichiarare l'inammissibilità della questione (anche se, come si vedrà, il quadro tipologico delle decisioni adottabili è più articolato e non si limita alla mera declaratoria di inammissibilità).

7. *(*segue*): i semi della* political question doctrine *nelle decisioni di natura processuale. Emersione del* lack of jurisdiction *nelle decisioni di inammissibilità (semplice o manifesta) o infondatezza (semplice o manifesta): ambiguità delle categorie e spunti di riflessione*

7.1. *La proteiforme natura delle decisioni processuali*

Si è anticipato al paragrafo precedente che è possibile ravvisare, pur con i dovuti *distinguishing* derivanti dalle differenze profonde fra i due ordinamenti, un parallelismo fra *political question doctrine* – intesa come peculiare *doctrine of justiciability* e, quindi, metro del giudizio di costituzionalità e tecnica di selezione dei casi – e alcune tipologie di decisioni di cui negli anni si è avvalsa la Corte costituzionale, seppur secondo linee evolutive non riconducibili ad uno schema unitario.

Si allude, in particolare, alle statuizioni, che talvolta hanno assunto la forma della sentenza e, talaltra, quella dell'ordinanza, riconducibili principalmente alla categoria delle decisioni processuali[213].

[213] Come è noto, nell'ambito delle decisioni che definiscono il giudizio si suole, tradizionalmente, distinguere fra pronunce di merito e decisioni processuali. Con la prima categoria la Corte si spinge a statuire sulla fondatezza delle questioni prospettate dal giudice *a quo* o emerse nel contesto di un giudizio in via principale, potendo pronunciarsi secondo un'articolata casistica di decisioni che va ben oltre il mero accoglimento o rigetto della questione. Con le *decisioni processuali*, invece, la Corte si limita a rilevare la presenza di elementi di ordine eminentemente procedurale che le impediscono di verificare il merito dell'eccezione di incostituzionalità, cosicché la questione concernente la fondatezza o meno della questione prospettata dal giudice *a quo*, rimarrebbe impregiudicata. In questa categoria rientrano: – le decisioni di restituzione degli atti al giudice *a quo* (configurabili unicamente nell'am-

Si tratta di decisioni che, pur non essendo *strictu sensu* afferenti al merito (cioè non disponendo sulla fondatezza della questione), tuttavia possono esplicare effetti di natura decisoria, nel senso di definire comunque il giudizio della Corte[214].

Tecnicamente, le decisioni fondate su ragioni che non consentono di sindacare il merito di una questione di legittimità costituzionale dovrebbero assumere la veste formale dell'ordinanza, mentre le decisioni *di merito* dovrebbero essere adottate con sentenza. L'uso del condizionale è d'obbligo poiché, così come rilevato dalla dottrina, nella prassi costituzionale non sono affatto rare le decisioni processuali che, di fatto, presentano un carattere "decisorio" creandosi un'instabilità dei criteri utilizzati[215] nell'opzione verso l'una o l'altra

bito del giudizio in via incidentale); – le decisioni di inammissibilità semplice o manifesta (configurabili sia nell'ambito del giudizio incidentale, sia nell'ambito di quello principale); – le decisioni di estinzione, di cessata la materia del contendere e di improcedibilità (che possono essere rese unicamente nell'ambito di un giudizio in via principale). Possiamo subito escludere che una forma di *political question doctrine* possa essere applicata nelle ipotesi in cui la corte pronunci una decisione processuale nel senso di disporre l'improponibilità, stante la carenza di una delle condizioni dell'azione. Quanto alla cessazione della materia del contendere, l'incompatibilità è evidente nella stessa espressione letterale.

[214] Le problematiche insite nella definizione della categoria delle decisioni processuali sono state più volte evidenziate dalla dottrina. Si vedano, ad esempio A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 150 ss.; M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, cit., p. 17 ss.; nonché, A.M. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte Costituzionale ed i suoi limiti*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 8 ss. Inoltre, in relazione alla distinzione fra pronunce che definiscono il giudizio e pronunce che definiscono anche la questione si veda L. Elia, *La giustizia costituzionale nel 1983*, in *Giur. cost.*, 2, 1983, p. 338 ss. Si veda altresì, più di recente: R. Romboli, *I rapporti fra giudici comuni e Corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l'esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale*, in L. Mezzetti, E. Ferrer Mac-Gregor (a cura di), *Diritto processuale costituzionale*, Cedam, Padova, 2010, p. 411 ss.; ma anche G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 399 ss. e A. Bonomi, *La natura decisoria e gli effetti preclusivi delle decisioni di inammissibilità: questione vecchia, problemi insoluti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/osservatorio, dicembre 2013, p. 1 ss.

[215] *Ex multis*, A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 128 ss. Tale dottrina ha precisato come, almeno in teoria, sarebbe logico pensare a sentenze che statuiscano l'inammissibilità di una questione e solo in un secondo momento, quando il Giudice delle leggi si trova a dover semplicemente ribadire il proprio punto di vista, di ordinanze di "manifesta inammissibilità". Tuttavia la prassi costituzionale appare confusa.

forma, che non agevola affatto l'opera dello studioso che provi a voler individuare delle linee guida che sostengano o smentiscano la lettura che della giurisprudenza costituzionale può venir offerta.

Tale ambiguità si riflette, ovviamente, anche in relazione alla ricerca che si sta conducendo.

Infatti, allorché si disquisisce di decisioni processuali, non si può non rilevare come spesso la Consulta ricorra a tale strumento anche al fine (o comunque con l'effetto) di eludere la questione di legittimità costituzionale prospettatale, «fornendo una non risposta che ha la parvenza della definitività»[216], specialmente quando siano pronunciate decisioni di inammissibilità aventi una sostanziale, se non anche formale, natura decisoria (e tale è stato definito, correttamente, un ossimoro[217]) suscettibili di esplicare finanche effetti di merito[218].

Inoltre, pare potersi affermare che, stante una prassi giurisprudenziale spesso incongruente[219], la veste formale dell'atto attraverso cui la Consulta non si ingerisce nelle questioni politiche, ai fini della presente analisi, non costituisce una indicazione decisiva nell'orientamento dell'interprete.

---

[216] L. Carlassare, *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza*, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche del giudizio della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 31 e 62. si vedano altresì, M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, cit., p. 133 ss.; G.P. Dolso, *I rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione nel prisma delle decisioni di inammissibilità*, in Aa.Vv., *Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, p. 47 ss.

[217] A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 132.

[218] Sul punto, un ex presidente della Corte, P. Casavola ha affermato che: «per la Corte vanno comprese tra le decisioni di merito anche le pronunce di inammissibilità, con le quali si degrada (o si promuove) a questione politica una censura mossa ad una legge, perché con esse si suscita, da un lato, l'azione delle forze sociali interessate e dall'altro si pone un limite all'inerzia del legislatore che non potrà più indefinitamente protrarsi» (in *La giustizia costituzionale nel 1993*, del 25 gennaio 1994, in www.cortecostituzionale.it).

[219] Come rilevato, *ex multis*, da G.P. Dolso, *Le decisioni di inammissibilità nella recente giurisprudenza della Corte*, cit., p. 556 ss.; E. Rossi, *Corte Costituzionale e discrezionalità del legislatore*, cit., p. 333 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 128; L. Carlassare, *Le questioni inammissibili e la loro riproposizione*, in *Giur. cost.*, 4, 1984, p. 733 ss.

7.2. *(*segue*): restituzione degli atti al giudice* a quo vs. *inammissibilità (semplice o manifesta) della questione*

Le considerazioni sinora svolte ci portano a rilevare come l'indagine sulla possibile individuazione di elementi "sintomatici" della presenza di forme embrionali di una *political question doctrine* anche nel nostro ordinamento, non possa non tener conto della peculiare "fluidità" della prassi costituzionale sopra descritta.

Una prima distinzione tipologica, che si ritiene utile svolgere, attiene alla differenziazione fra la restituzione degli atti al giudice *a quo* e le statuizioni di inammissibilità.

La *restituzione degli atti al giudice a quo* è una formula "creata" dalla Corte al fine di instaurare una sorta di "dialogo" con il giudice *a quo*, consentendogli di porre in essere quegli adempimenti omessi o di considerare adeguatamente gli elementi sopraggiunti in un momento successivo all'ordinanza di rimessione. La Consulta rileva: a) un vizio del procedimento, di solito dell'ordinanza di rimessione (grave ma non irreparabile perché può essere riproposta), oppure b) uno *ius superveniens*, che può incidere sia sull'oggetto (ipotesi più frequente), sia sul parametro del giudizio di costituzionalità (e che porta ad un riesame della questione in punto di rilevanza). Si specifica, inoltre, che la Corte considera *jus superveniens*, sia quello derivante da interventi del legislatore (ordinario o costituzionale), sia quello che discende dall'intervento di decisioni di accoglimento della stessa Consulta ovvero da decisioni interpretative della Corte di giustizia dell'UE[220].

Disponendo la restituzione degli atti al giudice *a quo* il giudice delle leggi statuisce in via non definitiva, tendenzialmente con ordinanza, al fine di consentire al giudice *a quo* di riproporre, se del caso, la questione di legittimità costituzionale[221].

---

[220] Cfr. *ex multis*, ord. n. 80 del 2015, ma in senso conforme anche ordd. nn. 124 del 2011, 179 del 2011, 252 del 2006 o 268 del 2005.

[221] Per approfondimenti su questa categoria decisoria, *ex multis*: A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 130 ss.; M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, cit., p. 39 ss.; nonché, specialmente per la casistica: R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale* in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 35 ss.; R. Romboli, *Il*

Disponendo l'*inammissibilità* di una questione, invece, la Corte dovrebbe accertare un vizio insanabile[222] (fra cui si è incluso il di-

giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 37, ss.; spec. p. 95 ss.; R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 31 ss., spec. p. 101 ss.; R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 31 ss.; spec. p. 98 ss.; R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 31 ss.; spec. p. 105 ss.

[222] Quali: a) l'assenza delle condizioni previste dalla normativa ai fini della legittima instaurazione del giudizio; b) il difetto di rilevanza di essa nel giudizio *a quo* (*ex multis*, di recente, sent. n. 102 del 2016; ord. n. 114 del 2016); c) l'esistenza di una precedente decisione di inammissibilità vertente sulla medesima questione (*ex multis*, ord. n. 63 del 2009); d) il fatto che la questione sia stata sollevata dal giudice *a quo* in modo generico, ipotetico, contraddittorio o in forma alternativa (*ex multis*¸ sent. 84 del 2016; ordd. nn. 18 del 2016, 52 del 2015; 246 del 2005); e) l'incompetenza o la mancata legittimazione del giudice *a quo* (*ex multis*, ordd. n. 388 del 2006, 83 del 2005); f) l'uso distorto, da parte del giudice *a quo*, dello strumento dell'incidente di costituzionalità (*ex multis*¸ ordd. nn. 57 del 2014, ma in senso conforme anche 196 del 2013, 304, 185 del 2012, 139 del 2011); g) l'omessa motivazione in punto di rilevanza e/o non manifesta infondatezza della questione (*ex multis*, sent. 98 del 2014); h) il fatto che la motivazione dell'ordinanza di rimessione sia fatta *per relationem* ad altro provvedimento della stessa o di altra autorità giudiziaria (*ex multis*, sent. n. 7 del 2014, ma anche sentt. nn. 234 del 2011 e 143 del 2010, nonché ordd. n. 175 del 2013, 239 e 65 del 2012); i) l'aver fondato la questione su «un erroneo presupposto interpretativo» (*ex multis*, ordinanza n. 198 del 2007, ma *contra*, nel senso di statuire l'infondatezza in luogo dell'inammissibilità cfr. *ex multis* sent. n. 141 del 2016, ord. n. 240 del 2014, sent. n. 301 del 2003); l) la non corretta individuazione delle disposizioni normative o del parametro costituzionale (*ex multis* sent. n. 130 del 2016); m) il mancato assolvimento, da parte del giudice *a quo*, dell'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione (*ex multis*, sent. n. 178 del 2009); n) il fatto che il giudice *a quo* abbia già sollevato la medesima questione nell'ambito del medesimo procedimento (e «l'effetto preclusivo alla riproposizione di questioni nel corso dello stesso giudizio deve ritenersi operante soltanto allorché risultino identici tutti e tre gli elementi che compongono la questione", ovvero sia le "norme impugnate, [i] profili d'incostituzionalità dedotti, [le] argomentazioni svolte a sostegno della ritenuta incostituzionalità», così sent. n. 225 del 1994 – principio, poi, ribadito anche dalla sent. n. 113 del 2011); o) la circostanza che si richieda alla corte «un improprio avallo a una determinata interpretazione della norma censurata (rimessa al giudice di merito)» (*ex multis*: ord. n. 92 del 2015; sent. n. 242 del 2008); p) il fatto che la questione prospettata coinvolga scelte discrezionali spettanti esclusivamente al legislatore (*ex multis*, di recente, ordd. nn. 19, 25, 34, 53, 56 del 2016, sentt. nn. 22, 32, 94 del 2016). Sulla variegata tipologia delle decisioni di inammissibilità: G.P. DOLSO, *Le decisioni di inammissibilità nella recente giurisprudenza della Corte*, cit., p. 547

vieto di ingerirsi a sindacare scelte riservate alla sfera discrezionale del legislatore)[223]. L'inammissibilità, spesso, è considerata *manifesta* dal Giudice delle leggi, anche se non sono chiaramente delineabili le ragioni che lo inducono ad optare per tale formula in luogo dell'inammissibilità semplice. Quel che è certo sono le differenze procedurali e sostanziali, poiché la manifesta inammissibilità viene statuita con ordinanza (invece che con sentenza) e si presenta come estremamente scarna sotto il profilo motivazionale[224].

Effetto generale delle decisioni di inammissibilità dovrebbe essere quello di decidere in via definitiva, con tendenziale preclusione della riproposizione della questione di legittimità costituzionale nell'ambito del medesimo procedimento. Tuttavia, la Corte costituzionale, non avendo seguito la distinzione fra *inammissibilità* e *restituzione degli atti al giudice a quo* sopra richiamata, in via di prassi, ha configurato le decisioni di inammissibilità distinguendo quelle aventi sostanziale natura decisoria da quelle non aventi tale carattere, a seconda del carattere preclusivo o meno[225].

Nella prassi costituzionale, quindi, si riscontrano frequenti incongruenze e "promiscuità", poiché decisioni di *restituzione degli atti* e di *inammissibilità* (semplice o manifesta), soprattutto a partire dagli anni Ottanta, sono state utilizzate secondo dinamiche non

---

ss.; A. Bonomi, *La natura decisoria e gli effetti preclusivi delle decisioni di inammissibilità: questione vecchia, problemi insoluti*, cit., p. 1 ss.; M. Quattrocchi, *Corte e Parlamento, attraverso le decisioni di inammissibilità*, in A. Ruggeri. G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, cit., p. 179 ss.; M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, cit., p. 53 ss.

[223] Il rispetto della discrezionalità del legislatore costituisce, quindi, un limite alle possibilità di intervento della Corte, la quale, di fronte ad una questione che presenta, una pluralità di possibili soluzioni costituzionalmente compatibili, dichiara tale questione inammissibile. Cfr. *supra*, par. 5. Ne è un recente esempio, la decisione n. 138 del 2010, con cui la Corte ha affrontato il tema del matrimonio fra persone dello stesso sesso, su cui diffusamente, *supra*, par. 5.3.4.

[224] Su questo profilo già R. Romboli *La mancanza o l'insufficienza della motivazione come criterio di selezione dei giudizi* in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 334 ss., spec. p. 337.

[225] Sul punto già R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, 2002, cit., p. 95. Più di recente cfr. A. Bonomi, *La natura decisoria e gli effetti preclusivi delle decisioni di inammissibilità: questione vecchia, problemi insoluti*, cit., p. 1 ss.

in linea con quello che dovrebbe essere il "modello ideale". Si è registrato un massiccio ricorso al numero delle pronunce (sia ordinanze, sia sentenze) di inammissibilità in sostituzione delle "ordinanze di restituzione", cosicché se ne è estesa la portata, con la conseguenza non trascurabile di sfumare, se non addirittura annullare, talvolta, la distinzione fra le due categorie (e finanche giungendo a restituire gli atti con sentenza)[226].

Tale situazione, anche per le ragioni che di seguito si esporranno, consentirebbe di sostenere che l'applicazione del limite di *political question* abbia margini un po' più ampi rispetto a quelli ipotizzabili considerando unicamente le decisioni di inammissibilità (semplice o manifesta).

Infatti, se si considera che la *political question doctrine* nel suo contesto di emersione fu elaborata in un sistema di chiara e netta separazione dei poteri al fine di evitare che i giudici si potessero pronunciare su questioni attratte alla sfera competenziale di altri organi – e pur nella consapevolezza delle differenze strutturali fra esperienza statunitense e nazionale in punto di concezione di principio di separazione dei poteri – si potrebbe formulare un giudizio ancora più estensivo sull'uso che la Corte costituzionale fa dell'autolimitazione, includendovi, oltre alle decisioni di inammissibilità, anche tutte quelle pronunce che, a prescindere dalla formulazione, possano essere ricondotte al filone delle decisioni che «comunque rinviano ad un altro organo dello stato», quindi anche il giudice *a quo*. Tale ipotesi pare trovare un ulteriore avvallo nell'indubbio accrescimento del potere di interpretazione conforme a costituzione esercitato dai giudici ordinari, risultato ultimo dell'incremento delle decisioni processuali[227]. Peraltro è il terreno dell'interpretazione conforme,

---

[226] Così, con sent. 190 del 1984. Cfr. A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 132 ss. e M. Luciani, *Le decisioni processuali*, cit., p. 46 ss.

[227] F. Modugno, *Al fondo della teoria dell'"interpretazione conforme alla costituzione"*, in *Dir. e soc.*¸ 3, 2015, p. 461 ss.; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006, nonché Id., *Dalla Corte costituzionale un'esplicita battuta d'arresto all'estensione analogica in via giurisdizionale delle sentenze additive*, cit., p. 483 ss.; ma già C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di* political question, cit., p. 149 ss.; M. Quattrocchi, *Corte e Parlamento, attraverso le decisioni di inammissibilità*, cit., p. 179 ss.

specie laddove sia stata "suggerita" ai giudici ordinari da precedenti decisioni a poter palesare forme di sottili manipolazioni specialmente laddove non sia possibile intervenire con decisioni manipolative o additive in ragione della sfera riservata alla discrezionalità del legislatore. Possono darsi, infatti, manipolazioni "occulte" che, «portandosi oltre la crosta del dato testuale», incidono «la sostanza normativa racchiusa nel dato stesso, operandone una più o meno incisiva trasformazione. La politica è in tal modo posta, di tutta evidenza, sotto stress, pur risultando allo stesso tempo (e per paradossale che possa per più aspetti sembrare) rilegittimata o valorizzata, ma col costo, appunto, del rifacimento dei suoi prodotti *iussu iudicis*»[228].

7.3. *(*segue*): decisioni di inammissibilità (semplice o manifesta)* vs. *infondatezza (semplice o manifesta)*

Una seconda distinzione tipologica che si ritiene imprescindibile svolgere attiene alla differenziazione fra le statuizioni di inammissibilità (e finanche di manifesta inammissibilità) con quelle di infondatezza (semplice o manifesta).

Entrambe le tipologie di decisioni sono state utilizzate dalla Consulta al fine di non ingerirsi, e quindi rispettare, la discrezionalità del legislatore[229].

Spesso la formula dell'inammissibilità è utilizzata dalla Corte per riscontrare l'esistenza di un impedimento all'esame del merito e

---

[228] A. Ruggeri, *La Corte costituzionale davanti alla Politica*, cit., pp. 44-45.

[229] Per la giurisprudenza recente cfr. ordd. nn. 19, 25, 56 del 2016 (inammissibilità); ord. n. 34, 53 del 2016 (manifesta inammissibilità); sentt. 22, 32, 94 del 2016 (inammissibilità) con sent. nn. 44 del 2016; 220, 193, 95 del 2015 (infondatezza); sent. n. 324 del 2013 (manifesta infondatezza). Per un'ampia analisi casistica si vedano, in relazione al passato: A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 130 ss.; nonché: R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, 2002, cit., p. 35 ss.; Id., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, 2005, cit., p. 37 ss.; spec. p. 95 ss.; Id., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, 2008, cit., p. 31 ss., spec. p. 101 ss.; Id., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, 2011, cit., p. 31 ss.; spec. p. 98 ss.; Id., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, 2014, cit., p. 31 ss.; spec. p. 105 ss.; M. Scudiero, S. Staiano (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Jovene, Napoli, 1999.

ciò induce a sostenere che essa abbia in prevalenza ritenuto che la presenza di una sfera riservata alla discrezionalità del legislatore implichi una sorta di incompetenza nei confronti di scelte che possono compiersi solo attraverso una valutazione di tipo politico, quantomeno finche tali valutazioni non siano palesemente irragionevoli o arbitrarie[230].

La declaratoria di inammissibilità viene anche adottata quando non si è in presenza di un'omissione legislativa, ma una normativa è presente (e potrebbe presentare anche profili di incostituzionalità)[231]. Tuttavia il giudice *a quo* non formula l'ordinanza di rimessione indicando chiaramente una soluzione giuridica unica, richiedendosi, quindi, al Giudice delle leggi di effettuare una ricostruzione dell'ordinamento giuridico che esula da una soluzione "a rime obbligate"[232], con apprezzamenti discrezionali che spettano al legislatore e che farebbero assumere alla Corte una funzione normativa che non le è propria[233].

Dal punto di vista quantitativo, poi, soprattutto fino agli inizi degli anni Novanta, si è registrato un costante aumento dell'uso dell'inammissibilità quale strumento con cui la Corte ha concluso ipotesi sempre nuove e talora collocate in modo diverso in epoche precedenti[234], salvo, poi, riscontrare un andamento ondulatorio ove

---

[230] *Ex multis*, di recente, sent. n. 44 del 2016; ordd. nn. 56 e 53 del 2016.

[231] Cfr. *supra*, par. 5, spec. note nn. 196-197 in relazione alle ipotesi di incostituzionalità accertata ma non dichiarata.

[232] Cfr. *supra*, par. 5, spec. nota n. 202.

[233] Cfr. sent. n. 22 del 2016; ord. nn. 269 e 270 del 2015; n. 119 del 2009. Per una ricostruzione casistica, oltre agli autori indicati *supra*, alla nota 206, si vedano anche G.P. Dolso, *Le decisioni di inammissibilità nella recente giurisprudenza della Corte*, cit., p. 547 ss., ma anche Id., *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 206 ss.; F. Felicetti, *Discrezionalità legislativa e giudizio di costituzionalità*, cit., p. 22 ss.

[234] Alle pronunce in cui il limite della discrezionalità del legislatore viene essenzialmente in considerazione con riferimento al carattere politico della eccezione di incostituzionalità si sono aggiunti i numerosi casi in cui la stessa discrezionalità del legislatore è stata invocata con riferimento ai limiti che la Corte incontra nella ricostruzione della normativa, una volta dichiarata l'incostituzionalità. Infatti la Corte, sul punto, ha notoriamente affermato che i propri interventi ricostruttivi non possano che consistere in una soluzione costituzionalmente imposta "a rime obbligate", e non fondarsi su una propria libera valutazione la quale rischierebbe di comprimere la libertà di valutazione e di scelta del legislatore (in tal senso, di recente sent. n. 94 del 2016). Il limite che la Corte incontra nell'adozione delle

ad una flessione cui si è accompagnata una nuova crescita a metà degli anni 2000 è seguita un'ulteriore fase di riduzione negli ultimi anni (anche in ragione della diminuzione del carico complessivo dei lavori della Corte)[235].

Accanto alle decisioni di inammissibilità in cui la Corte si ritrae di fronte alle questioni politiche, numerose sono anche le pronunce di infondatezza, e finanche di manifesta infondatezza, dai contenuti pressoché analoghi. In molte di tali pronunce il discrimine con le decisioni processuali diviene particolarmente labile, con la conseguenza che risulta difficile individuare con chiarezza i presupposti per il ricorso all'una o all'altra tipologia.

Oltre alle pronunce con cui la Corte si limita a rigettare la questione disponendo l'infondatezza, vi sono, infatti, pronunce che, nella sostanza, investono il merito, con cui la Consulta, dopo aver constatato la conformità costituzionale della normativa sottoposta al suo esame, osserva che la materia è tuttavia insindacabile in quanto rientra nella sfera di scelte discrezionali del legislatore[236].

Inoltre, lo scenario è complicato dal fatto che, la Corte, quando riconosce che la disciplina della materia è da intendersi riservata alle scelte politiche del legislatore, ma aggiunge che la scelta da questi operata deve ritenersi ragionevole e non arbitraria, così compiendo, di fatto, una valutazione attinente al merito, preferisce pronunciarsi con una decisione che dichiara l'infondatezza (semplice o manifesta)[237] della questione, anche se non mancano, ipotesi in cui motivazioni simili si rinvengono in decisioni di inammissibilità (semplice o manifesta)[238].

---

pronunce additive è, pertanto, spesso ricondotto al ricorso al divieto di sindacato in esame sebbene debba riconoscersi che esso non sia propriamente attinente ai vizi delle leggi e ai limiti che la Corte incontra nel loro apprezzamento. Cfr. L. Elia, *La guerra di spagna*, cit., p. 1741 ss.; A. Sperti, *La discrezionalità del legislatore*, cit., p. 631; A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., p. 71 ss.

[235] Cfr. le analisi statistiche che annualmente la Corte costituzionale pubblica sul proprio sito: http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_268.do.

[236] Cfr. *supra*, nota. n. 223.

[237] *Ex multis*: sentt. nn. 236, 220 e 95 del 2015.

[238] Es. ordd. nn. 53, 56 del 2016 (manifesta inammissibilità). Alla questione descritta si somma la scarsa chiarezza, nell'ambito delle pronunce processuali, fra inammissibilità semplice e manifesta (cfr. *supra*). Ed infine il quadro è ulterior-

7.4. *(*segue*): elementi di differenziazione formale e sostanziale*

In relazione ai profili della nostra indagine, un tentativo di rinvenire una più chiara linea distintiva fra decisioni di inammissibilità (semplice o manifesta) e decisioni di infondatezza (semplice o manifesta) si può condurre muovendo, sia da una prospettiva di tipo cronologico, sia da una prospettiva che tenga conto della struttura della (pur scarna) motivazione che accompagna queste tipologie di atti.

Con riferimento al primo profilo va ricordato come la prima decisione con cui il Giudice delle leggi avrebbe fatto applicazione delle proprie *passive virtues*, esercitando il *judicial restraint* da *political question*[239], sia stata una pronuncia con cui si è dichiarata l'infondatezza della questione prospettata. La Corte, con la sent. n. 111 del 1968[240] ha negato di poter esercitare il proprio sindacato trattandosi di questione politica riservata alle valutazioni del legislatore[241] evo-

---

mente complicato anche dalla presenza di pronunce dai contorni particolarmente problematici: uno dei primi esempi è la decisione n. 137 del 1981 – in cui la Corte dichiara l'inammissibilità della questione lasciando, però, intendere, che la norma presenta profili di incostituzionalità che non possono essere censurati perché ciò determinerebbe un'invasione nella sfera di competenza riservata al legislatore. Sulle ipotesi di *incostituzionalità accertata ma non dichiarata* cfr. *supra*, note nn. 196-197.

[239] Così, L. Elia. *La guerra di spagna*, cit., p. 1747 ss.

[240] Tale decisione aveva ad oggetto alcune disposizioni adottate prima dell'entrata in vigore della Costituzione le quali disponevano la revoca della concessione di decorazioni al valore militare a favore di appartenenti alla disciolta milizia volontaria di sicurezza nazionale per gli atti compiuti nella guerra di Spagna.

[241] La Corte sembra rispondere sostenendo che il legislatore poteva fare quel che fece, dunque esiste una differenza strutturale rispetto al comportamento della Corte Suprema quando decide di declinare la propria giurisdizione: essa non legittima l'esistente, ma rinvia la questione ad altra *agency of government*. La Corte costituzionale italiana, invece, sostiene che la valutazione data dal legislatore nell'esercizio del potere discrezionale allo stesso consentito entro i limiti segnati dell'ordinamento dell'epoca sfugge al suo sindacato. Resterebbe, quindi, inibito alla Corte di prendere in considerazione «le argomentazioni di carattere politico di cui non è immune l'ordinanza di rimessione». Sia consentito di rilevare, comunque, come proprio quella prima sentenza paia veramente assimilabile a quelle *non justiciable* per *political question*, inoltre essa è stata emessa in materia di uguaglianza, terreno sul quale ancor più frequentemente la Corte ha valutato con estrema prudenza l'ipotesi di una sua pronuncia. Essa infatti tende ad evitare le dichiarazioni giudiziarie che comporterebbero espansioni o reazioni a catena difficilmente controllabili, specialmente in materia economica.

cando, così, suggestioni ed analogie con la *political question doctrine* statunitense, sebbene esista una differenza strutturale nelle modalità di impiego della dottrina in quell'ordinamento: poiché la Corte non si è limitata a declinare la propria giurisdizione a favore di altro potere dello Stato, ma, nel riconoscere l'esistenza di una sfera discrezionale riservata al legislatore, ne ha avvallato l'operato, legittimando l'esistente. Questa pronuncia ha, quindi, fornito importanti spunti agli studiosi nazionali per una riflessione su alcuni disposti che riflettono la preoccupazione della Corte di non invadere la sfera propria del potere legislativo[242].

Tuttavia, non va trascurato che si trattava non di una pronuncia dalla natura processuale, ma di una decisione di merito, peraltro connotata da una motivazione così scarna da risolversi, sostanzialmente, nella mera asserzione della sussistenza di un potere discrezionale del legislatore.

Ad essa, poi, hanno fatto seguito molte pronunce di inammissibilità che talvolta si sono segnalate per i profili problematici[243], e in dottrina si sono espresse perplessità in ordine al ricorso di poteri «sostanzialmente arbitrari» da parte del giudice costituzionale, specialmente in quelle ipotesi in cui il Giudice delle leggi lascia comunque desumere l'incostituzionalità della norma sottoposta al suo esame.

Il fatto che la Corte, negli anni successivi, si sia spesso pronunciata nel senso dell'inammissibilità ogniqualvolta le veniva richiesto una sorta di intervento nella sfera riservata alla discrezionalità legi-

---

[242] Cfr. *supra*, par. n. 5. Non dobbiamo poi dimenticare che all'interno di questo tipo di decisioni si sono sviluppante anche quelle sentenze di rigetto che si presentano come giustificate ed anzi strettamente incentrate su una particolare interpretazione dei principi e delle disposizioni costituzionali a restringere il campo di disponibilità del potere legislativo.

[243] Cfr. sent. n. 137 del 1981, ma anche sent. n. 102 del 1977. A partire dalla sent. n. 102 del 1977, la Consulta, specialmente di fronte a questioni prospettatele nel senso di richiederle una pronuncia di tipo additivo o, comunque un'intrusione nello spazio riservato alla discrezionalità del legislatore, ha fatto ricorso alla formula dell'inammissibilità, articolando le motivazioni secondo formule che ricordano da vicino quelle della Corte americana allorché ritiene di trovarsi di fronte a *nonjusticiable political questions.* Successivamente la Corte ha alternato questa formula con quella dell'infondatezza cfr. decc. nn. 68 del 1980 o 104 del 1982, ma anche, per la giurisprudenza recente quella indicata, *supra*, alla nota n. 202. Circa la complessità di tracciare linee distintive fra le categorie anche E. Rossi, *Corte Costituzionale e discrezionalità del legislatore*, cit., p. 333 ss.

slativa ha fatto considerare alla dottrina che il divieto di sindacato su di essa tendesse a configurarsi come un vero e proprio presupposto per la proposizione della questione di legittimità costituzionale[244], anche se continuarono, e continuano, ad essere pronunciate decisioni di infondatezza con presupposti (e motivazioni) analoghi[245].

Si registra, così, una rilevante difficoltà ad individuare criteri discretivi fra i casi di ricorso alle decisioni processuali ed i casi di ricorso a quelle di merito, cosicché l'uso "promiscuo" di entrambe le categorie non agevola l'interprete.

Se pare che tra le decisioni d'inammissibilità (o manifesta inammissibilità) e pronunce di infondatezza (e manifesta infondatezza)[246] apparentemente non esista alcun legame formale (pronunce dalla natura processuale le prime, decisioni che definiscono la questione nel merito le seconde), tuttavia l'accostamento fra le due categorie troverebbe la propria *ratio* giustificatrice in ragioni di ordine sostanziale più che formale, ricomprendendo anche il dato oggettivo, il merito della pronuncia[247].

L'incertezza sull'uso delle due categorie si era già acuito negli anni Ottanta, anche in ragione delle esigenze di smaltimento dell'arretrato, che fecero ricorrere massicciamente la Corte a questi strumenti decisionali e al riferimento al limite della discrezionalità del legislatore, dando il via a quella che è stata definita essere una vera e propria svolta nella giurisprudenza costituzionale e nella ricostruzione delle categorie processuali, con intuitivi effetti nella stessa conformazione del modello di giustizia costituzionale[248] avendo la Corte, in sostanza, affinato gli strumenti processuali di cui disponeva al fine di acquisire un certo grado di controllo sulla formazione

---

[244] In tal senso già M. Luciani, *Le decisioni processuali*, cit., p. 116.

[245] In relazione alla giurisprudenza più recente, sono esemplificative le decisioni citate *supra*, alla nota n. 230.

[246] Sull'uso della manifesta infondatezza R. Romboli, *Passato e avvenire della manifesta infondatezza*, in *Giur. cost.*, 1, 1983, p. 1120 ss.; ma anche L. Carlassare, *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale* in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della corte costituzionale*, cit., p. 27 ss.

[247] Sul punto già C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di* political question, cit., p. 159 ss.

[248] In tal senso si veda diffusamente R. Romboli, *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991.

del proprio ruolo e, come si è detto, di scegliere di non decidere alcune questioni[249].

L'incertezza, come si è visto, permane ancor oggi anche se, a partire dagli anni Novanta, si è riscontrato un certo incremento delle decisioni con cui la Corte dichiara l'infondatezza, sia in quanto le viene sottoposta una questione rimessa alla discrezionalità del legislatore[250], sia in quanto il Parlamento avrebbe operato in modo ragionevole e non arbitrario[251]. Ciò è stato accolto con tendenziale favore dalla dottrina che ha rilevato come si sia reso meno problematico l'uso delle pronunce di inammissibilità con riferimento al limite della discrezionalità del legislatore. Senza contare, inoltre, che la pronuncia di infondatezza non preclude al giudice di riproporre la questione di legittimità costituzionale con riferimento a parametri differenti, mentre una decisione di inammissibilità che statuisse che la disposizione impugnata rientra nella sfera di discrezionalità del legislatore avrebbe degli effetti preclusivi sostanziali[252].

7.5. *(*segue*): inammissibilità* vs. *infondatezza. Il profilo motivazionale*

Passando ora a tratteggiare come decisioni di inammissibilità e di infondatezza si relazionino sotto il profilo motivazionale, si rileva in primo luogo che entrambe le tipologie di decisioni sono caratterizzate da motivazioni spesso succinte.

L'accostamento fra decisioni di inammissibilità e di infondatezza in relazione al rifiuto di sindacare *political questions* trova un appiglio forte nel fatto che in entrambe le tipologie di atti ricorre con frequenza il richiamo al limite rappresentato dalla discrezionalità del legislatore e alla necessità di non invadere il campo riservato alle

---

[249] Per la prima volta, probabilmente, in questi termini si è espressa L. Carlassare, *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, cit., pp. 27 e 31; in senso conforme A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 133.

[250] *Ex multis*, di recente, sentt. nn. 193, 220, 236 del 2015.

[251] *Ex multis*, di recente, sentt. nn. 95 del 2015, 60 del 2014.

[252] In tal senso A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., pp. 85-86.

scelte di quest'ultimo, tant'è che si è sostenuto che sarebbe rinvenibile in un unico filone ideale il vertice dei concetti di inammissibilità e infondatezza anzi «quando l'inammissibilità è assoluta» essa equivarrebbe ad «infondatezza»[253].

Tuttavia, si ritiene che fra le due categorie permangano alcune differenze significative e non trascurabili. Sebbene in entrambi i casi sembri che la Consulta opini per un *non possumus*, e nonostante l'ambiguità con cui talvolta la Corte ricorre all'uno o all'altro strumento – ambiguità peraltro riconducibile all'esigenza che la Corte sente di avere a disposizione di un più ricco e variegato strumentario dal quale scegliere a seconda della sua discrezionalità il mezzo più conveniente in quel momento e per quella situazione[254] – le tipologie di decisioni in commento paiono potersi differenziare più in ragione di un vaglio di natura tecnica, che non in virtù di considerazioni di tipo sostanziale (e "politico").

La Corte, in relazione ai profili oggetto del nostro studio, pare a ricorrere alle pronunce di inammissibilità ogniqualvolta intende affermare l'assolutezza della propria incompetenza a decidere, non potendo assumere quella funzione normativa, discrezionale, il cui esercizio sarebbe invece necessario per colmare la lacuna derivante dall'eventuale accoglimento della questione di legittimità. Le decisioni di inammissibilità, quindi, sarebbero pronunciate in ragione della natura ricostruttiva dell'intervento richiesto[255] oppure in quanto un'eventuale decisione di accoglimento implicherebbe l'adozione di una pronuncia additiva o la scelta fra una pluralità di soluzioni, nessuna delle quali si presenterebbe "a rime obbligate"[256].

Le declaratorie di infondatezza, invece, paiono essere adottate preferibilmente alla luce di una valutazione sostanzialmente positiva (all'esito di un giudizio di "*non irragionevolezza* o *arbitrio*") in ordine alla conformità costituzionale della normativa dedotta in giudizio, il che non esime la Corte, anche in questi casi, dal poter rile-

[253] A. Cerri, *Inammissibilità «assoluta» e infondatezza*, cit., p. 1291.

[254] Ciò, del resto, già avviene nel caso la Corte debba decidere se ricorrere ad una pronuncia aventi profili di "creatività" più o meno marcati (cfr., *supra*, sulla discrezionalità nella scelta fra sentenze additive e interpretative).

[255] Es. sentt. 187, 260, 277 e 399 del 2005 o ord. 16 del 2006.

[256] Di recente, *ex multis*, sentt. nn. 223, 231 del 2015; n. 214 del 2014; n. 279 del 2013, nn. 36, 134 del 2012; sent. n. 224 del 2011, ord. n. 119 del 2009.

vare, se ne rinviene i termini, i margini riservati alla discrezionalità del legislatore che possono aver contribuito a farle scegliere un determinato strumento decisionale. Sotto questo profilo, si potrebbe, forse, escludere l'infondatezza dalla nostra indagine volta a rinvenire forme embrionali di una *political question doctrine* nel nostro ordinamento. Infatti la Corte Suprema quando ritiene una questione *non-justiciable* per *political question*, non legittima nel contempo il provvedimento sottoposto al suo giudizio ed inoltre la sua indicazione che la questione spetti *to another agency of government* risulta spesso solo in modo implicito[257].

7.6. *(*segue*): accertamento della discrezionalità del legislatore. Ambiguità (e fungibilità) delle categorie*

Dalle argomentazioni sopra svolte si possono trarre le seguenti (parziali) conclusioni.

Multiformi sono i tentacoli della discrezionalità legislativa o della sfera riservata alla "politica legislativa"[258].

Multiformi (e spesso non chiare) sono le modalità di riconoscimento della stessa e l'elasticità di giudizio che la Corte si ritaglia.

Nonostante nell'ultimo decennio sia riscontrabile una flessione che vede l'incremento delle decisioni di infondatezza (semplice o manifesta) in punto di riconoscimento della discrezionalità legislativa, specie in collegamento con argomentazioni che fanno leva sulla non irragionevolezza o arbitrarietà della disciplina sottoposta a scrutinio di costituzionalità, tuttavia, pare di assoluta evidenza come permangano tutt'oggi frequenti casi in cui il giudice delle leggi ritiene di ritirarsi di fronte alla discrezionalità del legislatore adottando decisioni di inammissibilità (semplice o manifesta), specialmente allorché il giudice delle leggi viene sollecitato a interventi di tipo additivo[259].

---

[257] In tale senso già L. Elia, *La guerra di Spagna*, cit., p. 1749.

[258] Quest'ultima spesso richiamata nelle motivazioni della Corte singolarmente o in aggiunta a riferimenti alla discrezionalità del legislatore. Cfr., da ultimo, sent. n. 53 del 2016, ord. n. 101 del 2015, sent. n. 220 del 2015; sent. n. 60 del 2014 e sent. n. 324 del 2013.

[259] *Ex multis*, di recente: sent. 223 del 2015, secondo cui «l'inammissibilità della questione deriv[a] dalla mancanza di un unico rimedio, costituzionalmente

La prassi giurisprudenziale, pertanto, palesa come rimanga irrisolto il quesito circa la tipologia di controllo scelto dal Giudice delle leggi in relazione alla discrezionalità legislativa di cui al richiamato art. n. 28 della legge n. 87 del 53[260], poiché inammissibilità e infondatezza continuano ad essere strumenti decisori cui la Corte ricorre senza rendere sempre chiara se vi sia una preferenza verso l'esercizio di un controllo di tipo processuale (e quindi preliminare) o di merito. Nel primo caso dovrebbe risultare esclusa ogni forma di indagine che investa il merito della questione (e, quindi, ad esempio, considerazioni circa la ragionevolezza o meno della normativa oggetto di impugnazione). Nel secondo caso, invece, la Corte decide di non decidere al termine di valutazioni che sono necessariamente di merito e che la portano a concludere di non poter intervenire (nemmeno qualora accerti nella sostanza la non conformità costituzionale delle norme sottoposte al suo esame) per rispetto della sfera discrezionale riservata al legislatore[261].

Pare, comunque, potersi sostenere che tale apparente "confusione", in realtà non sia che uno dei molteplici modi con cui il Giudice delle leggi si ritaglia margini di intervento elastici che gli consentono di relazionarsi variamente con il potere legislativo e di modulare i propri interventi anche a seconda degli ambiti materiali concreti. Tale flessibilità della Corte, allorché si relaziona con la discreziona-

---

obbligato, al vizio rilevato, in un settore, quello delle scelte di politica criminale, caratterizzato oltretutto da una discrezionalità del legislatore particolarmente ampia riguardo al bilanciamento dei diversi interessi contrapposti». In senso conforme, *ex multis*, sentt. nn. 214 del 2014, 279 del 2013, 134 e 36 del 2012, 256 del 2010. Si vedano, altresì, le ordd. nn. 269 del 2015, 156 del 2013, 255 e 252 del 2012, 243 e 182 del 2009.

[260] E. Rossi, *Corte Costituzionale e discrezionalità del legislatore*, cit., p. 346.

[261] *Ibidem*, p. 346. Infatti, vi possono essere casi nei quali è la stessa formulazione della questione di costituzionalità a palesare la richiesta di un intervento che esorbita dalla possibilità di intervento del Giudice delle leggi e corretta risulta, perciò, l'adozione di una declaratoria di inammissibilità poiché, a prescindere dalla fondatezza o meno della censura mossa alla normativa impugnata, essa non può divenire oggetto di un esame nel merito. Vi sono casi, tuttavia, in cui per poter stabilire se la Consulta ha il potere di intervenire a definire una certa questione è necessario esperire previamente un'analisi del merito della stessa. Analisi che può portare ad escludere sia la possibilità di dichiarare l'incostituzionalità della norma (ad esempio in ragione di una possibile violazione di altre norme costituzionali inerenti principi o diritti), sia la possibilità di intervenire con un legittimo intervento additivo.

lità del legislatore e, in generale con le questioni aventi un *tono* politico rilevante, pare particolarmente utile ogniqualvolta vengono in rilievo situazioni che impattano significativamente sull'articolazione della forma di governo o su situazioni percepite come particolarmente delicate, sia dal tessuto politico, sia da quello sociale[262].

8. *Qualche riflessione conclusiva*

Traendo alcune conclusioni da quanto esposto *supra*, si osserva che l'analisi generale della prassi giurisprudenziale, per quanto qui svolta solamente per sommi capi, mostrerebbe come si possa rinvenire una forma embrionale di *political question doctrine*, anche nella nostra esperienza di giustizia costituzionale.

La suggestione di un'analogia tra la *doctrine* statunitense e il divieto di sindacato sulla discrezionalità del legislatore – inteso quale criterio di selezione di casi "scomodi" o dall'alto tasso di politicità –, è senz'altro forte, dal momento che, in entrambi gli ordinamenti, si tratta di strumenti che ineriscono ai limiti del controllo di costituzionalità[263].

Inoltre, punti di affinità fra i due limiti in analisi risiedono anche nel fatto che entrambi si possono ricondurre alla volontà delle Corti di disporre di uno strumento flessibile di cui servirsi per calibrare al meglio gli interventi ritenuti necessari per assicurare il rispetto e l'attuazione della Costituzione[264]. In entrambe le esperienze, infine,

[262] Ne sono un classico esempio la materia penale, ma anche le procedure (civile e penale), così come alcuni ambiti materiali in cui sono invocati diritti (l'esempio della sent. n. 138 del 2010 pare emblematico, così come gli ambiti in cui vengono in rilievo tematiche di ordine tecnico-scientifico con implicazioni etiche) In generale, per gli ambiti in cui si palesano maggiormente considerazioni sulla discrezionalità del legislatore vedasi, *supra*, par. 5.3.

[263] Con riferimento all'esperienza americana anche la *political question doctrine* è stata invocata non solo nei casi in cui la materia sia rimessa al potere politico, ma anche in casi in cui la questione di costituzionalità, ove accolta, implicherebbe la scelta tra più soluzioni possibili o, ancora, nei casi in cui manchi un parametro costituzionale di riferimento.

[264] A. Sperti, *Corti Supreme e conflitti fra poteri…*, cit., spec. cap. II. Sull'affinità tra limite delle *political questions* e discrezionalità del legislatore si veda inoltre C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1976, p. 1461.

il ricorso ai limiti in esame ha suscitato critiche, anche forti, in dottrina, e ha conosciuto alterne fortune in considerazione del variare delle contingenze politiche o di specifiche ragioni di opportunità.

Tuttavia, è vero anche che sussistono differenze importanti che non è possibile non considerare in sede di comparazione fra i due sistemi.

Si tratta di differenze che risiedono non solo nel fatto che la Corte Suprema è anche il vertice del potere giudiziario federale, ma anche nel fatto che la *political question doctrine* è «*primarily a function of the separation of powers*»[265]. Nell'ordinamento statunitense, infatti, è espresso in maniera estremamente chiara il collegamento tra il principio di separazione dei poteri e l'incompetenza della stessa Corte a risolvere nella sede giudiziaria le c.d. *political questions*. La giurisprudenza di quel paese rende evidente come la decisione in merito all'attribuzione (costituzionale) di una certa materia ad un altro potere, ovvero il sindacato sull'uso abnorme ed eccessivo di quel potere, sia un esercizio delicato di interpretazione costituzionale su cui è impegnata la responsabilità (e l'autorevolezza) della stessa Corte Suprema. Nonostante l'attività interpretativa della Corte Suprema sia stata supportata attraverso l'elencazione di figure sintomatiche di matrice pretoria, e desunte di volta in volta dai precedenti, l'analisi giurisprudenziale condotta mostra chiaramente come non solo l'indagine non sia semplice, né mostri una giurisprudenza sempre lineare, ma anche che la Corte, aldilà delle proclamazioni di principio, non sia affatto disposta (e non ritenga di doverlo essere) a farsi subito da parte alla prima avvisaglia di *political question*[266].

Analoghe considerazioni non sono, però, immediatamente trasponibili nel nostro ordinamento: *in primis* poiché l'argomento della divisione di poteri non sembra utilizzabile con la stessa forza persuasiva che sul suolo americano, ove il controllo di costituzionalità è una creazione giudiziaria e ove il sistema costituzionale si è visto essere costruito *ab origine* sulla distinzione abbastanza netta dei poteri.

---

[265] *Baker v. Carr* [369 U.S. 186, 210 (1962)].

[266] Si rimanda, sul punto, ai capp. IV e V del presente lavoro.

Nei sistemi quale quello italiano, in cui il controllo di costituzionalità non è affidato al potere giudiziario, bensì ad un giudice specializzato, si rivela infatti meno intuitivo considerare il coinvolgimento dell'organo di giustizia costituzionale in questioni che involgano profili politici come un'ingerenza del potere giudiziario[267]. Parrebbe, così preferibile approcciarsi alla tematica considerando le specificità del particolare disegno costituzionale e della configurazione del controllo di costituzionalità. Nel nostro ordinamento il classico principio di separazione dei poteri non solo non è espresso in termini così rigidi come in quello americano, ma è anche stato a più riprese contraddetto, sia a vantaggio del principio collaborativo, sia per la non perfetta corrispondenza tra poteri e funzioni[268]. Pertanto, in Italia, la determinazione dei limiti e la pregnanza del controllo della Corte, più che desumibile dal principio di separazione dei poteri, è da ritenersi compito della Costituzione o di altre fonti legittimate e, se si condivide questa ricostruzione, lo stesso art. n. 28 della legge 87 del 1953, troverebbe una sua ragion d'essere come disposizione immediatamente integrativa della fonte costituzionale.

Alla luce di tali considerazioni, se pare difficile configurare nel nostro ordinamento una *political question doctrine* limitandosi a trasporre quanto affermatosi in relazione all'ordinamento statunitense, pur tuttavia, come già anticipato, ciò non significa negare che semi di una *political question doctrine* (per quanto talvolta confusi) siano presenti anche nella nostra esperienza di giustizia costituzionale. L'osservazione generale della prassi giurisprudenziale confermerebbe quanto sostenuto.

Pare sia evidente la difficoltà esegetica emersa in sede di analisi

---

[267] Su questi profili: P. Costanzo, *Legislatore e Corte Costituzionale…*, cit., p. 1 ss.

[268] *Ibidem*, p. 1 ss. Sul punto l'autore continua precisando che «[c]iò non significa, sia chiaro, che la disarticolazione del potere (orizzontale e verticale) con tutti i benefici che ne derivano non costituisca un principio di struttura dell'ordinamento costituzionale italiano, ma che in fondo non esistono funzioni ontologicamente proprie dei vari poteri ed organi, che finiscono per trovare tutti nella Costituzione rigida il titolo delle loro attribuzioni. Più banalmente, se si vuole, alla stregua del puro principio di separazione (e lo sanno bene i francesi), lo stesso sindacato di costituzionalità delle leggi potrebbe rappresentare un *vulnus* gravissimo per le prerogative del legislatore», p. 4.

delle pronunce di inammissibilità che presentano profili per certi versi assimilabili a quelli desunti dalla dottrina statunitense in tema di esercizio del potere di autolimitazione della Corte Suprema. Tali pronunce non sembrano riconducibili all'interno di uno schema rigorosamente definibile di esercizio della *political question doctrine* in ragione della fluidità dei criteri discretivi utilizzati dalla Corte costituzionale. Tuttavia siffatte decisioni consentono di constatare l'esistenza incontrovertibile di un tentativo del giudice costituzionale di individuare i limiti strutturali del controllo di costituzionalità delle leggi.

Inoltre, la "promiscuità" e ambiguità delle modalità di ricorso alle decisioni di inammissibilità o di infondatezza, allorché la Corte si trova a voler rifiutare la decisione di un caso per rispetto della discrezionalità legislativa, portano a ipotizzare che il giudice costituzionale palesa l'esigenza di poter disporre anche di una tipologia di decisione "intermedia" tra la sentenza di infondatezza e quella di accoglimento[269].

Assumerebbe, così, senso, leggere alcune pronunce di inammissibilità o di infondatezza, come un *genus* unitario (quantomeno con riferimento al rispetto della sfera discrezionale del legislatore) con cui la Consulta paleserebbe la propria necessità di autolimitazione o la propria esigenza di godere di un margine di discrezionalità nella scelta fra decisione o autolimitazione.

Una sorta di valvola di sfogo che le consente il margine di elasticità decisoria ritenuto necessario in un dato contesto.

Quindi, si ritiene non infondato sostenere che l'indagine condotta debba in un certo senso trascendere l'analisi tecnica della singola sentenza, per «correre i rischio di arrivare un po' più vicino al cuore del sistema ordinamentale»[270], poiché è sul progressivo am-

---

[269] Ipotesi già abbozzata da M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, cit., p. 209 e sviluppata da A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 125 ss., spec. p. 126.; ma anche da E. Rossi, *Corte Costituzionale e discrezionalità del legislatore*, cit., p. 333 ss., il quale rileva «la necessità di rinvenire un *tertium genus* all'interno della classica distinzione fra pronunce processuali e di merito».

[270] Così C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di* political question, cit., p. 162.

pliamento degli strumenti che la Corte si è venuta creando, e sull'uso largamente discrezionale che n'è stato fatto, che occorre fissare l'attenzione. Certo, non è possibile rinvenire o ricostruire un criterio unificante che fornisca una chiave di lettura ultimativa e utile ad individuare con chiarezza i limiti che la Corte, esercitando il proprio potere discrezionale, identifica in sede di sindacato sulla legittimità costituzionale. Tuttavia, come si è cercato di evidenziare nei paragrafi che precedono, ciò non significa che non sia possibile individuare alcuni punti fermi e uno di questi pare risieda nel rispetto di un'area riservata al dominio del legislatore, determinata, nei suoi confini, in concreto, secondo criteri elastici calibrati caso per caso. Analogamente, si risolve in una individuazione concreta anche il processo di adeguamento della legislazione ai principi della Costituzione. La Corte sembra confermarsi come soggetto principe nel bilanciamento dei diversi valori in gioco, stabilendo, nella singola pronuncia – e, beninteso, in relazione alla situazione contingente entro la quale ella si trova ad operare – quale di essi debba prevalere.

Si ritiene, pertanto, di poter sostenere che anche con le decisioni con cui la Consulta si astiene dal pronunciare una decisione di merito, ma opta per l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, essa intende comunque fornire una precisa linea d'azione che pone il Parlamento al centro del disegno costituzionale ed unica sede nella quale possono avere luogo quelle mediazioni o quei compromessi essenza dello svolgersi delle relazioni fra maggioranza e minoranza ed importante espressione del principio democratico.

In considerazione delle riflessioni svolte sinora si può, quindi, concludere che nel nostro ordinamento la *political question doctrine* statunitense andrebbe declinata come una peculiare (e del tutto atipica) modalità di selezione dei casi da integrarsi, però, con tutti gli altri strumenti di cui dispone la Corte per relazionarsi con la sfera politica e per svolgere le articolate competenze e funzioni che le sono assegnate[271].

Inoltre, l'esame dell'esperienza più recente, sia negli Stati Uniti, sia nel nostro ordinamento, consente di rilevare come sia in atto il tentativo delle Corti di ricorrere a tecniche decisorie e di selezio-

[271] Cfr. *supra*, par. 3.

ne dei casi (*doctrines of justiciability*) il più possibile "dominabili" e poco problematiche. Così, nell'ordinamento statunitense, all'applicazione diretta della *political question doctrine*, pare preferirsi il ricorso allo *standing*, dottrina giuridicamente più argomentabile (ancorché non priva di ambiguità)[272], mentre in Italia il riferimento alla discrezionalità del legislatore si rinviene sempre più spesso anche in pronunce di infondatezza (che pur timide nella motivazione son pur sempre decisioni pienamente di merito).

Acquista, così, centralità il ben più vasto strumentario decisionale di cui dispongono le Corti e l'elaborazione e l'affinamento delle tecniche di interpretazione costituzionale. In particolare, con riferimento all'ordinamento nazionale – ove, come noto, non sono state elaborate astratte teorie dell'interpretazione costituzionale quali quelle statunitensi – è il Giudice delle leggi – che, come detto, opera in un sistema ordinamentale, in cui la Costituzione non dispone in merito al problema dei limiti strutturali del sindacato di costituzionalità – a configurare l'attività ermeneutica come un importante (se non unico) strumento attraverso il quale questi limiti sono, caso per caso, ritrovati e resi operanti, avendo sempre presente la necessità di trovare il punto di compromesso fra il rispetto della discrezionalità del legislatore (collegato alla stessa legittimazione della giustizia costituzionale) e la salvaguardia dei principi e diritti fondamentali, che dall'esercizio di tale discrezionalità potrebbero risultare vulnerati.

[272] Cfr. *supra*, cap. III.

INDICE DELLE DECISIONI
DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA

Sent. n. 28 del 1957

Sent. n. 33 del 1961

Sent. n. 164 del 1963

Sent. n. 9 del 1964
Sent. n. 65 del 1964

Sent. n. 11 del 1968

Sent. n. 190 del 1970

Sent. n. 82 del 1973

Sent. n. 102 del 1977

Sent. n. 68 del 1978
Ord. n. 84 del 1978

Sent. n. 68 del 1980

Sent. n. 137 del 1981

Sent. n. 104 del 1982

Sent. n. 125 del 1982
Sent. n. 185 del 1982
Sent. n. 256 del 1982

Sent. n. 89 del 1983
Sent. n. 100 del 1983
Sent. n. 208 del 1983

Sent. n. 89 del 1984
Sent. n. 189 del 1984
Sent. n. 190 del 1984
Sent. n. 139 del 1984

Sent. n. 230 del 1987
Sent. n. 343 del 1987

Sent. n. 266 del 1988
Sent. n. 150 del 1988
Sent. n. 155 del 1988
Sent. n. 180 del 1988
Sent. n. 404 del 1988

Ord. n. 468 del 1989
Sent. n. 559 del 1989

Ord. n. 27 del 1990
Ord. n. 93 del 1990
Ord. n. 203 del 1990

Sent. n. 467 del 1991

Sent. n. 125 del 1992
Sent. n. 256 del 1992

Sent. n. 438 del 1993

Sent. n. 62 del 1994
Sent. n. 220 del 1994
Sent. n. 225 del 1994

Ord. n. 23 del 1995
Sent. n. 47 del 1995
Sent. n. 50 del 1995
Sent. n. 336 del 1995
Sent. n. 411 del 1995

Sent. n. 7 del 1996
Ord. n. 227 del 1996
Ord. n. 365 del 1996
Ord. n. 423 del 1996

Sent. n. 7 del 1997
Sent. n. 274 del 1997

Ord. n. 34 del 1998
Ord. n. 165 del 1998
Sent. n. 267 del 1998
Sent. n. 383 del 1998
Ord. n. 459 del 1998

Ord. n. 237 del 1999
Ord. n. 280 del 1999
Sent. n. 309 del 1999

Sent. n. 183 del 2000
Sent. n. 226 del 2000
Sent. n. 508 del 2000
Sent. n. 509 del 2000
Sent. n. 580 del 2000

Ord. n. 34 del 2001
Ord. n. 91 del 2001
Sent. n. 252 del 2001

Sent. n. 40 del 2002
Sent. n. 49 del 2002
Ord. n. 140 del 2002
Sent. n. 145 del 2002
Sent. n. 466 del 2002

Sent. n. 18 del 2003
Ord. n. 172 del 2003
Ord. n. 175 del 2003
Ord. n. 178 del 2003
Ord. n. 234 del 2003
Ord. n. 245 del 2003
Sent. n. 301 del 2003

Sent. n. 175 del 2004
Sent. n. 62 del 2004
Sent. n. 335 del 2004
Sent. n. 382 del 2004

Ord. n. 83 del 2005
Sent. n. 187 del 2005
Ord. n. 254 del 2005
Sent. n. 260 del 2005
Ord. n. 262 del 2005
Sent. n. 277 del 2005
Sent. n. 399 del 2005
Ord. n. 401 del 2005
Ord. n. 404 del 2005
Ord. n. 472 del 2005

Ord. n. 273 del 2005
Sent. n. 470 del 2005

Ord. n. 6 del 2006
Ord. n. 9 del 2006
Ord. n. 16 del 2006
Sent. n. 61 del 2006
Ord. n. 101 del 2006
Sent. n. 200 del 2006
Sent. n. 206 del 2006
Sent. n. 223 del 2006
Ord. n. 252 del 2006
Ord. n. 268 del 2006
Sent. n. 342 del 2006
Ord. n. 437 del 2006
Ord. n. 388 del 2006
Sent. n. 390 del 2006
Sent. n. 394 del 2006
Ord. n. 455 del 2006

Sent. n. 22 del 2007
Ord. n. 164 del 2007
Sent. n. 195 del 2007
Ord. n. 198 del 2007
Sent. n. 235 del 2007
Sent. n. 237 del 2007
Ord. n. 264 del 2007
Sent. n. 301 del 2007
Ord. n. 347 del 2007
Ord. n. 407 del 2007

Sent. n. 148 del 2008
Ord. n. 196 del 2008
Sent. n. 219 del 2008
Sent. n. 225 del 2008
Sent. n. 240 del 2008
Sent. n. 242 del 2008
Sent. n. 251 del 2008
Ord. n. 270 del 2008
Sent. n. 354 del 2008
Ord. n. 424 del 2008

Ord. n. 23 del 2009
Ord. n. 63 del 2009
Sent. n. 106 del 2009
Ord. n. 119 del 2009
Sent. n. 151 del 2009
Sent. n. 161 del 2009
Sent. n. 178 del 2009
Ord. n. 243 del 2009
Ord. n. 182 del 2009
Ord. n. 354 del 2009
Ord. n. 354 del 2009

Sent. n. 47 del 2010
Sent. n. 52 del 2010
Sent. n. 139 del 2010
Sent. n. 143 del 2010
Sent. n. 164 del 2010
Sent. n. 250 del 2010
Sent. n. 256 del 2010
Sent. n. 265 del 2010
Sent. n. 269 del 2010
Sent. n. 273 del 2010
Sent. n. 294 del 2010
Sent. n. 335 del 2010
Ord. n. 343 del 2010

Ord. n. 32 del 2011
Ord. n. 36 del 2011
Ord. n. 72 del 2011
Sent. n. 84 del 2011
Sent. n. 113 del 2011
Ord. n. 124 del 2011
Ord. n. 139 del 2011
Sent. n. 164 del 2011
Ord. n. 179 del 2011
Sent. n. 183 del 2011

Sent. n. 224 del 2011
Sent. n. 231 del 2011
Sent. n. 234 del 2011
Sent. n. 245 del 2011
Sent. n. 286 del 2011
Sent. n. 289 del 2011
Ord. n. 290 del 2011
Sent. n. 293 del 2011
Sent. n. 304 del 2011

Ord. n. 6 del 2012
Ord. n. 7 del 2012
Sent. n. 13 del 2012
Ord. n. 26 del 2012
Sent. n. 31 del 2012
Sent. n. 36 del 2012
Ord. n. 65 del 2012
Sent. n. 68 del 2012
Ord. n. 76 del 2012
Sent. n. 117 del 2012
Ord. n. 125 del 2012
Sent. n. 134 del 2012
Sent. n. 136 del 2012
Sent. n. 172 del 2012
Ord. n. 174 del 2012
Sent. n. 175 del 2012
Ord. n. 185 del 2012
Ord. n. 239 del 2012
Ord. n. 240 del 2012
Ord. n. 255 del 2012
Ord. n. 252 del 2012

Sent. n. 1 del 2013
Sent. n. 23 del 2013
Sent. n. 57 del 2013
Sent. n. 87 del 2013
Ord. n. 88 del 2013
Ord. n. 196 del 2013
Ord. n. 175 del 2013
Ord. n. 176 del 2013
Ord. n. 156 del 2013
Sent. n. 202 del 2013
Sent. n. 216 del 2013
Sent. n. 279 del 2013
Sent. n. 310 del 2013
Sent. n. 324 del 2013

Sent. n. 1 del 2014
Sent. n. 7 del 2014
Sent. n. 60 del 2014
Sent. n. 98 del 2014
Sent. n. 143 del 2014
Sent. n. 162 del 2014
Sent. n. 214 del 2014
Sent. n. 227 del 2014
Ord. n. 240 del 2014
Sent. n. 248 del 2014
Sent. n. 277 del 2014

Sent. n. 10 del 2015
Sent. n. 44 del 2015
Sent. n. 45 del 2015
Ord. n. 52 del 2015
Sent. n. 70 del 2015
Ord. n. 80 del 2015
Ord. n. 92 del 2015
Sent. n. 95 del 2015
Sent. n. 125 del 2015
Sent. n. 126 del 2015
Sent. n. 178 del 2015
Sent. n. 193 del 2015
Sent. n. 220 del 2015
Sent. n. 223 del 2015
Sent. n. 231 del 2015
Sent. n. 236 del 2015
Ord. n. 269 del 2015
Ord. n. 270 del 2015

Ord. n. 18 del 2016
Ord. n. 19 del 2016
Sent. n. 22 del 2016
Sent. n. 25 del 2016
Sent. n. 32 del 2016
Ord. n. 34 del 2016
Sent. n. 44 del 2016
Ord. n. 53 del 2016
Ord. n. 56 del 2016
Sent. n. 76 del 2016
Sent. n. 84 del 2016
Sent. n. 94 del 2016
Sent. n. 102 del 2016
Ord. n. 114 del 2016
Sent. n. 121 del 2016
Sent. n. 125 del 2016
Sent. n. 130 del 2016
Sent. n. 140 del 2016
Sent. n. 141 del 2016

INDICE DELLE DECISIONI DELLA CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI*

Hayburn's Case [2 U.S. 409 (1792)]1

Chilsholm v. Georgia [2 U.S. 419 (1793)]

Hyilton v. United States [3 U.S. 171 (1796)]
Ware v. Hyilton [3 U.S. 199 (1796)]

Marbury v. Madison [5 U.S. (1 cranch) 137 (1803)]

United States v. Palmer [16 U.S. 610 (1818)]

M'Culloch v. Maryland [17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819)]

Johnson v. McIntosh [21 U.S. 543 (1823)]

Martin v. Mott [25 U.S. 19 (1827)]

Foster v. Neilson [27 U.S. 253 (1829)]

U.S. v. Arredondo [31 U.S. 691 (1832)]

Ex parte Randolph [20 F. Cas. 242 (1833)]

Williams v. Suffolk Ins. Co. [38 U.S. 415 (1839)]

Decatur v. Paulding [39 U.S. 497 (1840)]

Luther v. Borden [48 U.S. 1 (1849)]

* Il primo numero indica il volume, il secondo la pagina in cui le decisioni sono pubblicate all'interno degli *United States Reports.*

Mitchell v. Harmony [109 54 U.S. (13 Howard) 115 (1851)]

Chae Chan Ping v. United States [130 U.S. 581 (1889)]

Little v. Bowers [134 U.S. 547 (1890)]

Chicago & Grand Trunk R. Co. v. Wellman [143 U.S. 339 (1892)]
Nishimura Ekiu v. United States [142 U.S. 651 (1892)]
South Spring Hill Gold Mining Co. v. Amador Medean Gold Mining Co. [145 U.S. 300 (1892)]

California v. San Pablo & Tualre R. Co. [149 U.S. 308 (1893)]
Fong Yue Ting v. United States [149 U.S. 698 (1893)]

Underhill v. Hernandez [168 U.S. 250 (1897)]

Stephens v. Cherokee Nation [174 U.S. 445 (1899)]

Cherokee Nation v. Hitchcock [187 U.S. 294 (1902)]
Terlinden v. Ames [184 U.S. 270 (1902)]

Lone Wolf v. Hitchcock [187 U.S. 553 (1903)]

Lochner v. New York [198 U.S. 45 (1905)]

Muskrat v. United States [219 U.S. 346 (1911)]
Southern Pacific Terminal Co. v. ICC [219 U.S. 498 (1911)]

Pacific States Tel. Co. v. Oregon [223 U.S. 118 (1912)]
Ohio ex rel. Davis v. Hildebrant [241 U.S. 565 (1916)]
United States v. Hamburg-American Co. [239 U.S. 466 (1916)]

Mountain Timber Co. V. Washington [243 U.S. 219 (1917)]

Oetjen v. Central Leather Co. [246 U.S. 297 (1918)]

United States v. Alaska Steamship Co. [253 U.S. 113 (1920)]

Frothingham v. Mellon e Massachusetts v. Mellon [262 U.S. 447 (1923)]

Nebbia v. New York [291 U.S. 502 (1934)]

Ashwander v. Tennessee Valley Authority [297 U.S. 288 (1936)]
United States v. Curtiss-Wright Exp. Corp. [299 U.S. 304 (1936)]
United States v. Butler [297 U.S. 1 (1936)]

Aetna Life Insurance Co v. Haworth [30 U.S. 227 (1937)]
Highland Farms Dairy v. Agnew [300 U.S. 608 (1937)]

U.S. v. Belmont [301 U.S. 324 (1937)]
West Coast Hotel Co. V. Parrish [300 U.S. 379 (1937)]

Garcia vs. Lee [37 U.S. 511 (1838)]
United States v. Carolene Products Co. [304 U.S. 144 (1938)]

Coleman v. Miller [307 U.S. 433 (1939)]

Railroad Commission of Texas v. Pullman Company [312 U.S. 496 (1941)]

United States ex. rel. Quirin v. Cox (Ex parte Quirin) [317 U.S. 1 (1942)]

Hirabayashi v. United States [320 U.S. 81 (1943)]
Tileston v. Ullman [318 U.S. 44 (1943)]
United States v. Johnson [319 U.S. 302 (1943)]

Korematsu v. United States [323 U.S. 214 (1944)]
Smith v. Allwright [321 U.S. 649 (1944)]

Alabama State Fed. Of Labor v. McAdory [325 U.S. 450 (1945)]

Colegrove v. Green [328 U.S. 549 (1946)]
Duncan v. Kahanamoku [327 U.S. 304 (1946)]
Fiswick v. United States [329 U.S. 211 (1946)]

Rescue Army v. Municipal Court [331 U.S. 549 (1947)]
United Public Workers v. Mitchell [330 U.S. 75 (1947)]

McDouglas v. Green [335 U.S. 281 (1948)]

Parker v. County of Los Angeles [338 U.S. 327 (1949)]

South v. Peters [339 U.S. 276 (1950)]

J*oint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath* [341 U.S. 123 (1951)]

Adler v. Board of Education of City of New York [342 U.S. 485 (1952)]
Doremus v. Board of Education [342 U.S. 429 (1952)]
Harisiades v. Shaughnessy [342 U.S. 580 (1952)]
Public Service Comm'n v. Wycoff Co., Inc. [344 U.S. 237 (1952)]
Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer [343 U.S. 579 (1952)]

Doe v. Braden [57 U.S. 635 (1853)]
Terry v. Adams [345 U.S. 461 (1953)]

Brown v. Board of Education [347 U.S. 483 (1954)]
Longshoremen's Union v. Boyd [347 U.S. 222 (1954)]

Naim v. Naim [350 U.S. 891 (1955)]

Gomillion v. Lightfoot [364 U.S. 339 (1960)]

Cleveland v. Chamberlain [66 U.S. 419 (1961)]
Poe v. Ullman [367 U.S. 497 (1961)]
United States v. Fruehauf [365 U.S. 146 (1961)]

Baker v. Carr [369 U.S. 186 (1962)]

Reynolds v. *Sims* [377 U.S. 533 (1964)]
Wesberry v. Sanders [376 U.S. 1 (1964)]

Griswold v. Connecticut [381 U.S. 479 (1965)]

Bond v. Floyd [385 U.S. 116 (1966)]

Abbot Laboratories v. Gardner [387 U.S. 136 (1967)]
Gardner v. Toilet Goods Assn [387 U.S. 167 (1967)]
Loving v. Virginia [388 U.S. 1 (1967)]

Flast v. Cohen [392 U.S. 83 (1968)]

Brockington v. Rhodes [396 U.S. 41 (1969)]
Hall v. Beals [396 U.S. 45 (1969)]
Golden v. Zwickler [394 U.S. 103 (1969)]
Moore v. Ogilvie [394 U.S. 814 (1969)]
Powell v. Mc Cormack [395 U.S. 486 (1969)]

Association of Data Processing Service Organizations, Inc. v. Camp [397 U.S. 150 (1970)]

North Carolina v. Rice [404 U.S. 244 (1971)]

Dunn v. Blumstein [405 U.S. 330 (1972)]
O'Brien v. Brown [409 U.S. 1 (1972)]
SEC v. Medical Committee for Human Rights [404 U.S. 403 (1972)]
Sierra Club v. Morton [405 U.S. 727 (1972)]

Gilligan v. Morgan [413 U.S. 1 (1973)]
Linda R.S. v. Richard D. [410 U.S. 614 (1973)]
Roe v. Wade [410 U.S. 113 (1973)]
United States v. SCRAP [412 U.S. 669 (1973)]

DeFunis v. Odegaard [416 U.S. 312 (1974)]
O'Shea v. Littleton [414 U.S. 488 (1974)]

Schlesinger v. Reservists Committee [418 U.S. 208 (1974)]
Steffel v. Thompson [415 U.S. 452 (1974)]
United States v. Nixon [418 U.S. 683 (1974)]
United States v. Richardson [418 U.S. 166 (1974)]

Cousins v. Wigoda [419 U.S. 477 (1975)]
Ellis v. Dyson [421 U.S. 426 (1975)]
Warth v. Seldin [422 U.S. 490 (1975)]

Buckley v. Valeo [424 U.S. 1 (1976)]
Commissioner v. Shapiro [424 U.S. 614 (1976)]
Craig v. Boren [429 U.S. 190 (1976)]
Elrod v. Burns [427 U.S. 347 (1976)]
Franks v. Bowman Transportation Co., Inc. [424 U.S. 747 (1976)]
Gilmore v. Utah [429 U.S. 1012 (1976)]
Mathews v. Eldridge [424 U.S. 319 (1976)]
Simon v. Eastern Kentucky Welf. Rights. Org. [426 U.S. 26 (1976)]

Del. Tribal Bus. Comm. v. Weeks [430 U.S. 73 (1977)]
EPA v. Brown [431 U.S. 99 (1977)]

Duke Power Co. v. Carolina Env. Study Group [438 U.S. 59 (1978)]
First National Bank of Boston v. Bellotti [435 U.S. 765 (1978)]
Regents of the University of California v. Bakke [438 U.S. 265 (1978)]

Bellotti v. Baird [433 U.S. 622 (1979)]
Gladstone, Realtors v. Village of Bellwood [441 U.S. 91 (1979)]
Goldwater v. Carter [444 U.S. 996 (1979)]
Illinois State Board Elections v. Socialist Workers Party [440 U.S. 173 (1979)]

United States Parole Comm'n v. Geraghty [445 U.S. 388 (1980)]

Pennhurst State School and Hospital et al. v. Halderman et al. [451 U.S. 1 (1981)]

Larson v. Valente [456 U.S. 228 (1982)]
Nixon v. Fitzgerald [457 U.S. 731 (1982)]
Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State Inc. [454 U.S. 464 (1982)]

City of Los Angeles v. Lyons [461 U.S. 95 (1983)]
INS v. Chadha [462 U.S. 919 (1983)]

Allen v. Wright [468 U.S. 737 (1984)]
Firefighters Local Union No. 1784 v. Stotts [467 U.S. 561 (1984)]
Trans World Airlines, Inc. v. Franklin Mint Corp. [466 U.S. 243 (1984)]
Uhler v. American Federation of Labor-Congress of Indus. Organizations [468 U.S. 1310 (1984)].
Williamson County Regional Planning Commission v. Hamilton Bank of Johnson City [473 U.S. 172 (1984)]

County of Oneida v. Oneida Indian Nation [470 U.S. 226 (1985)]
Thomas v. Union Carbide Agricultural Products Co. [473 U.S. 568 (1985)]

Diamond v. Charles [476 U.S. 54 (1986)]
Davis v. Brandemer [478 U.S. 109 (1986)]
Japan Whaling Ass'n v. Am. Cetacean Society [478 U.S. 221 (1986)]

Edward J. DeBartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Bldg. and Const. Trades Council [485 U.S. 568 (1988)]
Honig v. Doe [484 U.S. 305 (1988)]
Webster v. Doe [486 U.S. 592 (1988)]

Quinn v. Millsap [491 U.S. 95 (1989)]

Lewis v. Continental Bank Corp. [494 U.S. 472 (1990)]
Rust v. Sullivan [500 U.S. 173 (1990)]
United States v. Munoz-Flores [495 U.S. 385 (1990)]

Powers v. Ohio [499 U.S. 400 (1991)]

Franklin v. Massachusetts [505 U.S. 788 (1992)]
Lujan v. Defenders of Wildlife [504 U.S. 555 (1992)]
New York v. United States [505 U.S. 144 (1992)]
Norman v. Reed [502 U.S. 279 (1992)]
United States Department of Commerce et al. v. Montana et al. [503 U.S. 442 (1992)]

Nixon v. United States [506 U.S. 224 (1993)]
Northeastern Fla. Chapter of the Associated Gen. Contractors v. City of Jacksonville [508 U.S. 656 (1993)]

Romer v. Evans [517 U.S. 620 (1996)]
United States v. Virginia [518 U.S. 515 (1996)]

Arizonans for Official English v. Arizona [520 U.S. 43 (1997)]
Raines v. Byrd [521 U.S. 811 (1997)]

Timmons v. Twin cities Area New Party [520 U.S. 351 (1997)]

Federal Election Commission v. Akins [524 U.S. 11 (1998)]
NCUA v. First National Bank & Trust [522 U.S. 479 (1998)]
Ohio Forestry Assn., Inc. v. Sierra Club [523 U.S. 726 (1998)]
Steel Co. v. Citizens for a Better Environment [523 U.S. 83 (1998)]
Texas v. United States [523 U.S. 296 (1998)]

Department of commerce v. United States House of Representatives [525 U.S. 316 (1999)]

Adarand Constructors, Inc. v. Slater [528 U.S. 216 (2000)]
Bush v. Gore [531 U.S. 98 (2000)]
Bush v. Palm Beach County Canvassing Board [531 U.S. 70 (2000)]
Friends of the Earth, Inc. et al. v. Laidlaw Environmental Services, Inc. [528 U.S. 167 (2000)]

Nguyen v. INS [533 U.S. 53 (2001)]
Zadvydas v. Davis [553 U.S. 678 (2001)]

Grutter v. Bollinger [539 U.S. 306 (2003)]
Lawrence v. Texas [539 U.S. 558 (2003)]
Nevada Department of Human Resources v. Hibbs [538 U.S. 721 (2003)]

Hamdi v. Rumsfeld [542 U.S. 507 (2004)]
Rasul v. Bush [542 U.S. 466 (2004)]
Republic of Austria v. Altmann [541 U.S. 677 (2004)]
Rumsfeld v. Padilla [542 U.S. 507 (2004)]
Sosa v. Alvarez-Machain [542 U.S. 692 (2004)]
Vieth v. Jubelirer [541 U.S. 267 (2004)]

San Remo Hotel L.P. v. City and County of San Francisco [545 U.S. 323 (2005)]

DaimlerChrysler Corp. v. Cuno [547 U.S. 332 (2006)]
Hamdan v. Rumsfeld [548 U.S. 557 (2006)]
League of United Latin American Citizens v. Perry [548 U.S. 399 (2006)]

Hein v. Freedom From Religion Foundation [551 U.S. 587 (2007)]
Lance v. Coffman [549 U.S. 437 (2007)]
Massachusetts v. Environmental Protection Agency [549 U.S. 497 (2007)]

Boumediene v. Bush [553 U.S. 723 (2008)]
Davis v. Federal Election Commission [554 U.S. 724 (2008)]

Sprint Communications Co. v. APCC Service Inc. [554 U.S. 269 (2008)]

Alvarez v. Smith [558 U.S. 87 (2009)]
Summers v. Earth Island Institute [555 U.S. 488 (2009)]

Citizens United v. Federal Election Commission [558 U.S. 310 (2010)]
Holder v. Humanitarian Law Project [561 U.S. 1 (2010)] slip opinion

American Electric Power Company v. Connecticut [564 U.S. 410 (2011)]
Bond v. United States [564 U.S. 211 (2011)]

National Federation Of Independent Business, et al. v. Sebelius; Secretary of Health and Human Services, et al. [567 U.S._(2012)] *slip opinion*
Zivotofsky v. Clinton [566 U.S._(2012)] *slip opinion*

Already, LLC v. Nike Inc. [568 U.S._(2013)] *slip opinion*
Clapper Director of National Intelligence et al. V. Amnesty International USA et al. [568 U.S._(2013)] *slip opinion*
Dennis Hollingsworth et al. v. Perry et al. [570 U.S._(2013)] *slip opinion*
Fisher v. University of Texas [570 U.S._(2013)] *slip opinion*
Shelby County v. Holder [570 U.S._(2013)] *slip opinion*
United States v. Windsor [570 U.S._(2013)] *slip opinion*

McCutcheon v. Federal Election Commission, [572 U.S._(2014)], *slip opinion*
NLRB v. Noel Canning [573 U.S._(2014)] slip opinion

Amstrong et al. v. Exceptional Child Center Inc. et al. [575 U.S._(2015)] *slip opinion*
King v. Burwell [576 U.S._(2015)] *slip opinion*
Obergeffel v. Hodges, [576 U.S._(2015)] *slip opinion*
Zivotofsky v. Kerry [576 U.S._(2015)] *slip opinion*

Bibliografia

Aa.Vv., *The Supreme Court 2011 Term-Leading Cases*, 126 *Harvard Law Review* 307, 2012.

Aa.Vv., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011.

Aa.Vv., *The Oliver Wendell Holmes Devise. History of the Supreme Court*, Cambridge University Press, New York, 2010.

Aa.Vv., *Developments in the Law. Access to Courts*, 122 *Harvard Law Review* 1151, 2009.

Aa.Vv., *1956-2006, Cinquant'anni di Corte costituzionale*, Ed. Corte costituzionale, Roma, 2006.

Aa.Vv., *L'organizzazione ed il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996.

Aa.Vv., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989.

Aa.Vv., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, II, Cedam, Padova, 1985.

Aa.Vv., *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1977.

Aa.Vv., *The Advisory Opinion and the United States Supreme Court*, 5 *Fordham Law Review* 94, 1936, reperito in http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol5/iss1/7.

Abebe D., *One Voice or Many? The Political Question Doctrine and Acoustic Dissonance in Foreign Affairs*, in *The Supreme Court Review*, 2012, p. 233 ss.

Abraham H.J., *The Judicial Process*, Oxford University Press, New York, 1998, 7th ed.

Acosta Sàncez J., *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1997.

Ackerman B., *We the People. Vol. 3: The Civil Rights Revolution*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 2014.

Ackerman B., *The Emergency Constitution*, 113 *The Yale Law Journal*, 1029, 2004.

Ackerman B., *The New Separation of Powers*, 113 *Harvard Law Review* 634, 2000.

Ackerman B., *We the People. Vol. 2: Transformations*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1998.

Akerman B., *We the People. Vol. 1: Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1993.

Ackerman B., *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 *The Yale Law Journal* 1013, 1984.

Adler J.H., *Judicial Minimalism, the Mandate, and Mr. Roberts*, in N. Persily, G.E. Metzger, T.W. Morrison (eds.), *The Health Care Case. The Supreme Court's Decision and its Implications*, Oxford University Press, New York, 2013, p. 171 ss.

Agosta S., *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in www.forumcostituzionale.it, 19 settembre 2009, p. 1 ss.

Albertsworth E.F., *Advisory Function in Federal Supreme Court*, 23 *Georgetown Law Journal* 643, 1935.

Amar A.R., *Intratextualism*, 112 *Harvard Law Review* 747, 1999.

Amar A.R., *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, Yale University Press, New Haven-London, 1998.

Amar A.R., *The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V*, 94 *Columbia Law Review* 457, 1994.

Amar A.R., *The Central Meaning of Republican Government: Popular Sovereignty, Majority Rule, and the Denominator Problem*, 65 *University of Colorado Law Review* 749, 1994.

Amar A.R., *Marbury, Section 13, and the Original Jurisdiction of the Supreme Court*, 56 *The University of Chicago Law Review* 443, 1989.

Anderson T., *Creating the Constitution: The Convention of 1787 and the First Congress*, Pennsylvania State University Press, University Park, 2010 (1st ed. 1993).

Angiolini V., *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986.

Antonini L., *Forzatura dei principi "versus" modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2015, p. 718 ss.

Anzon A., *L'opinione dissenziente*, Giuffrè, Milano, 1995.

Anzon A., *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 1992, p. 3199 ss.

Aquarone A., Negri G., Scelba C. (a cura di), *La formazione degli Stati Uniti d'America: documenti*, Nistri-Lischi, Pisa, 2 voll., 1961.

Ascoli M., *L'interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991.

Aragòn Reyes M., *El control come elemento inseparabile del concepto de Costitution*, in *Revista Espanola de Derecho Constitucional*, 19, 1987, p. 15 ss.

Arcidiacono L., *Discrezionalità legislativa e giurisprudenza della Corte a confronto in tre recenti decisioni*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2/3, 2009, p. 215 ss.

Azzariti G. (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007.

Azzariti G., *Concezione della democrazia e opinione pubblica: la Corte costituzionale tra conflitti plurali e unità costituzionale*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 879 ss.

Azzariti G., *Giurisdizione e politica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1, 1998, p. 93 ss.

Bagenstos S.R., *Federalism by Waiver after the Health Care Case*, in N. Persily, G.E. Metzger, T.W. Morrison (eds.), *The Health Care Case. The Supreme Court's Decision and its Implications*, Oxford University Press, New York, 2013, p. 227 ss.

Baker G.E., *The Unfinished Reapportionment Revolution*, in B. Grofman (ed.), *Political Gerrymandering and the Courts*, Agathon Press, New York, 1990, p. 11 ss.

Baldassarre A., *L'interpretazione della Costituzione*, in A. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, ESI, Napoli, 2002, p. 215 ss.

Balduzzi R., Cavino M., Luther J. (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Giappichelli, Torino, 2011.

Balkin J.M., *Living Originalism*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 2011.

Balking J.M., *Bush v. Gore and the Boundary Between Law and Politics*, 10 *The Yale Law Journal* 1407, 2001.

Bandes S., *The Idea of a Case*, 42 *Stanford Law Review* 227, 1990.

Barak A., *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton, 2006.

Barak A., *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, 116 *Harvard Law Review* 16, 2002.

Barak A., *Judicial Discretion*, Yale University Press, New Haven-London, 1989.

Barbera A., *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Giuffrè, Milano, 2015, p. 263 ss.

Barbera A. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1998.

Barbera A., Giupponi T.F. (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, BUP, Bologna, 2008.

Barbera A., Guzzetta G. (a cura di), *Il governo dei cittadini.* Referendum *elettorali e riforma della politica*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2007.

Barbera A., Morrone A., *La Repubblica dei referendum*, il Mulino, Bologna, 2003.

Barberis M., *Giuristi e Filosofi. Una storia della Filosofia del Diritto*, il Mulino, Bologna, 2011.

Barberis M., *Interpretar, aplicar, ponderar. Nueve pequeñas diferencias entre la teoría genovesa y la mia*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 11, 2011, p. 533 ss.

Barile P., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana: sintesi*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, Bologna, 1982, p. 537 ss.

Barile P., *Il crollo di un antico feticcio (gli «interna corporis») in una storica (ma insoddisfacente) sentenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 1959, p. 237 ss.

Barile P., *Corte costituzionale: implicazioni pratiche*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 1957, p. 907 ss.

Barile P., *La Costituzione come norma giuridica*, Barbéra, Firenze, 1951.

Barkow R.E., *The Rise and Fall of the Political Question Doctrine*, in N. Mourtada-Sabbah, B.E. Cain (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Lexington Books, Lanham, MD, 2007, p. 23 ss.

Barkow R.E., *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, 102 *Columbia Law Review* 237, 2002.

Barnett R.E., *Constitutional Legitimacy*, 103 *Columbia Law Review* 111, 2003.

Barsotti V., *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1999.

Bartole S., *Giustizia costituzionale (linee evolutive)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VII, Giuffrè, Milano, 2014, p. 477 ss.

Bartole S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004.

Bartole S., *La Corte e i Poteri*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 1998, p. 5 ss.

Bartole S., *Ancora un caso di inquietante inammissibilità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 1994, p. 424 ss.

Bartole S., *Principi generali del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 494 ss.

Bartole S., *In margine a "Taking Rights Seriously" di Dworkin*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 10, n. 1, 1980, p. 185 ss.

Bassi F., *Il Principio della separazione dei poteri. Evoluzione problematica*, Giuffrè, Milano, 1965.

Bates E.S., *The Story of the Supreme Court*, Charter ed., New York, 1963 (1st ed. 1936).

Bator P.M., *The Constitution as Architecture: Legislative and Administrative Courts Under Article III*, 65 *Indiana Law Journal* 233, 1990.

Battaglini M., *Contributo alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1957.

Battaglini M., Minnini M., *Manuale legislativo della Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1957.

Baxter D., *Protecting the Power of the Judiciary: Why the Use of State Department "Statements of Interest" in Alien Tort Statute Litigation Runs Afoul of Separation of Powers Concerns*, 37 *Rutgers Law Journal* 807, 2006.

Bean R.J., *The Supreme Court and the Political Question: Affirmation or Abdication*, 71 *West Virginia Law Review* 97, 1969.

Beatty D.M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, New York, 2004.

Beer S.H., *To Make a Nation: The Discovery of American Federalism*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1993.

Belevetz T., *The Impact on Standing Doctrine in Environmental Litigation of the Injury in Fact Requirement in Lujan v. National Wildlife Federation*, 17 *William & Mary Environmental Law and Policy Review* 103, 1992.

Bell G.B., *Style in Judicial Writing*, 15 *Journal of Public Law* 214, 1966.

Bellamy R. (ed.), *The Rule of Law and the Separation of Powers*, Ashgate Dartmouth, Trowbridge, 2005 (2nd ed.).

Bellamy R., *The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy*, in Id. (ed.), *The Rule of Law and the Separation of Powers*, Ashgate Dartmouth, Trowbridge, 2005 (2nd ed.), p. 253 ss.

Belletti M., *Matrimoni, unioni civili, convivenze di fatto: cosa cambia? Profili di legittimità costituzionale della nuova normativa*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2016, p. 1 ss.

Belletti M., *Le unioni di persone dello stesso sesso – in attesa di un intervento legislativo – tra giurisprudenza costituzionale, dei giudici comuni e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ephemerides iuris canonici*, 2, 2015, p. 426 ss.

Belletti M., *Il giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi e gli atti con forza di legge*, in L. Mezzetti, M. Belletti, E. D'Orlando, E. Ferioli, *La Giustizia Costituzionale*, Cedam, Padova, 2007, p. 320 ss.

Beloff M., *The Debate on the American Revolution*, 1762-1783, Adam & Charles Black, London, 1960.

Benazzo A., *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004.

Berger R., *Government by Judiciary. The Transformation of the XIV Amendment*, Liberty Fund, Indianapolis, 1997 (1st ed. 1977).

Berger R., *Federalism: The Founders' Design*, University of Oklahoma Press, Norman, 1987.

Berger R., *Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?*, 117 *University of Pennsylvania Law Review* 521, 1969.

Berns W., *Judicial Review and the Rights and Laws of Nature*, in *The Supreme Court Review*, 1982, p. 49 ss.

Berns W., *Preserving a Living Constitution*, in R.A. Licht (ed.), *Is the Supreme Court the Guardian of the Constitution?*, The AEY Press, Washington, 1993, p. 34 ss.

Bertolini F., *Art. 134, 2° alinea*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Utet, Torino, 2006, p. 2549 ss.

Bertolini G., *Appunti sull'origine e sul significato originario della dottrina degli* interna corporis, in Aa. Vv., *Studi per il ventesimo anniversario dell'assemblea costituente*, V, Vallecchi, Firenze, 1969, p. 25 ss.

Bessette J.M., *Guarding the Constitution from Legislative Tyranny*, in R.A. Licht (ed.), *Is the Supreme Court the Guardian of the Constitution?*, The AEY Press, Washington, 1993, p. 46 ss.

Betti E., *Teoria generale dell'interpretazione*, I e II, ed. corretta e ampliata a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano, 1990.

Bevere A., *Ragionevolezza del trattamento sanzionatorio penale nella legislazione e nella giurisprudenza*, in A. Cerri (cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico per il sapere giuridico*, II, Aracne, Roma, 2007, p. 1 ss.

Bianchi P., *Le tecniche di giudizio e la selezione dei casi*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006, p. 641 ss.

Bianchi P., *Giustizia Costituzionale negli Stati Uniti*, in Aa.Vv., *Esperienze di Giustizia Costituzionale*, I, Giappichelli, Torino, 2000, p. 3 ss.

Bianchi P., *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Giappichelli, Torino, 2000.

Bianchi P., *Il contraddittorio davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in V. Angiolini (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi. Atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 279 ss.

Bianchi P., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore nel sindacato sulle leggi elettorali: spunti per una ricerca*, in A. Pizzorusso, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 321 ss.

Bickel A.M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven-London, 1986 (1st ed. 1962).

Bickel A.M., *The Supreme Court and the Idea of Progress*, Yale University Press, New Haven-London, 1978 (1st. ed. 1970).

Bickel A.M., *The Supreme Court, 1960 Term. Foreword the Passive Virtues*, 75 *Harvard Law Review* 40, 1961.

Bickel A.M., Wellington H.H., *Legislative Purpose on the Judicial Process: The Lincoln Mill Case*, 71 *Harvard Law Review* 1, 1957.

Bilder M.S., *The Corporate Origins of Judicial Review*, 116 *The Yale Law Journal* 502, 2006.

Bignami M., *Costituzione flessibile, Costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Giuffrè, Milano, 1997.

Bin R., *A discrezione del giudice*, Franco Angeli, Milano, 2013.

Bin R. (a cura di), *Elettori legislatori? Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario elettorale*, Giappichelli, Torino, 1999.

Bin R., *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano, 1996.

Biondi Dal Monte F., *I diritti sociali degli stranieri. Politiche di appartenenza e condizioni di esclusione nello stato sociale*, in E. Cavasino, G. Scala, G. Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 189 ss.

Biondi F., *La delibera parlamentare di insindacabilità: il problema della rilevanza giuridica esterna della motivazione e il sindacato su di essa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 1998, p. 3909 ss.

Black H.L., *A Constitutional Faith*, Knopf, New York, 1968.

Blackstone W., *Commentaries on the Laws of England*, IV voll., University of Chicago Press, Chicago-London, 1979 (1st ed. 1765-1769).

Blanco Valdés R., *Il valore della Costituzione. Separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale*, Cedam, Padova, 1997 (prima ed. Madrid, 1994).

Bloom L.H. Jr, *Methods of Interpretation*, Oxford University Press, New York, 2009.

Bobbio N., Matteucci N., Pasquino G. (a cura di), *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1983.

Böckenförde E.W., *Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della Costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006.

Bognetti G., *The American Constitution and Italian Constitution. An essay in Comparative Constitutional History*, Clueb, Bologna, 2008.

Bognetti G., *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2001.

Bognetti G., *Lo spirito del costituzionalismo americano*. II. *La Costituzione democratica*, Giappichelli, Torino, 2000.

Bognetti G., *Lo spirito del costituzionalismo americano*. I. *La Costituzione liberale*, Giappichelli, Torino, 1998.

Bognetti G., *Poteri (divisione dei)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XI, Utet, Torino, 1996, p. 372 ss.

Bognetti G., *Malapportionment, ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1966.

Bohman J., *The Coming of Age of Deliberative Democracy*, 6 *The Journal of Political Philosophy* 400, 1998.

Bologna C., *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della*

Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare, in www.forumcostituzionale.it, 15 ottobre 2012, p. 1 ss.

Bologna C., *U.S.A.: La Corte suprema sulla riforma sanitaria: una vittoria per Obama e una sconfitta per il governo federale?*, in www.forumcostituzionale.it, 26 ottobre 2012, p. 1 ss.

Bologna C., *Sovranità degli stati federati e costituzionalità della riforma sanitaria: gli equilibrismi del Chief Justice Roberts*, in www.federalismi.it, 8 agosto 2012, p. 1 ss.

Bologna C., *Stato federale e "National Interest"*, BUP, Bologna, 2010.

Bologna C., *Tutela dei diritti ed emergenza nell'esperienza statunitense: una* political question?, in www.forumcostituzionale.it, 15 maggio 2008, p. 1 ss..

Bologna C., *"Hamdan vs. Rumsfeld": quando la tutela dei diritti è effetto della separazione dei poteri*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2006, p. 813 ss.

Bon P., *La legitimitè du Conseil constitutionnel français*, in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, *Colloque du dixième anniversaire du Tribunal constitutionnel portugais*, Coimbra editora, Coimbra, 1995, p. 139 ss.

Bongiovanni G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2005.

Bonifield A.E., *The Guarantee Clause of Article IV, Section 4: A Study in Constitutional Desuetude*, 46 *Minnesota Law Review* 513, 1962, spec. p. 534 ss.

Bonini F., *Storia della Corte costituzionale*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1966.

Bonomi A., *La natura decisoria e gli effetti preclusivi delle decisioni di inammissibilità: questione vecchia, problemi insoluti*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2013, p. 1 ss.

Bonomi A., *La discrezionalità assoluta del legislatore*, in E. D'Orlando, L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 117 ss.

Bork R.H., *Il giudice sovrano. Coercing virtue*, Liberilibri, Macerata, 2006.

Bork R.H., *The Tempting of America: the Political Seduction of the Law*, Macmillan, New York, 1990.

Bork R.H., *Neutral Principles and some First Amendment Problems*, 47 *Indiana Law Journal* 1, 1971.

Bowen C.D., *Miracle at Philadelphia: The Story of the Constitutional Convention, May to September 1787*, Little Brown, Boston, 1966.

Bradley C.A., *Foreign Relations Law and the Purpoted Shift away from "Exceptionalism"*, 128 *Harvard Law Review* 294, 2015.

Bradley C.A., Morrison T.W., *Historical Gloss and the Separation of Powers*, 126 *Harvard Law Review* 411, 2012.

Bradley C.A., Goldsmith J., *Foreign Relations Law*, Wolter Kluwer, New York, 2006.

Breedon K., *Remedial Problems at the Intersection of the Political Question Doctrine, the Standing Doctrine, and the Doctrine of Equitable Discretion*, 34 *Ohio Northern University Law Review* 523, 2008.

Breyer S., *Active Liberty. Interpreting our Democratic Constitution*, Vintage Books, New York, 2005.

Brilmayer L., *The Jurisprudence of Article III: Perspectives on the "Case or Controversy" Requirement*, 93 *Harvard Law Review* 297, 1979.

Brilmayer L., *Judicial Review, Justiciability and the Limits of the Common-Law Method*, 57 *Boston Law Review* 807, 1977.

Brock C.J., *The Foreign Sovereign Immunities Act: Defining a Role for the Executive*, 30 *VA. Journal of International Law* 795, 1990.

Brooks A., *The Court's Missed Opportunity to Draw the Line on Partisan Gerrymandering: LULAC v. Perry, 126 S. Ct. 2594 (2006)*, 30 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 781, 2007.

Brooke Jackson R., *The Political Question Doctrine: Where Does It Stand after Powell v. McCormack, O'Brien v. Brown and Gilligan v. Morgan?*, 44 *University of Colorado Law Review* 477, 1973.

Brown R.L., *When Political Questions Affect Individual Rights: The Other Nixon v. United States*, in *The Supreme Court Law Review*, 1993, p. 125 ss.

Brown R.L., *Separated Powers and Ordered Liberty*, 139 *University of Pennsylvania Law Review* 1513, 1991.

Bruff H.H., *Judicial Review and the President' Statutory Powers*, 68 *Virginia Law Review* 1, 1982.

Bulmoff T.Y, *Judicial Review, Foreign Relations and Legislative Standing*, 25 *Georgia Law Review* 227, 1991.

Buonomo G., *Contrastanti indirizzi sulla insindacabilità degli* interna corporis, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 125-126, 1999, p. 61 ss.

Burgess G., *The Politics of the Ancient Constitution: An Introduction to English Political Thought, 1603-1642*, Macmillan, London, 1992.

Burt R.A., *The Constitutional Conflict*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1991.

Calabresi S.G., Berghausen M.E., Albertson S., *The Rise and Fall of the Separation of Powers*, 106 *Northwestern University Law Review* 527, 2012.

Calabresi S.G., *The Congressional Roots of Judicial Activism*, 20 *The Journal of Law & Politics* 577, 2004.

Calabresi S.G., *The Political Question of Presidential Succession*, 48 *Sanford Law Review* 155, 1995.

Calabresi S.G., *Some Normative Arguments for the Unitary Executive*, 48 *Arkansas Law Review* 23, 1995.

Calabresi G., *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1982.

Calamandrei P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Cedam, Padova, 1950.

Calamo Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Giappichelli, Torino, 2011.

Calamo Specchia M., *La giustizia costituzionale, un sistema atipico in un ordinamento democratico? Spunti di riflessione sul tema del ruolo delle corti nei sistemi costituzionali aperti*, in Aa.Vv., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 273 ss.

Campbell A.L., Persily N., *Federalism from Federal Statutes: Health Reform, Medicaid and the Old-Fashioned Federalists' Gamble*, in N. Persily, G.E. Metzger, T.W. Morrison (eds.), *The Health Care Case. The Supreme Court's Decision and its Implications*, Oxford University Press, New York, 2013, p. 274 ss.

Cappelletti M., *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, il Mulino, Bologna, 1994.

Cappelletti M., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

Cappelletti M., *Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of Constitutional Justice*, 35 *Catholic University Law Review* 1, 1985.

Cappelletti M., *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984.

Cappelletti M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1968.

Caravita B., *La riforma elettorale alla luce della sent. 1/2014*, in www.federalismi.it, 1, 2014, p. 1 ss.

Caravita B. (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Jovene, Napoli, 2012.

Carberry C.M., *The State Advisory Opinion in Perspective*, 44 *Fordham Law Review* 81, 1975.

Carena A., *Il principio della divisione dei poteri nello stato costituzionale*, in *Annali di Scienze Politiche dell'Università di Pavia*, Treves-Treccani-Tumminelli, Pavia, 1932.

Caretti P., Cheli E., *Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 1984, p. 17 ss.

Carolan E., *The New Separation of Powers. A Theory for the Modern State*, Oxford University Press, New York, 2009.

Carlassare L., *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte Costituzionale*, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 27 ss.

Carlassare L., *Le questioni inammissibili e la loro riproposizione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 1984, p. 733 ss.

Carnevale P., Colapietro C. (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2008.

Carnevale P., *Cosa resta della sentenza n. 16 del 1978. Riflessioni sull'eredità di una «storica» sentenza*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 145 ss.

Carrozza P., *L'inammissibilità per discrezionalità del legislatore. Spunti per un dibattito sui rischi di una "categoria a rischio"*, in *Le Regioni*, 6, 1994, p. 1703 ss.

Casella R., *La riforma sanitaria di Barack Obama*, in *Studi parlamentari*, 165-166, 2009, p. 32 ss.

Casper G., *The American Constitutional Tradition of Shared and Separated Powers: An Essay in Separation of Powers. Some Early Versions and Practices*, 30 *William and Mary Law Review* 211, 1989.

Cass R.A., *The Rule of Law in America*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2003.

Cassese S., *Dentro la Corte*, il Mulino, Bologna, 2015.

Castaldi F., *Autonomia delle Camere e sindacato della Corte Costituzionale sull'esercizio in concreto dei poteri alla luce di recenti sviluppi giurisprudenziali: arretramento della Corte o monito per il futuro?*, in *Giurisprudenza italiana*, 6, 1998, p. 1289 ss.

Castignone S., Ripoli M., Faralli C., *Il diritto come profezia, il realismo americano: antologia di scritti*, Giappichelli, Torino, 1990.

Ceccherini E., *Eguaglianza del voto e rappresentatività delle minoranze.*

Recenti orientamenti giurisprudenziali negli Stati Uniti, in *Quaderni costituzionali*, 2, 1997, p. 311 ss.

Celotto A., *Corte costituzionale ed eccesso di potere legislativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 1995, p. 3724 ss.

Celotto A., *La Corte costituzionale. Quando il diritto giudica la politica*, il Mulino, Bologna, 2004.

Cerri A., *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008.

Cerri A., *Conflitti di attribuzione. I) Conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Agg. XIV, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 2006, p. 1 ss. (*ad vocem*).

Cerri A., *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXV, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1994, p. 1 ss. (*ad vocem*).

Cerri A., *Poteri (divisione dei)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIII, tomo II, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1991, p. 1 ss. (*ad vocem*).

Cerri A., Agrò A.S., Modugno F., *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008.

Cervati A., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009.

Cervati A., *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 125 ss.

Cervati A., *Il sindacato della Corte Costituzionale sui decreti legislativi provvedimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 1965, p. 1156 ss.

Chayes A., *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 *Harvard Law Review* 1281, 1976.

Chayes A., *The Supreme Court, 1981 Term-Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court*, 96 *Harvard Law Review* 4, 1982.

Cheli E., *Il ruolo "politico" della Corte Costituzionale italiana nella prospettiva comparatistica*, in *Percorsi costituzionali*, 2/3, 2010, p. 31 ss.

Cheli E., *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, il Mulino, Bologna, 1996.

Cheli E., *Il problema storico della costituente*, in S.J. Woolf (a cura di), *Italia, 1943-1950. La ricostruzione*, Laterza, Roma-Bari, 1974, p. 200 ss.

CHEMERINSKY E., *The Court Affects all of us. The Supreme Court in Term Review*, 16 *Green Bag 2D* 361, 2013. Reperito in http://www.greenbag.org/v16n4/v16n4_articles_chemerinsky.pdf

CHEMERINSKY E., *Constitutional Law. Principles and Policies*, Wolter Kluwer, U.S., 2011.

CHEMERINSKY E., *Federal Jurisdiction*, Wolter Kluwer, U.S., 2011.

CHEMERINSKY E., The *Roberts Court and Freedom of Speech*, 63 *Federal Communications Law Journal* 579, 2010.

CHEMERINSKY E., *Who Should Be the Autoritative Interpreter of the Constitution? Why There Should Not Be a Political Question Doctrine*, in N. MOURTADA-SABBAH, B.E. CAIN (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Lexington Books, Lanham, MD., 2007, p. 180 ss.

CHEMERINSKY E., *Constitutional law*, Aspen Publisher, New York, 2005.

CHEMERINSKY E., *Bush v. Gore was not Justiciable?*, 76 *Notre Dame Law Review* 1093, 2001.

CHEMERINSKY E., *Cases Under the Guarantee Clause Should Be Justiciable*, 65 *University of Colorado Law Review* 849, 1994.

CHEMERINSKY E., *A Unified Approach to Justiciability*, 22 *Connecticut Law Review* 677, 1990.

CHEMERINSKY E., *Interpreting the Constitution*, Preager, New York, 1987.

CHEMERINSKY E., *The Price of Asking the Wrong Question: an Essay on Constitutional Scholarship and Judicial Review*, 62 *Texas Law Review* 1207, 1984.

CHERCHI R., *Lo straniero e la Costituzione: ingresso soggiorno e allontanamento*, Jovene, Napoli, 2012.

CHESSA O., *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014.

CHESSA O., *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 17 ss.

CHIARELLI G., *I conflitti di attribuzione*, in AA.VV., *1956-2006, Cinquant'anni di Corte costituzionale*, I, Ed. Corte costituzionale, Roma, 2006, p. 576 ss.

CHIRULLI P., *La sanzione penale, ovvero "se", "come", "quando" e "quanto" punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 39 ss.

Chiti E., *La decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla riforma sanitaria di Obama*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8-9, 2012, p. 904 ss.

Choper J.H., *The Political Question Doctrine: Suggested Criteria*, 54 *Duke Law Journal* 1457, 2005.

Choper J.H., *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, University of Chicago Press, Chicago, 1983.

Clinton R.N., *Marbury v. Madison*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, III, Gale, Detroit, 2008, p. 222 ss.

Clinton R.L., *Marbury v. Madison and Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence, 1989.

Cohen H.G., *Agora: Reflections on Zivotofsky v. Kerry: Zivotofsky II's two Visions for Foreign Relations Law*, in www.asil.org/, 20 luglio 2015.

Cohen H.G., *Formalism and Distrust: Foreign Affairs Law in the Roberts*, 83 *George Washington Law Review* 380, 2015.

Colangelo A.J., *"De facto Sovereignty": Boumediene and Beyond*, 77 *George Washington Law Review* 623, 2009.

Cole D., *Lotta al terrorismo e libertà di opinione: la sentenza della Corte Suprema nel caso* Holder v. Humanitarian Law Project, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2010, p. 852 ss.

Cole D., *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terror*, New Press, New York, 2003.

Conti G.L., *Art. 135 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Utet, Torino, 2006, p. 2621 ss.

Copeland C.C., *FDR and Obama: Are There Constitutional Law Lessons from the New Deal for the Obama Administration? Beyond Separation in Federalism Enforcement: Medicaid Expansion, Coercion, and the Norm of Engagement*, 15 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 91, 2012.

Cordray M.M., Cordray R., *The Supreme Court's Plenary Docket*, 58 *Washington and Lee Law Review* 737, 2001.

Corsi C., *Diritti sociali e immigrazione nel contraddittorio tra Stato, Regioni e Corte Costituzionale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2, 2012, p. 43 ss.

Corsi C., *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero fra "automatismi legislativi" e valutazioni sociali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 3, 2012, p. 51 ss.

Corsi C., *Lo Stato e lo straniero*, Cedam, Padova, 2001.

Corwin E.S., *American Constitutional History*, Harper Torchbook, New York, 1964.

Corwin E.S., *L'idea di "legge superiore" e il diritto costituzionale americano*, Neri Pozza, Vicenza, 1961.

Corwin E., *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, 42 *Harvard Law Review* 365, 1929.

Costanzo P., *Quando il ruolo della Corte costituzionale è fine a se stesso*, in *Giurisprudenza italiana*, 6, 2015, p. 1324 ss.

Costanzo P., *Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giustizia costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in www.giurcost.org, 2006, pp. 1 ss.

Costanzo P., *Conflitti costituzionali*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1271 ss.

Cosentino F., (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori e corredata da note e riferimenti*, Colombo, Roma, 1969.

Costantino S., *Sfere di legittimità e processi di legittimazione*, Giappichelli, Torino, 1994.

Cotta S., *Montesquieu, la séparation des pouvoirs et la constitution fédérale des États-Unis*, in *Revue internationale d'historie politique et constitutionnelle*, I, 3-4, 1951, p. 225 ss.

Cox A.B., *Partisan gerrymandering and disaggregated redistricting*, in *The Supreme Court Review*, 2004, p. 409 ss.

Cox A.B., *The Role of the Supreme Court*: *Judicial Activism or Self-Restraint?*, 47 *Maryland Law Review* 118, 1987.

Cox A.B., *The Role of the Supreme Court in American Government*, Oxford University Press, New York, 1976.

Coyle M., *The Roberts Courts. The Struggle for the Constitution*, Simon&Schuster, U.S., 2013.

Coyle M., *Roberts Rules*, in *The National Law Journal*, 2009, p. 1 ss.

Crisafulli V., *Lezioni di diritto costituzionale*. II. *L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Cedam, Padova, 1984.

Crisafulli V., *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, il Mulino, Bologna, 1984 (1ª ed. 1978), p. 69 ss.

Crisafulli V., *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 130 ss.

Crisafulli V., *Introduzione al diritto costituzionale italiano: gli ordinamenti giuridici*, *Stato e Costituzione, formazione della Repubblica italiana*, Cedam, Padova, 1970.

Crisafulli V., *La Costituzione e le sue norme di principio*, Giuffrè, Milano, 1952.

Crocker T.P., *Bush v. Gore*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, I, Gale, Detroit, 2008, p. 239 ss.

Crosskey W.W., *Politics and the Constitution in the History of the United States*, University of Chicago Press, Chicago, 1953.

Cuocolo F., *Forme di Stato e Forme di Governo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VI, Utet, Torino, 1991, p. 492 ss.

Curreri S., *Prime riflessioni sulla sentenza 20 gennaio 2004, n. 24 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 21 gennaio 2004, p. 1 ss.

Currie D.P., *The Constitution in the Supreme Court: The First Hundred Years, 1789-1888*, University of Chicago Press, Chicago, 1992.

Currie D.P., *The Constitution in the Supreme Court 1789-1801*, 48 *University of Chicago Law Review* 819, 1981.

Dal Canto F., *Art. 137*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Art. 101-139, Utet, Torino, 2006, p. 2674 ss.

D'alessio G. (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, 1945-1946*, il Mulino, Bologna, 1979.

D'Aloja A., *From Gay Rights to Same-Sex Marriage: A Brief History Through the Jurisprudence of US Federal Courts*, in D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (a cura di), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2014, p. 33 ss.

D'Aloia A. (eds.), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005.

D'Amico M., *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in www.forumcostituzionale.it, 5 novembre 2015, p. 1 ss.

D'amico M., *Art. 134 Cost. 1° alinea*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Art. 101-139, Utet, Torino, 2006, p. 2563 ss.

D'amico M., *Parti e processo nella giustizia costituzionale, studio introduttivo*, Giappichelli, Torino, 1991.

D'andrea L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005.

D'Orazio G., *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 1992, p. 61 ss.

D'orazio G., *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Ed. Comunità, Milano, 1981.

D'orazio G., *Prime osservazioni sull'esercizio della funzione legislativa "consequenziale" alle decisioni della Corte costituzionale*, in *Archivio Giuridico*, 173, 1-2, 1967, p. 92 ss.

D'Orlando E., *I conflitti di attribuzione*, in L. Mezzetti, M. Belletti, E. D'orlando, E. Ferioli, *La giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2007, p. 441 ss.

Dahl R.A., *How Democratic is the American Constitution*, Yale University Press, New Haven-London, 2001.

Dahl R.A., *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 *Journal of Public Law* 279, 1957.

David M., *Passport to Justice: Internationalizing the Political Question Doctrine for Application in the World Court*, 40 *Harvard International Law Journal* 81, 1999.

De Fiores C., *Corte, Legislatore e indirizzo politico*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 181 ss.

De Siervo U., *Una ricerca sull'impatto di alcuni tipi di decisioni della Corte costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2008, p. 695 ss.

De Siervo U., *Riflessioni su un'esperienza di lavoro alla Corte costituzionale*, in *Giornale di storia costituzionale*, 11, 2006, p. 84 ss.

De Siervo U., *L'Istituzione della Corte costituzionale in Italia dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, in www.giurcost.org, 2006, 1 ss.

De Siervo U. (a cura di), *Costituente e cultura giuridica*, I, il Mulino, Bologna, 1980.

De Siervo U., *Scelte e confronti costituzionali nel periodo costituente. Il progetto democratico cristiano e le altre proposte*, in *Jus*, 2, 1979, p. 125 ss.

De Tocqueville A. *La democrazia in America*, Utet, Torino, 2007.

De Tocqueville A. *Democracy in America*, Phillips Bradley ed., Vintage Books, New York, 1990.

de Vergottini G., *Diritto Costituzionale Comparato*, Cedam, Padova, 2013.

DE VERGOTTINI G., *Diritto Costituzionale*, Cedam, Padova, 2006.

DE VERGOTTINI G. (a cura di), *Costituzione della difesa e stati di crisi*, in *Rivista Militare*, 1991.

DELLINGER W., *The Legitimacy of Constitutional Change, Rethinking the Amendment Process*, 97 *Harvard Law Review* 396, 1983.

DEMMING ANZON A., *La Corte costituzionale "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunce di accoglimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2015, p. 67 ss.

DEUTSCH J.G., *Neutrality, Legitimacy, and the Supreme Court: Some Intersections Between Law and Political Science*, 20 *Stanford Law Review* 169, 1968.

DEVIS N., *Congressional Response to Judicial Decision*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, I, Gale, Detroit, 2008, p. 400 ss.

DEVINS N., FISHER L., *The Democratic Constitution*, Oxford University Press, New York, 2004.

DEVINS N., FITTS M.A., *The Triumph of Timing: Raines v. Byrd and the Modern Supreme Court's Attempt to Control Constitutional Confrontations*, 86, *Georgetown Law Journal* 351, 1997.

DICEY A.V., *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2003.

DOGLIANI M., *Teoria della costituzione e giustizia costituzionale*, in P. CARNEVALE, C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 36 ss.

DOGLIANI M., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino 1994.

DOGLIANI M., *Interpretazioni della Costituzione*, Franco Angeli, Milano, 1982.

DOLSO G.P., *Le decisioni di inammissibilità nella recente giurisprudenza della Corte*, in A. BARBERA, T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, BUP, Bologna, 2008, p. 547 ss.

DOLSO G.P., *I rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione nel prisma delle decisioni di inammissibilità*, in AA.VV., *Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, p. 47 ss.

DOLSO G.P., *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 2003.

DOLSO G.P., *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 1999, p. 4111 ss.

Domenicali C., *Chi decide gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità? Le soluzioni della Corte costituzionale prima e dopo la sentenza n. 10/2015*, in *Studium iuris*, 11, 2015, p. 1269 ss.

Donati F., *Cambiare la Corte costituzionale?*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2009, p. 109 ss.

Dorf M.C., *The Judiciary and the Popular Will: The Majoritarian Difficulty and Theories of Constitutional Decision Making*, 13 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 283, 2010.

Dougherty C.K., *Textualism*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, V, Gale, Detroit, 2008, p. 41 ss.

Douglas C., *Political Question Doctrine*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, IV, Gale, Detroit, 2008, p. 63 ss.

Driesen D.M., *Standing for Nothing: The Paradox of Demanding Concrete Context for Formalist Adjudication*, 89 *Cornell Law Review* 2004.

Drigo C., *Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, 28 giugno 2012, National Federation Of Independent Business, et al. v. Sebelius; Secretary of Health and Human Services, et al. [567 U.S. (2012)]*, in *Dpce Online*, 4, 2012, p. 1 ss.

Duguit L., *La théorie générale de l'Etat*, in Id., *Traité de droit constitutionnel*, II, Fontemong & C. le, Parigi, 1923.

Dworkin R., *La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari, 2010.

Dworkin R.M., *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 2010.

Dworkin R., *Corte Suprema e garanzie nel trattamento dei terroristi*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2005, p. 905 ss.

Dworkin R.M., *Law's Empire*, Hart Publishing, U.S., 2003.

Dworkin R.M., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1997.

Dworkin R.M., *A Bill of Rights for Britain*, Chatto & Windus, London, 1990.

Dworkin R.M., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1986.

Ehrlich J.S., *Roe v. Wade*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, IV, Gale, Detroit, 2008, p. 268 ss.

Edsforth R., *The New Deal. America's Response to the Great Depression*, Blackwell, Oxford, 2000.

Einaudi, M., *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Memorie dell'Istituto Giuridico, Torino, 1931.

Elia L., *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale. Alcuni nodi cri-*

tici, in M. Olivetti, T. Groppi (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Giuffrè, Milano, 2003.

Elia L., *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in Aa.Vv., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica, stile*, Cedam, Padova, 1988, p. 229 ss.

Elia L., *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-luglio 1985)*, in Aa.Vv., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, Cedam, Padova, 1985, p. 313 ss.

Elia L., *Giustizia Costituzionale e diritto comparato*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 1984, p. 7 ss.

Elia L., *La giustizia costituzionale nel 1983*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 1984, p. 338 ss.

Elia L., *Conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale*, in *Foro Italiano*, V, 1983, p. 80 ss.

Elia L., *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, Bologna, 1982, p. 515 ss.

Elia L., *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 634 ss.

Elia L., *La guerra di Spagna come "fatto ideologico": un caso di "political question"?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 1968, p. 1741 ss.

Elliott H., *Symposium*: *Standing in the Roberts Court: Does the Supreme Court Ignore Standing Problems to Reach the Merit? Evidence (or Lack) from the Roberts Court*, 23 *William & Mary Bill of Rights Journal* 189, 2014.

Elliott H., *The Functions of Standing*, 61 *Stanford Law Review* 459, 2008.

Ellis R.J., *American Political Cultures*, Oxford University Press, New York, 1993.

Elsea J.K., *Zivotofsky v. Kerry: The Jerusalem Passport Case* (Congressional research service) in https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R43773.pdf del 30 ottobre 2014.

Ely J.H., *Gerrymanders: The Good, the Bad and the Ugly*, 50 *Stanford Law Review* 607, 1998.

Ely J.H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1981.

Endicott A., *The Judicial Answer Treatment of the Political Question Doctrine in Alien Tort Claims*, 28 *Berkeley Journal of International Law* 537, 2010.

ENGDAHL D.E., *John Marshall's "Jeffersonian" Concept of Judicial Review*, 42 *Duke Law Journal* 279, 1992.

ENTIN J.L., *War Powers, Foreign Affairs and the Courts: Some Institutional Considerations*, 45 *Case Western Reserve Journal of International Law* 443, 2012.

ENTIN J.L., *Concurring opinions*, in *Encyclopedia o the Supreme Court of the United States*, I, Gale, Detroit, 2008, p. 388 ss.

EPPS G., *Fourteenth Amendment*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, II, Gale, Detroit, 2008, p. 245 ss.

EPSTEIN R.A., *The Classical Liberal Constitution: The Uncertain Quest for Limited Government*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 2013.

EPSTEIN R.A., *"In Such Manner as the Legislature Thereof May Direct": The Outcome in Bush v. Gore Defended*, 68 *University of Chicago Law Review* 613, 2001.

ERLICH E.M., *Les Idées De Montesquieu sur La Séparation des Pouvoirs, et la Constitution Américaine*, in *Revue du Droit Public*, 43, 1926, p. 130 ss.

ESBECK C.E., *Taxpayer Standing From Flast to Hein*, 80 *Mississippi Law Journal* 1, 2010.

ESBECK C.E, *What the Hein Decision Can Tell Us about the Roberts Court and the Establishment Clause*, 78 *Mississippi Law Journal* 199, 2008.

ESKRIDGE W.N., FRICKEY P.P., *Foreword: Law as Equilibrium*, 108 *Harvard Law Review* 26, 1994.

ESKRIDGE W.N., FRICKEY P.P., *The Making of "The Legal Process"*, 107 *Harvard Law Review* 2013, 1994.

FABBRINI F., *Lotta al terrorismo: da Bush a Obama, passando per la Corte Suprema*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2011, p. 89 ss.

FABIANO L., *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, Giappichelli, Torino, 2009.

FALLON R.H. *et al.*, *Hart and Wechsler's, The Federal Courts and the Federal System*, Foundation Press, New York, 2009.

FALLON R.H. JR, *The Linkage between Justiciability and Remedies: And Their Connections to Substantive Rights*, 92 *Virginia Law Review* 633, 2006.

FALLON R.H. JR, *Legitimacy and the Constitution*, 118 *Harvard Law Review* 1789, 2005.

FALLON R.H. JR, *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*, 113 *Harvard Law Review* 1321, 2000.

Fallon R.H. Jr, *A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, 100 *Harvard Law Review* 1081, 1987.

Fallon R.H. Jr, *Of Justiciability Remedies and Public Law Litigation: Note on the Jurisprudence of Lyons*, 59 *New York University Law Review* 1, 1984.

Falzea P., *Norme, principi, integrazione. Natura, limiti e seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali a contenuto indeterminato*, Giappichelli, Torino, 2005.

Falzea P., *Aspetti problematici del seguito legislativo delle sentenze della Corte costituzionale*, in A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di) *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 121 ss.

Falzea P., *In tema di sentenze di accoglimento parziale*, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 477 ss.

Falzone V., Palermo F., Cosentino F., *La Costituzione della Repubblica italiana – illustrata con i lavori preparatori e corredata da note e riferimenti*, Mondadori, Milano, 1976.

Farber D.A., *A Place-Based Theory of Standing*, 55 *UCLA Law Review* 1505, 2008.

Farber D.A., *Legal Pragmatism and the Constitution*, 72 *Minnesota Law Review* 1331, 1988.

Farrand M., *The Records of the Federal Convention of* 1787, 4 voll., Yale University Press, New Haven-London, 1966.

Farrand M., *The Framing of the Constitution of the United States*, Yale University Press, New Haven-London, 1913.

Farrand M., *The First Hayburn Case*, 1792, 13 *American Historical Review* 281, 1908.

Fatta C., *La tutela dei diritti fondamentali tra discrezionalità del legislatore e Corte costituzionale*, in *Rassegna Parlamentare*, 2, 2007, p. 395 ss.

Favoreu L., *La légitimité de la justice constitutionnelle et la composition des juridictions constitutionnelles*, in *Legitimidade et Legitimação da Justiça Constitucional*, Colóquio n. 10, Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra editora, Coimbra, 1995, p. 229 ss.

Felicetti F., *Discrezionalità legislativa e giudizio di costituzionalità*, in *Foro italiano*, I, 1986, p. 22 ss.

Ferioli E., *Origini e sviluppo del principio democratico nell'ordinamento costituzionale italiano*, in L. Mezzetti (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 179 ss.

FERIOLI E., *Genesi, organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale italiana*, in L. MEZZETTI, M. BELLETTI, E. D'ORLANDO, E. FERIOLI, *La giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2007, pp. 267-269 ss.

FERRARA G., *Giurisprudenza costituzionale e democrazia: quali valori, quale teoria?*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale, in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova, 1985, p. 325 ss.

FERRARI G., *La difficile nascita della Corte costituzionale*, in AA.VV., *1956-2006, Cinquant'anni di Corte costituzionale*, tomo II, Roma, ed. Corte costituzionale, 2007, p. 1274 ss.

FERRARI G.F., *Le libertà. Profili comparatistici*, Giappichelli, Torino, 2011.

FERRARI G.F., *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2005/2006 e 2006/2007*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2007, p. 3797 ss.

FERRARI G.F., *La comparazione giuridica nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America*, in G.F. FERRARI, A. GAMBARO (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, ESI, Napoli, 2006, Collana 50 anni della Corte costituzionale, vol. III, pp. 307-343.

FERRARI G.F., *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2003/2004 e 2004/2005*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2005, p. 4125 ss.

FERRARI G.F., *La Corte Suprema nei terms 1999/2000 e 2000/2001*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 5, 2001, p. 3491 ss.

FERRARI G.F., *La Corte Suprema degli Stati Uniti durante la presidenza Burger (1969-1986)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 1987, p. 1896 ss.

FERRARI G.F., *Separazione dei poteri e forma di governo nella recente giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Jus*, 3, 1984, p. 274 ss.

FIELD O.P., *The Doctrine of Political Questions in the Federal Courts*, 8 *Minnesota Law Review* 485, 1924.

FIORAVANTI M., *Il valore della Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

FIORILLO M., *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 90 ss.

FINKELSTEIN M., *Further Notes on Judicial Self-Limitation*, 39 *Harvard Law Review* 221, 1925.

FINKELSTEIN M., *Judicial Self-Limitation*, 37 *Harvard Law Review*, 338, 1924.

FIRESIDE H., *Separate and Unequal: Homer Plessy and the Supreme Court Decision that Legalized Racism*, Caroll&Graf, New York, 2004.

FIRMAGE E.B., *The War Powers and the Political Question Doctrine*, 49 *University of Colorado Law Review* 65, 1977.

Fisher L., *Constitutional Dialogues, Interpretation as Political Process*, Princeton University Press, Princeton, 1988, ristampa 2014.

Fisher L., *The Supreme Court and Congress: Rival Interpretations*, CQPress, U.S., 2009.

Fisher L., *Bush v. Gore: Too Political*, in N. Mourtada-Sabbah, B.E. Cain (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Lexington Books, Lanham, MD., 2007, p. 145 ss.

Fisher L., *The Legislative Veto: Invalidated, it Survives*, in 56 *Law Contemporary Problems*, 1993, p. 273 ss.

Fisher L., *The Pocket Veto: Its Current Status*. US Government and Finance Division, Congressional Research Service, U.S. Library of Congress, in www.senate.gov, 2001.

Flaherty M.S., *Originalism*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, III, Gale, Detroit, 2008, p. 465 ss.

Flaherty M.S., *The Most Dangerous Branch*, 105 *The Yale Law Journal* 1725, 1996.

Fleming J.E., *Judicial Review Without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously Outside the Courts*, 73 *Fordham Law Review* 1377, 2005.

Fletcher W.A., *The Structure of Standing*, 98 *The Yale Law Journal* 221, 1988.

Floridia G.G., Sorrentino F., *Interna corporis*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVII, Roma, 1989, p. 1 ss. (*ad vocem*).

Floyd C.D., *The Justiciability Decisions of the Burger Court*, 60 *Notre Dame Law Review* 862, 1985.

Fois S., *Le opinioni dissenzienti: problemi e prospettive di soluzione*, in A. Anzon (a cura di), *L'opinione dissenziente*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 21 ss.

Forbath W.E., *Constitutional Change and the Politics of History*, 108 *The Yale Law Journal* 1917, 1999.

Franceschi P., *La Corte Costituzionale nel 1983: incidenza sulla legislazione e rapporti con il Parlamento*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 1984, p. 156 ss.

Frank J.P., *Political Questions*, in E.N. Chan (ed.), *Supreme Court and Supreme Law*, Indiana University Press, Bloomington, 1954, p. 36 ss.

Frankfurter F., *A Note on Advisory Opinions*, 37 *Harvard Law Review* 1002, 1924.

Fried C., *Saying What the Law Is: The Constitution in the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 2004.

Friedman B., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Recostruction's Political Court*, 91 *Georgetown Law Journal* 1, 2002.

Friedman B., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of an Academic Obsession*, 112 *The Yale Law Journal* 153, 2002.

Friedman B., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics*, 148 *University of Pennsylvania Law Review* 971, 2000.

Friedman B., *Symposium: Defining Democracy for the Next Century. Neutral Principles: A Retrospective*, 50 *Vanderbilt Law Review* 503, 1997.

Friedman B., *Legal Theory: A Different Dialogue: The Supreme Court, Congress and Federal Jurisdiction*, 85 *Northwestern University Law Review* 1, 1990.

Friedman B., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, 73 *New York University Law Review* 333, 1988.

Fritz C.G., *American Sovereigns: The People and America's Constitutional Tradition before the Civil War*, Cambridge University Press, Cambridge, Ma., 2008.

Frosini T.E., *Lo Stato di diritto si è fermato a Guantanamo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2005, p. 1645 ss.

Frosini T.E., *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Giuffrè, Milano, 1997.

Fuentes-Rohwer L., *Reconsidering the Law of Democracy: Of Political Questions, Prudence, and the Judicial Role*, 47 *William and Mary Law Review* 1899, 2006.

Fuentes-Rohwer L., *Doing Our Politics in Court: Gerrymandering, "Fair Representation" and an Exegesis into the Judicial Role*, 78 *Notre Dame Law Review* 527, 2003.

Fuentes-Rohwer L., *Baker's Promise, Equal Protection, and the Modern Redistricting Revolution: A Plea for Rationality*, 80 *North Carolina Law Review* 1353, 2002.

Galizia M., *Profili storico comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico F. Serafini*, 1, 1963, p. 3 ss.

Gant E., *Judicial Supremacy and non-Judicial Interpretation of the Constitution*, 24 *Hastings Constitutional Law Quarterly* 359, 1997.

Garosci A., *Il pensiero politico degli autori del "Federalist"*, Edizioni di Comunità, Milano, 1954.

Garry P.M., *A Different Model for the Right to Privacy: The Political Ques-*

tion Doctrine as a Substitute for Substantive Due Process, 61 *University of Miami Law Review* 169, 2006.

Garvey J.H., Aleinikoff T.A, Farber D.A., *Modern Constitutional Theory: A Reader*, Thomson, U.S., 2004.

Gerangelos P., *The Separation of Powers and Legislative Interference in Judicial Process. Constitutional Principles and Limitations*, Hart Publishing, U.S., 2009.

Gerber S.D., *The Court, the Constitution and the History of Ideas*, 61 *Vanderbilt Law Review* 1067, 2008.

Gerber S.D., *Judicial Review before Marbury*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, III, Gale, Detroit, 2008, p. 65 ss.

Gerhardt M.J., *Rediscovering Nonjusticiability: Judicial Review of Impeachment after Nixon*, 44 *Duke Law Journal* 231, 1994.

Gerhardt M.J., Griffin S.M., Rowe T.D. Jr, *Constitutional Theory: Arguments and Perspectives*, Lexis Nexis, U.S., 2007.

Gillman H., *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*, Duke University Press, Durham, 1993.

Giovannelli A., *Alcune considerazioni sul modello della* Verfassungsgerichtsbarcheit *kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione "politica" della Corte Costituzionale*, in Aa.Vv., *Scritti su la Giustizia Costituzionale, in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova, 1985, p. 381 ss.

Giovannelli A., *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Giuffrè, Milano, 1983.

Ginsburg R.B., *Dissent, is an "Appeal" for the Future*, 32 *The Alaska Bar Association* 1, 2008.

Ginsburg R.B., *Remarks on Writing Separately*, 65 *Washington Law Review* 133, 1990.

Giunta C., *L'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale tra tecniche processuali e collaborazione istituzionale*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 3, 2005, p. 335 ss.

Giupponi T.F., *La Corte e il "suo" processo. Brevi riflessioni a margine della Sent. n. 10 del 2015 della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, 4, 2015, p. 187 ss.

Giupponi T.F., *La Corte dei conflitti, al crocevia tra giustizia e politica*, in *Percorsi costituzionali*, 2/3, 2010, p. 79 ss.

Gobbo M., *La funzione consultiva delle Corti negli ordinamenti anglosassoni*, Libreria Bonomo Editrice, Bologna, 2004.

GOBBO M., *Proposte di riforma del controllo di costituzionalità in Italia: una verifica comparatistica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 1999, pp. 439 ss.

GOEBEL J. JR, *Antecedents and Beginnins to 1801*, The Oliver Wendell Holmes Devise-*History of the Supreme Court*, I, Cambridge University Press, New York, 2010.

GOLDFORD D.J., *American Constitution and the Debate over Originalism*, Cambridge University Press, New York, 2005.

GOLDSMITH J.L., *The New Formalism in United States Foreign Relations Law*, 70 *University of Colorado Law Review* 1395, 1999.

GOLDSWORTY J., *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*, Oxford University Press, New York, 2007.

GORLANI M., *La dissenting opinion nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: un modello importabile in Italia?*, in www.forumcostituzionale.it, 17 maggio 2002, p. 1 ss.

GOUGH J.W., *Fundamental Law in English Constitutional History*, Clarendon Press, Oxford, 1955.

GRABER M.A., *The Problematic Establishment of Judicial Review*, in H. GILLMAN, C. CLAYTON (eds.), *The Supreme Court in American Politics*, University Press of Kansas, Lawrence, 1999, p. 28 ss.

GRARBER M.A., *From Republic to Democracy: The Judiciary and the Political Process*, in K.L. HALL, K.T. MCGUIRE (eds.), *The Judicial Branch*, Oxford University Press, New York, 2005, p. 401 ss.

GRASSI S., *Conflitti costituzionali*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, III, Utet, Torino, 1989, p. 362 ss.

GRATTERI A., *La contesa elettorale e giudiziaria per la corsa alla Casa Bianca del 2000*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2001, p. 245 ss.

GREENBAUM J., *Giustizia Costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, Giuffrè, Milano, 1992.

GREENSTEIN R.K., *Mootness*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, III, Gale, Detroit, 2008, p. 325 ss.

GREY T.C., *Judicial Review and Legal Pragmatism*, 38 *Wake Forest Law Review* 473, 2003.

GREY T.C., *Freestanding Legal Pragmatism*, 18 *Cardozo Law Review* 21, 1996.

GREY T.C., *Do We Have an Unwritten Constitution?*, 27 *Stanford Law Review* 175, 1975.

GREY T.C., *Holmes and Legal Pragmatism*, 41 *Stanford Law Review* 787, 1972.

Griffin S.M., *Il costituzionalismo americano*, il Mulino, Bologna, 2003.

Grofman B. (ed.), *Political Gerrymandering and the Courts*, Agathon Press, New York, 1990 (rist. 2008).

Grofman B., *Towards a Coherent Theory of gerrymandering: Bandemer and Thronburg*, Id. (ed.), *Political Gerrymandering and the Courts*, Agathon Press, New York, 1990 (rist. 2008), p. 29 ss.

Groppi T. (a cura di), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.

Groppi T., *La Corte e i poteri*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 916 ss.

Grosso E., *Il governo degli effetti temporali della sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2015, p. 79 ss.

Grosso E., *Riformare la materia elettorale per via giudiziaria? Un'indebita richiesta di "supplenza" alla Corte costituzionale di fronte alla ennesima disfatta della politica*, in *Rivista AIC*, 4, 2013, p. 1 ss.

Grosso E., *Parlamento e Corte costituzionale*, in L. Violante (a cura di), *Il Parlamento*, Storia d'Italia, Einaudi, Torino, 2001, p. 443 ss.

Grottanelli de' Santi G., *I conflitti di attribuzione tra lo Stato e le regioni e tra le regioni*, Giuffrè, Milano, 1961.

Grove T.L., *The Lost History of the Political Question Doctrine*, in 90 *New York University Law Review* 1908, 2015.

Guarino G., *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, p. 356 ss.

Guastini R., *Teoria ed ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2006, p. 743 ss.

Guastini R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004.

Guastini R., *Peculiaridades de la interpretación constituciónal*, in E. Ferrer Mac-Gregor (a cura di), *Derecho procesual Constitucional*, IV, Editorial Porrua, Mexico, 2003, p. 3435 ss.

Guastini R., *Lezioni di teoria costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001.

Guastini R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 331 ss.

Gunther G., *The Subtle Vices of the "Passive Virtues": A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review*, 64 *Columbia Law Review* 1, 1964.

GUNTHER G., SULLIVAN K., *Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1997.

GUAZZAROTTI A., *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2002, p. 3435 ss.

GUZZETTA G., *La sentenza della Corte Costituzionale sulla legge elettorale: molti, forse troppi, spunti di riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2014, p. 126 ss.

GWYN W.B., *The American Constitutional Tradition of Shared and Separated Powers: The Indeterminacy of the Separation*, 30 *William and Mary Law Review* 263, 1989.

GWYN W.B., *The Meaning of the Separation of Powers. An analysis of the Doctrine from its Origins to the Adoption of the United States Constitution*, Tulane University, New Orleans, 1965.

HÄBERLE P., *Lo Stato costituzionale*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2005.

HAINES C.G., *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, The Macmillan Company, New York, 1914.

HAYS LOWESTEIN D., *Bandemer's Gap: Gerrymandering and Equal protection*, in B. GROFMAN (ed.), *Political Gerrymandering and the Courts*, Agathon Press, New York, 1990 (rist. 2008), p. 64 ss.

HALL M.I., *The Partially Prudential Doctrine of Mootness*, 77 *George Washington Law Review* 562, 2009.

HALL K.L., *Judicial Review and Judicial Power in the Supreme Court*, Routledge, New York, 2000.

HALL K.L., *The Supreme Court in American Society. Judicial Review and Judicial Power in the Supreme Court*, Garland Publishing, New York, 2000.

HALL K.L., KARSTEN P., *The Magic Mirror: Law in American History*, Oxford University Press, New York, 2008.

HAMILTON A., MADISON J., JAY J., *The Federalist Papers*, Signet Classic, 2003 (ed. orig.: *The Federalist*, McLean, New York, 1788).

HAND L., *The Bill of Rights* (*The Oliver Wendell Holmes Lectures*), Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1958.

HANSEN R.L., *Looking for Standards (in All the Wrong Places): Partisan Gerrymandering Claims after Vieth*, in *Loyola. LA Legal Studies Research Paper n. 4-12*, 2004.

HANUS J.J., *Denial of Certiorari and Supreme Court Policymaking*, 17 *The American University Law Review* 41, 1967.

HARRINGTON J., *La Repubblica di Oceana*, trad. it. a cura di G. Schiavone, Franco Angeli, Milano, 1985.

HART H.L.H., *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, 5 *Georgia Law Review* 969, 1977.

HART H.M. JR, SACKS A.M.A., *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, Foundation Press, New York, 1958 (rist. 2001).

HASKINS G.L., JOHNSON H.A., *Foundations of Power: John Marshall 1801-1815*, in *The Oliver Wendell Holmes Devise. History of the Supreme Court of the United States*, II, Cambridge University Press, New York, 2010.

HEARN W.E., *The Government of England. Its Structure and its Development*, Longmans, Green, Reader and Dryer, London, 1867.

HELLMAN A., *Case Selection in the Burger Court: A Preliminary Inquiry*, 60 *Notre Dame Law Review* 974, 1985.

HENKIN L., *Is there a "Political Question" Doctrine?*, 85 *The Yale Law Journal* 597, 1976.

HESSICK F.A., *Standing, Injury in Fact, and Private Rights*, 93 *Cornell Law Review* 275, 2008.

HOBSON C.F., *The Great Chief Justice: John Marshall and the Rule of Law*, University Press of Kansas, Lawrence, 1996.

HOLLEY-WALKER D., *Defining Race-Conscious Programs in the* Fisher Era, *57 Howard Law Journal* 545, 2014.

HOLMES O.W., *The Path of the Law and the Common Law*, Kaplan, New York, 2009.

HOSTETTLER J., *Sir Edward Coke: A Force for Freedom*, Barry Rose Law Publishers, Sussex, 1997.

HOVENKAMP H., *The Political Economy of Substantive Due Process*, 40 *Stanford Law Review* 379, 1988.

HUQ A.Z., *Standing for the Structural Constitution*, 99 *Virginia Law Review* 1435, 2013.

HUSCROFT G., MILLER B.W. (eds.), *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

HUYLER J., *Locke in America: The Moral Philosophy of the Founding Era*, University Press of Kansas, Lawrence, 1995.

ISSACHAROFF S., *Gerrymandering and Political Cartels*, 116 *Harvard Law Review* 593, 2002.

ISSACHAROFF S., *Judging Politics: The Elusive Quest for Judicial Review of Political Fairness*, 71 *Texas Law Review* 1643, 1993.

Issacharoff S., Karlan P.S., *Where to Draw the Line? Judicial Review of Political Gerrymanders*, 153 *U. PA. Law Review* 541, 2004.

Jackson V.C., *Symposium*: *Standing in the Roberts Court: Standing and the Role of Federal Courts: Triple Error Decisions in Clapper v. Amnesty International USA and City of Los Angeles v. Lyons*, 23 *William & Mary Bill of Rights Journal* 127, 2014.

Jacobs M., Zelizer W.J., *The Democratic Experiment: New Directions in American Political History*, Princeton University Press, Princeton, 2003.

Jiménez Asensio R., *El constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

Jinks D., Kumar Katyal N., *Disregarding Foreign Relations Law*, 116 *The Yale Law Journal* 1230, 2007.

Johnson H.A., *American Legal and Constitutional History: Cases and Materials*, University Press of America, Lanham, 2001.

Kahn R., Kersch K.I., *The Supreme Court and American Political Development*, University Press of Kansas, Lawrence, 2006.

Kannan P.M., *Advisory Opinions by Federal Courts*, 32 *University of Richmond Law Review* 769, 1998.

Katyal N.K., *Global Constitutionalism: National Security and Constitutional Protection: Equality in the War on Terror*, 59 *Stanford Law Review* 1365, 2007.

Katyal N.K., *Hamdan v. Rumsfeld: The Legal Academy Goes to Practice*, 120 *Harvard Law Review* 65, 2006.

Katyal N.K., *Judges as Advicegivers*, 50 *Stanford Law Review* 1709, 1998.

Katz E.D., *Reviving the Right to Vote*, 68 *Ohio St. Law Lournal* 1163, 2007.

Keck T.M., *The Most Activist Supreme Court in History: The Road to Modern Judicial Conservatorism*, University of Chicago Press, London, 2004.

Keith L.C., *The U.S. Supreme Court and the Judicial Review of Congress*, Peter Lang, New York, 2008.

Kelsen H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano, 2000.

Kelsen H., *La giustizia costituzionale*, ed. Giuffrè, Milano, 1981.

Killebrew P., *Where Are All The Left-Wing Testualists*?, 86 *New York University Law Review* 1895, 2007.

Klarman M., *What's so Great about Constitutionalism?*, 93 *Northwestern University Law Review* 145, 1998.

Klarman M., *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, 90 *Michigan Law Review* 213, 1991.

Koppelman A., *Bad News for Mail Robbers: The Obvious Constitutionality*

of Health Care Reform, 121 *Yale Law Journal Online* 1, 2011 (www.yalelawjournal.org).

Kloppenberg L.A., *Avoiding Constitutional Questions*, 35 *Boston College Law Review* 1003, 1994.

Koopmans T., *Courts and Political Institutions. A Comparative View*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

Kramer L.D., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004.

Kramer L.D., *Constitution as Architecture: A Charette*, 65 *Indiana Law Journal* 283, 1990.

Krent H.J., Shenkman E.G., *Of Citizen Suits and Citizen Sunstein*, 91 *Michigan Law Review* 1793, 1993.

Kurland P.B., *The Rise and Fall of the "Doctrine" of Separation of Powers*, 85 *Michigan Law Review* 592, 1986.

Kurland P.B., *Equal in Origin and Equal in Title to the Legislative and Executive Brances of the Government*, 78 *Harvard Law Review* 143, 1964.

LaCroix A.L., *The Ideological Origins of American Federalism*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 2010.

Lamarque E., *Il seguito delle decisioni interpretative e additive della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2008, p. 699 ss.

Lanchester F., *Legittimità e legittimazione: la prospettiva del costituzionalista*, in *Il Politico*, 1998, p. 550 ss.

Landes W.M., Posner R.A., *The Economics of Anticipatory Adjudication*, 23 *Journal of Legal Studies* 683, 1994.

Lee E.T., *Deconstitutionalizing Justiciability: The Example of Mootness*, 105 *Harvard Law Review* 603, 1992.

Levi L., *Legittimità*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1983, p. 582 ss.

Levinson S., *Article V*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, I, Gale, Detroit, 2008, p. 109 ss.

Levinson S., *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton University Press, Princeton, 1995.

Levy L.W., *Judicial Review and the Supreme Court: Selected Essays*, Harper&Row, New York, 1987.

Lewis E.R., *History of American Political Thought from the Civil War to the World War*, The Macmillan Company, New York, 1937.

LICHT R.A., *Is the Supreme Court the Guardian of the Constitution?*, The AEY Press, Washington, 1993.

LIJPHART A., *Le democrazie contemporanee*, il Mulino, Bologna, 2001.

LINDBLOM C.E., WOODHOUSE E.J., *The Policy-Making Process*, Englewood Cliffs, New Jersey, 1993.

LINDQUIST S.A., CROSS F.B., *Measuring Judicial Activism*, Oxford University Press, New York, 2009.

LINZER P., *Dissenting Opinions*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, II, Gale, Detroit, 2008, p. 40 ss.

LINZER P., *The Meaning of Certiorari Denials*, 79 *Columbia Law Review* 1227, 1979.

LIVELY D.E., *Foreshadows of the Law, Supreme Court Dissents and Constitutional Development*, Praeger, Westport-London, 1993.

LOBBAN M., *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600-1900*, in E. PATTARO, C. ROVERSI (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, VIII, Springer, Dodrecht, 2007, p. 155 ss.

LOBEL J., *Emergency Power and the Decline of Liberalism*, 98 *The Yale Law Journal* 1385, 1989.

LOCKE J., *Due trattati sul governo*, 1690, ed. it. a cura di L. Pareyson, Utet, Torino, 2010.

LONGO E., *U.S.A.: Lord Beveridge goes to Washington. L'opinione del Presidente della Corte suprema americana decisiva nella causa sulla riforma delle assicurazioni sanitarie voluta dal Presidente Obama nel 2010*, in www.forumcostituzionale.it, 30 ottobre 2012, p. 1 ss.

LONGO E., PIN A., *Dalla sentenza n. 10 alla n. 70 del 2015: quando la giustizia costituzionale diventa imprevedibile*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2015, p. 697 ss.

LOWMANT D.L., *A Call for Judicial Restraint: Federal Taxpayer Grievances Challenging Executive Action*, 30 *Seattle University Law Review* 651, 2007.

LUATTI L. (a cura di), *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994.

LUCIANI M., *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 538 ss.

LUCIANI M., *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*, I, t. II, Zanichelli, Bologna-Roma, 2005, p. 599 ss.

LUCIANI M., *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra*

giurisdizione e democrazia), in *Politica del diritto*, 3, 1998, p. 365 ss.

Luciani M., *Corte costituzionale e ideale democratico (questioni teoriche ed esperienze italiane)*, in *Ass.ne per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quad. n. 2, 1991, p. 13 ss.

Luciani M., *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri". Notarelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Cedam, Padova, 1985, p. 497 ss.

Luciani M., *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Cedam, Padova, 1984.

Lucifredi P.G., *Appunti di diritto costituzionale comparato. Il sistema statunitense*, Giuffrè, Milano, 1993.

MacCormick N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.

Malfatti E., *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata, ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta OnLine*, 2, 2015, p. 1 ss.

Malfatti E., *L'accesso alla procreazione assistita, tra "integrazioni" della legge e nuove aperture giurisprudenziali*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2010, p. 833 ss.

Malfatti E., Panizza S., Romboli R., *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016.

Malfatti E., Panizza S., Romboli R., *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2003.

Manca A., Berruti A., *Conflitto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IV, Utet, Torino, 1957, p. 46 ss.

Mancini S., *Le donne vanno protette da loro stesse? L'aborto al vaglio della Supreme Court*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2007, p. 654 ss.

Mank B., *Should States Have Greater Standing Rights than Ordinary Citizens?: Massachusetts v. EPA's New Standing Test for States*, 49 *William and Mary Law Review* 1701, 2008.

Mansfield M.E., *Standing and Ripeness Revisited: The Supreme Court's "Hypothetical" Barriers*, 68 *North Dakota Law Review* 1, 1992.

Maranini G., *La posizione della Corte e dell'autorità giudiziaria in confronto all'indirizzo politico di regime (o costituzionale) e all'indirizzo politico di maggioranza*, in Id. (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Vallecchi, Firenze, 1966, p. 132 ss.

Marazzita G., *L'emergenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003.

Marcenò V., *La Corte costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche decisorie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2000, p. 1985 ss.

Marcus M., *Judicial Review in the Early Republic*, in R. Hoffman, P.J. Albert (eds.), *Launching the "Extended Republic", The Federalist Era*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1996, p. 25 ss.

Marcus M., *Separation of Powers in the Early National Period*, 30 *William and Mary Law Review* 269, 1989.

Marcus M., Tier R., *Hayburn's Case: A Misinterpretation of Precedent*, 1 *Wisconsin Law Review* 527, 1988.

Martines T., *Corte costituzionale e alta Corte per la Regione siciliana*, in *Opere*, II, Giuffrè, Milano, 2000, p. 707 ss.

Massa Pinto I., *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 1998, p. 1309 ss.

Masserini V., *La materia elettorale*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006, p. 553 ss.

Massey C., *Roberts Court*, in *Encyclopedia of the Supreme Court*, IV, Gale, Detroit, 2008, p. 269 ss.

Mattei U., *Common Law, il diritto anglo-americano*, II, Utet, Torino, 1992.

Matteucci N., *Le radici storiche della Costituzione e i nuovi problemi di libertà*, in Aa.Vv., *La Costituzione italiana: I principi – La realtà*, Franco Angeli, Milano, 1977, p. 23 ss.

Mayer D.N., *The Myth of "Laissez-Faire Constitutionalism": Liberty of Contract During the Lochner Era*, 36 *Hastings Constitutional Law Quarterly* 217, 2009.

Mayer D.N., *The Jurisprudence of Christopher G. Tiedeman: A Study in the Failure of Laissez-Faire Constitutionalism*, 55 *Missouri Law Review* 93, 1990.

Mazzarolli L., *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Cedam, Padova, 2000.

McAffee T.B., Bybee J.S., Bryant A.C., *Powers Reserved for the People and the States: A History of the Ninth and Tenth Amendments*, Praeger, Westport, 2006.

McCloskey R.G., *The American Supreme Court*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010 (1st ed. 1960).

McConnell M.W., *Two-and-a-Half Cheers for Bush v. Gore*, 68 *University of Chicago Law Review* 657, 2001.

McConnell M.W., *The Redistricting Cases: Original Mistakes and Current Consequences*, 24 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 103, 2000.

McCormack W., *The Political Question Doctrine. Jurisprudentially*, 70 *University of Detroit Mercy Law Review* 793, 1992-1993.

McCormack W., *The Justiciability Myth and the Concept of Law*, 14 *Hastings Constitutional Law Quarterly* 595, 1987.

McGuire K.T., *New Directions in Judicial Politics*, Routledge, New York, 2012.

Mendelson W., *The Influence of J.B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis and Frankfurter*, 31 *Vanderbilt Law Review* 71, 1978.

Mengoni L., *Ermeneutica e Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996.

Merritt D.J., *The Guarantee Clause and State Autonomy: Federalism for a Third Century*, 88 *Columbia Law Review* 1, 1988.

Metzger G., *The Interdependent Relationship Between Internal and External Separation of Powers*, 59 *Emory Law Journal* 423, 2009.

Mezzanotte C., *Corte Costituzionale e legittimazione politica*, Giuffrè, Milano, 1984.

Mezzanotte C., *Il giudizio sulle leggi, le ideologie del costituente*, Giuffrè, Milano, ed. 1979.

Mezzetti L., *Los derechos sociales fundamentales*, Ed. Nueva Jurìdica, Colombia, 2015.

Mezzetti L., *Teoria costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015.

Mezzetti L. (a cura di), *Principî costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2011.

Mezzetti L., *Composizione e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, in M. Calamo Specchia (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 171 ss.

Mezzetti L. *La giustizia costituzionale. Storia, modelli, teoria*, in L. Mezzetti, M. Belletti, E. D'orlando, E. Ferioli, *La giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2007, p. 2 ss.

Mezzetti L., Ferrer Mac-Gregor E. (a cura di), *Diritto processuale costituzionale*, Cedam, Padova, 2010, p. 411 ss.

Michel C., *The implications of Zivotosfky v. Clinton*, 123 *The Yale law Journal* 253, 2013.

Michelman F.I., *La democrazia e il potere giudiziario*, Bari, Edizioni Dedalo, 2004.

MICHELMAN F.I., *Justice as Fairness, Legitimacy, and the Question of Judicial Review: A Comment*, 72 *Fordham Law Review* 1407, 2004.

MICHELMAN F.I., *IDA's Way: Constructing the Respect-Worthy Governamental System*, 72 *Fordham Law Review* 345, 2003.

MICHELMAN F.I., *Human Rights and the Limits of Constitutional Theory*, 13 *Ratio Juris* 63, 2000.

MICHELMAN F.I., *"Protecting the People from Themselves", or How Direct Can Democracy Be?*, 45 *UCLA Law Review* 1717, 1998.

MICHELMAN F.I., *The Supreme Court, 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government*, *100 Harvard Law Review* 4, 1986.

MIGNEMI G., *Sull'inesistenza dell'eccesso di potere legislativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 1995, 167 ss.

MIKVA A.J., *Why Judges Should Be Not Advice-givers: A Response to Professor Neal Katyal*, 50 *Stanford Law Review* 1825, 1998.

MIKVA A.J., *Justice Brennan and the Political Process: Assessing the Legacy of Baker v. Carr*, 1995 *University of Illinois Law Review* 683, 1995.

MILLER A.S., HOWELL R.F., *The Myth of Neutrality in Constitutional Adjudication*, 27 *The University of Chicago Law Review* 661, 1960.

MIRAGLIA M., *La tutela processuale dei diritti dopo l'11 settembre negli Stati Uniti*, in M. CAVINO, M.G. LOSANO, C. TRIPODINA (a cura di), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 45 ss.

MODUGNO F., *Al fondo della teoria dell'"interpretazione conforme alla costituzione"*¸ in *Diritto e società*¸ 3, 2015, p. 461 ss.

MODUGNO F., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008.

MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007.

MODUGNO F., *La Corte costituzionale italiana oggi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova, 1985, p. 527 ss.

MODUGNO F., *Corte Costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, Bologna, 1982, p. 19 ss.

MODUGNO F., *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 1981, p. 1646 ss.

MODUGNO F., *L'invalidità della legge*, Giuffrè, Milano, 1970.

MODUGNO F., *In tema di regolamenti parlamentari e di controllo sugli «interna corporis acta» delle Camere*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, II, Giuffrè, Milano, 1970, p. 1309 ss.

MODUGNO F., *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Utet, Torino, 1966, p. 472 ss.

MOECKLI D., *The US Supreme Court's "Enemy Combatant" Decisions: A "Major Victory for the Rule of Law"*?, 10 *Journal of Conflict & Security Law* 75, 2005.

MOLOT J.T., *The Rise and Fall o Textualism*, 106 *Columbia Law Review* 1, 2006.

MONAGHAN H.P., *Doing Originalism*, 104 *Columbia Law Review* 32, 2004.

MONAGHAN H.P., *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, 88 *Columbia Law Review* 757, 1988.

MONAGHAN H.P., *Third Party Standing*, 84 *Columbia Law Review* 277, 1984.

MONAGHAN H.P., *Constitutional Adjudication: The Who and When*, 82 *The Yale Law Journal* 1363, 1973.

MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, I, Utet, Torino, 2005.

MORRISON T.W., *Hamdi's Habeas Puzzle: Suspension as Authorization?*, 91 *Cornell Law Review* 411, 2006.

MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001.

MORTARA L., *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, G. Barbèra, Firenze, 1906.

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1976.

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova, 1975.

MORTATI C., *Le forme di governo*, Cedam, Padova, 1973.

MORTATI C., *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro Italiano*, 9, 1970, p. 154 ss.

MORTATI C., C*onsiderazioni sul problema dell'introduzione del dissent nelle pronunce della Corte Costituzionale italiana*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale: atti di una tavola rotonda organizzata in collaborazione con la fondazione A. Olivetti e l'United States Information Service*, Vallecchi, Firenze, 1966, p. 169 ss.

MORTATI C., *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 139 ss.

MORTATI C., *La Corte costituzionale ed i presupposti per la sua vitalità*, in *Iustitia*, 1949, p. 69 ss.

MOSTACCI E., *La quadratura del cerchio: il sistema sanitario statunitense alla ricerca di inclusione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2010, p. 1542 ss.

MULHERN J.P., *In Defence of the Political Question Doctrine*, 137 *University of Pennsylvania Law Review* 97, 1988.

Murphy P.L., *The Constitution in Crisis Times, 1918-1969*, Harper & Row, New York, 1972.

Murphy R., *Abandoning Standing: Trading a Rule of Access for a Rule of Deference*, 60 *Administrative Law Review* 943, 2008.

Murphy W.F., *Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2006.

Murphy W.F., *Elements of Judicial Strategy*, University of Chicago Press, Chicago, 1973.

Murphy W.F., Fleming J.E., Barber S.A., *American Constitutional Interpretation*, Foundation Press, New York, 2008.

Nagel R.F., *Political Law, Legalistic Politics: A Recent History of the Political Question Doctrine*, 56 *University of Chicago Law Review* 643, 1989.

Nagel S.S., Neef M.G., *Decision Theory and the Legal Process*, Lexington Books, U.S., 1979.

Nelson R.H., *Injury in Fiction*, 66 *Vanderbilt Law Review* 153, 2013.

Nelson W.E., *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence, 2000.

Nelson W.E., *Changing Conceptions of Judicial Review: The Evolution of Constitutional Theory in the States, 1790-1860*, 120 *University of Pennsylvania Law Review* 1166, 1972.

Neuborne B., *Of Sausage Factories and Syllogism Machines: Formalism, Realism, and Exclusionary Selection Techniques*, 67 *New York Law Review* 419, 2002.

Neuborne B., *In Praise of Seven-Grade Civis: A Plea for Striate Adherence to the Separation of Power*, 26 *Land and Water Law Review* 385, 1991.

Neustadt R.E., *Presidential Power and the Modern Presidents*, The Free Press, New York, 1990.

Neustadt R.E., *Presidential Power: The Politics of Leadership*, John Wiley & Sons, New York, 1960.

Newman J.O., *Between Legal Realism and Neutral Principles: The Legitimacy of Institutional Values*, 72 *California Law Review* 200, 1984.

Nichol G.R. Jr, *Standing for Privilege: The Failure of Injury Analysis*, 82 *Boston University Law Review* 301, 2002.

Nichol G.R. Jr, *Justice Scalia, Standing, and Public Law Litigation*, 42 *Duke Law Journal* 1141, 1993.

Nichol G.R. Jr, *Ripeness and the Constitution*, 54 *The University of Chicago Law Review* 153, 1987.

NICHOL G.R. JR, *Injury and the Disintegration of Article III*, 74 *California Law Review* 1915, 1986.

NICHOL G.R. JR, *Rethinking Standing*, 72 *California Law Review* 68, 1984.

NICOTRA I., *Spunti in tema di elezione e nomina dei giudici costituzionali*, in AA.VV., *L'organizzazione ed il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996.

NICOTRA I., *Diritto pubblico e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2010.

NICOTRA I., GIUFFRÈ F., *Lavori preparatori ed* original intent *nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti del seminario svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007, Giappichelli, Torino, 2008.

NIRO R., *Il processo costituzionale: le tecniche di giudizio. Il controllo della ragionevolezza nelle scelte del legislatore*, in *Il Foro italiano*, 11, 1998, p. 359 ss.

O'FALLON J.M., *Marbury*, 44 *Stanford Law Review* 219, 1992.

OCCHIOCUPO N. (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività*, Cedam, Padova, (1ª ed. 1978).

OLIVETTI RASON N., *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Cedam, Padova, 1984.

ONIDA V., *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 20 ss.

ORLANDO V.E., *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 1951, p. 4 ss.

OSGOOD R.K., *Early Versions and Practices of Separation of Powers: A Comment*, 30 *William and Mary Law Review* 279, 1989.

OTIS J., *Speech on the Writs of Assistance*, in M. BELOFF (ed.), *The Debate on the American Revolution*, 1762-1783, Adam & Charles Black, London, 1960.

OWENS R.J., SIMON D.A., *Explaining the Supreme Court's Shrinking Docket*, 53, *William and Mary Law Review* 1219, 2012.

PACE A. (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006.

PALADIN L., *Discorso in occasione dei trent'anni della Corte Costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it.

PALADIN L., *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblican*a, il Mulino, Bologna, 2004.

PALADIN L., *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 899 ss.

PALADIN L., *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1995.

PALADIN L., *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 6, 1956, p. 993 ss.

PALMER R.R., *The Age of Democratic Revolution: The Challenge*, Princeton University Press, Princeton, 1959.

PANIZZA S., *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1998.

PANUNZIO S., *Rivoluzione e Costituzione: problemi costituzionali della rivoluzione*, Treves, Milano, 1933.

PARESCE E., *Interpretazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Giuffrè, Milano, 1972, p. 153 ss.

PARODI G., *Seguito giurisdizionale delle decisioni costituzionali interpretative additive di principio ed elementi di "diffusione" nel controllo di costituzionalità"*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2008, p. 821 ss.

PARODI G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1996.

PARRISH M.E., *The Great Depression, the New Deal and the American Legal Order*, 59 *Washington Law Review* 723, 1984.

PASQUINO P., *L'origine du contrôle de constitutionnalité en Italie. Les débats de l'Assemblée Constituante (1946-1947)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2006, p. 1 ss.

PASQUINO P., *Controllo di costituzionalità e democrazia rappresentativa*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Diritto e cultura della politica*, Carocci, Roma, 2004, p. 39 ss.

PATRONO M., *Studiando i diritti, il costituzionalismo sul palcoscenico del mondo dalla Magna Charta ai confini del (nostro) tempo*, Giappichelli, Torino, 2009.

PEDERZOLI P., *La Corte costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2008.

PEGORARO L. *Giustizia Costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007.

PEGORARO L., *I rapporti della Corte costituzionale con il legislatore dopo lo smaltimento dell'arretrato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 185 ss.

PEGORARO L., *La Corte e il Parlamento. Sentenze indirizzo e attività legislativa*, Cedam, Padova, 1987.

PENASA S., *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scien-*

tifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, in www.forumcostituzionale.it, 16 giugno 2015, p. 1 ss.

Perry M.J., *The Constitution in the Courts*, Oxford University Press, New York, 1994.

Perry M.J., *The Constitution, The Courts, and Human Rights*, Yale University Press, New Haven-London, 1982.

Persily N., Metzger G.E., Morrison T.W. (eds.), *The Health Care Case. The Supreme Court's Decision and its Implications*, Oxford University Press, New York, 2013.

Persily N., *Suing the Government in Hopes of Controlling It: The Evolving Justifications for Judicial Involvement in Politics*, 5 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 607, 2003.

Pesole L., *L'inammissibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 1994, p. 406 ss.

Phelan W.J., *Political Gerrymandering after LULAC v. Perry: Considering Political Science for Legislative Action*, 32 *Seton Hall Legislative Journal* 89, 2007.

Pierandrei F., *Corte Costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Giuffrè, Milano, 1962, p. 296 ss.

Pierce R.J. Jr, *Is Standing Law or Politics?*, 77 *North Carolina Law Review* 1741, 1999.

Pildes R.H., *Apportionment*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, I, Gale, Detroit, 2008, p. 89 ss.

Pildes R.H., *The Constitutionalization of Democratic Politics*, 118 *Harvard Law Review* 28, 2004.

Pin A., *La riforma sanitaria USA e il suo destino. Perché Obama è riuscito dove altri hanno fallito (e potrebbe perdere dove altri hanno vinto)?*, in G.G. Carboni (a cura di), *La salute negli Stati Composti. Tutela del diritto e livelli di governo*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 127 ss.

Pin A., *La sovranità in America. Il federalismo di fronte alla Corte Suprema dalle origini alla crisi economica contemporanea*, Cedam, Padova, 2012.

Pinardi R., *Effetti temporali e nesso di pregiudizialità in una decisione di accoglimento "ex nunc"*, in *Giurisprudenza italiana*, 6, 2015, p. 1329 ss.

Pinardi R., *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di «incostituzionalità sopravvenuta»?*, in www.forumcostituzionale.it, 21 settembre 2015, p. 1 ss.

PINARDI R., *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *Consulta OnLine*, 1, 2015, p. 1 ss.

PINARDI R., L'horror vacui *nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Giuffrè, Milano, 2007.

PINARDI R., *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993.

PIPERNO C., *La Corte costituzionale e il limite di* political question, Giuffrè, Milano, 1991.

PISANESCHI A., *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato: presupposti e processo*, Giuffrè, Milano, 1992.

PIZZETTI F.G., *Bush v. Gore. Un nuovo caso di federalismo giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2002.

PIZZORUSSO A., *Emergenza (stato di)*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, 1993, p. 551 ss.

PIZZORUSSO A., *Italian and American Models of the Judiciary and of Judicial Review of Legislation: A Comparison of Recent Tendencies*, 38 *American Journal of Comparative Law* 373, 1990.

PIZZORUSSO A., *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 71 ss.

PIZZORUSSO A., *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 1982, p. 521 ss.

PIZZORUSSO A., *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 1982, p. 305 ss.

PIZZORUSSO A., *Conflitto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, App. II, Utet, Torino, 1981, p. 364 ss.

PIZZORUSSO A., ROMBOLI R., ROSSI E., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Giappichelli, Torino, 1997.

PIZZORUSSO A., VOLPE G., SORRENTINO F., MORETTI R., *Garanzie costituzionali. Art. 134-139*, in G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1981.

PLUCKNETT T.F.T., *Bonham's Case and Judicial Review*, 40 *Harvard Law Review* 30, 1926.

POLITI F., *L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento nelle riflessioni della rivista "Giurisprudenza costituzionale"*, in A. PACE (a cu-

ra di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 861 ss.

Pollak L.H., *Judicial Power and "The politics of the People"*, 72 *The Yale Law Journal* 81, 1962.

Posner R.A., *Reflection on Judging*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 2013.

Posner R.A., *Bush v. Gore: Prolegomenon to an Assessment*, 68 *University of Chicago Law Review* 719, 2001.

Posner R.A., *Breaking the Deadlock: the 2000 Election, the Constitution and the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 2001.

Posner R.A., *Against Constitutional Theory*, 73 *New York University Law Review* 1, 1998.

Posner R.A., *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1993.

Posner R.A., *What Has Pragmatism to Offer Law?*, 63 *Southern California Law Review* 1653, 1990.

Posner E.A., Vermuele A., *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*, OUP USA, New York, 2007.

Post R.C., Siegel R.B., *Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy*, 92 *California Law Review* 1027, 2004.

Pound R., *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, Yale University Press, New Haven-London, 1957.

Powell H.J., *The President's Authority over Foreign Relations: An Executive Branch Perspective*, 67 *George Washington Law Review* 527, 1999.

Pugiotto A., *Dalla "porta stretta" alla "fuga" dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra corte e giudici comuni*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2016, p. 149 ss.

Pugiotto A., *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Giuffrè, Milano, 1994.

Pushaw R.J. Jr, *Limiting Article III Standing to "Accidental" Plaintiffs: Lessons from Environmental and Animal Law Cases*, 45 *Georgia Law Review* 1, 2010.

Pushaw R.J. Jr, *Judicial Review and the Political Question Doctrine: Reviving the Federalist "Rebuttable Presumption" Analysis*, 80 *North Carolina Law Review* 1165, 2002.

Pushaw R.J. Jr, *Justiciability and Separation of Powers: A Neo-federalist Approach*, 81 *Cornell Law Review* 393, 1996.

Putney A.H., *United States Constitutional History and Law*, Fred B. Rothman & Co., 1985, Lottelton, Co., 1st ed. 1908.

Quattrocchi M., *Corte e Parlamento attraverso le decisioni di inammissibilità*, in A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 179 ss.

Rakove N.J., *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, 49 *Stanford Law Review* 1031, 1997.

Rakove N.J., *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, Knopf, New York, 1996.

Rawls J., *Political liberalism*, Columbia University Press, New York, 2005 (1st ed. 1993).

Re R.M., *Relative Standing*, 102 *Georgetown Law Journal* 1191, 2014.

Rebuffa G., *La funzione giudiziaria*, Giappichelli, Torino, 1993.

Rebuffa G., *Costituzione e costituzionalismi*, Giappichelli, Torino, 1990.

Recchia N., *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2015, p. 55 ss.

Redish M.H., *The Federal Courts in the Political Order: Judicial Jurisdiction and American Political Theory*, Carolina Academic Press, Durham, 1991.

Redish M.H., *Judicial Review and the "Political Question"*, 79 *Northwestern University Law Review* 1031, 1985.

Redish M.H., *Abstention, Separation of Powers and the Limits of the Judicial Function*, 94 *The Yale Law Journal* 71, 1984.

Reinhardt S., *Limiting Access to the Federal Courts*, 6 *Whittier Law Review* 967, 1984.

Relyea H.C., *National Emergency Powers*, 2007, in http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/98-505.pdf.

Reposelli A., *Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un "nuovo" tipo di sentenze additive?*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2015, p. 1 ss.

Rescigno G.U., *Forme di Stato e forme di governo*, *I) Diritto Costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XIV, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1989, p. 1 ss. (*ad vocem)*.

Rice C., *Comments on Powell v. McCormack*, 17 *UCLA Law Review* 94, 1969.

Richer K.L., *The Functional Political Question and the Justiciability of Employee Tort Suits Against Military Service Contractors*, 85 *New York University Law Review* 1694, 2010.

Ridola P., *La Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, in B. Caravita (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasfor-*

mazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti, Jovene, Napoli, 2012, p. 301 ss.

Ridola P., *L'esperienza costituente come problema storiografico: bilancio di un cinquantennio*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 1998, p. 241 ss.

Rigano F., C*ostituzione e potere giudiziario, ricerca sulla formazione delle norme costituzionali*, Cedam, Padova, 1982.

Rimoli F., *Poteri (divisione dei)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, V, Giuffrè, Milano, 2006, p. 4406 ss.

Roberts J.G., *Article III Limits on Statutory Standing*, 42 *Duke Law Journal* 1219, 1993.

Rodomonte M.G., *Evoluzioni di una competenza flessibile: i conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, in B. Caravita (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Jovene, Napoli, 2012, p. 203 ss.

Rodotà S. (a cura di), *Diritto e culture della politica*, Roma, Carocci, 2004.

Rohr M., *Fighting for the Rights of Others: The Troubled Law of Third-Party Standing and Mootness in the Federal Courts*, 35 *University of Miami Law Review* 393, 1981.

Rolla G., *Alcune considerazioni sui possibili effetti delle codificazioni e della giurisprudenza sovranazionale in materia di diritti sul c.d. "sistema europeo" di giustizia costituzionale*, in Id. (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Giuffrè, Milano, 2010.

Romano S., *Gli atti di un ramo del Parlamento e la loro pretesa impugnabilità dinanzi la IV sezione del Consiglio di Stato*, in Id., *Scritti minori*, II, Giuffrè, Milano, 1950, p. 149 ss.

Romboli R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 31 ss.

Romboli R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 31 ss.

Romboli R., *I rapporti fra giudici comuni e Corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l'esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale*, in L. Mezzetti, E. Ferrer Mac-Gregor (a cura di), *Diritto processuale costituzionale*, Cedam, Padova, 2010, p. 411 ss.

Romboli R., *Sull'esistenza di scelte riservate alla discrezionalità del legislatore: la sindacabilità delle regole di tecnica legislativa e l'utilizzo del-*

le sentenze additive di principio, in *Percorsi costituzionali*, 2/3, 2010, p. 67 ss.

Romboli R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 31 ss.

Romboli R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 37, ss.

Romboli R. *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 35 ss.

Romboli R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 51 ss.

Romboli R., *L'introduzione dell'opinione dissenziente nei giudizi costituzionali: strumento normativo, aspetti procedurali e ragioni di opportunità*, in A. Anzon (a cura di), *L'opinione dissenziente*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 67 ss.

Romboli R., *La mancanza o l'insufficienza della motivazione come criterio di selezione dei giudizi*, in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 334 ss.

Romboli R. (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991.

Romboli R., *Passato e avvenire della manifesta infondatezza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 1983, p. 1120 ss.

Romeo G., *The Recognition of Same-Sex Couples' Rights in the US between Counter-Majoritarian Principle and Ideological Approaches: A State Level Perspective*, in D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (a cura di), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Heidelberg, Springer Berlin, 2014, p. 15 ss.

Romeo G., *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei Terms 2011/2012 e 2012/2013*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 5, 2013, p. 4223 ss.

Romeo G., *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei Terms 2009/2010 e 2010/2011*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 5, 2011, p. 439 ss.

Rosenfeld M., *Judicial Balancing in Times of Stress: la risposta di Stati Uniti, Canada e Israele*, in T. Groppi (a cura di), *Democrazia e terro-*

rismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001, ESI, Napoli, 2006, p. 121ss.

Rosenfeld M., *Interpretazioni, il diritto fra etica e politica*, il Mulino, Bologna, 2000.

Rossi E., *Corte Costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 333 ss.

Rostow E., *The Democratic Character of Judicial Review*, 66 *Harvard Law Review*, 193, 1952.

Rotunda R.D., Nowak J.E., *Treatise on Constitutional Law*: *Substance and Procedure*, I, Thomson West, U.S., ed. 2012.

Rousseau J.J., *Il contratto sociale*, Einaudi, Torino, 2005.

Rovagnati A., *Sulla evoluzione storica dei diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2009.

Rudikof Price L., *Banishing the Specter for Judicial Foreign Policymaking: A Competence-Based Approach to the Political Question Doctrine*, 38 N.Y.U. *Journal of International Law and Politics* 323, 2006.

Ruggeri A., *La Corte costituzionale e la gestione sempre più sregolata dei suoi processi*, in www.questionegiustizia.it, 27 luglio 2015, p. 1 ss.

Ruggeri A., *Ripensando alla natura della Corte costituzionale alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 349 ss.

Ruggeri A., *La Corte costituzionale davanti alla politica*, in *Percorsi costituzionali*, 2/3, 2010, p. 37 ss.

Ruggeri A., *Introduzione ai lavori*, in E. D'Orlando, L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. XI ss.

Ruggeri A., *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Politica del Diritto*, 4, 2006, p. 531 ss.

Ruggeri A., *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in www.forumcostituzionale.it, 30 novembre 2006, p. 1 ss.

Ruggeri A., *La Corte e le sirene della politica (frammenti di uno studio su esperienze e tendenze della formazione e politicità dei giudizi di costituzionalità)*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 664 ss.

Ruggeri A., *Corte costituzionale e Parlamento tra aperture del "modello"*

e fluidità dell'esperienza, in A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1 ss.

Ruggeri A., *Fatti e Norme nei giudizi sulle leggi e le "metamorfosi" dei criteri ordinatori delle fonti*, Giappichelli, Torino, 1994.

Ruggeri A. (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1994.

Ruggeri A., Vacatio sententiae*, "retroattività parziale" e nuovi tipi di pronunzie della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 1988, p. 924 ss.

Ruggeri A., *Materiali per uno studio dei limiti al sindacato di costituzionalità delle leggi (introduzione ad una teoria giuridica della funzione "giurisprudenziale" conseguenziale)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 1985, p. 316 ss.

Ruggeri A., Silvestri G. (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Giuffrè, Milano, 2000.

Ruggeri A., Spadaro A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009.

Ruotolo M., *Ambiguità della Corte o arbitrio del giudice? Il "seguito abnorme e contraddittorio della sentenza n. 10 del 2015*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2015, p. 1075 ss.

Ruotolo M., *Un'inammissibilità "annunciata"?*, in www.*federalismi.it*, 3, 2012, p. 1 ss.

Salazar C., "*Guerra e pace" nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive di principio quali decisioni atte a rimediare alle "omissioni incostituzionali del legislatore*", in A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 253 ss.

Sandalow T., *Comment on Powell v. McCormack*, 17 *UCLA Law Review* 164, 1969.

Sandulli A.M., *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte Costituzionale ed i suoi limiti*, Giuffrè, Milano, 1967.

Sandstrom Simadr L., *Standing Alone: Do we Steel Need a Political Question Doctrine?*, 100 *Dickinson Law Review* 303, 1996.

Scharpf F., *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis*, 75 *The Yale Law Journal* 517, 1966.

Schmitt C., *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984.

Schmitt C., *Il Custode della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1981.

Scaccia G., *Riflessi ordinamentali dell'annullamento della legge n. 270*

del 2005 e riforma della legge elettorale, in www.forumcostituzionali.it, 2014

Scaccia G., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000.

Scalia A., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997.

Scalia A., *The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers*, 17 *Suffolk University Law Review* 881, 1983.

Scalia A., Calabresi S.G., *Originalism: A Quarter-Century of Debate*, Regnery Publishing, U.S., 2007.

Scalia A., Garner B. A., *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, Thompson/West, U.S., 2012.

Scribner H.P., *A Fundamental Misconception of Separation of Powers*: Boumediene v. Bush, 14 *Texas Review of Law & Politics* 90, 2009.

Schapiro R.A., *Judicial Deference and Interpretive Coordinacy in State and Federal Constitutional Law*, 85 *Cornell Law Review* 656, 2000.

Scharpf F., *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis*, 75 *The Yale Law Journal* 517, 1966.

Schaurer F., *Formalism*, 97 *The Yale Law Journal* 509, 1988.

Schuck P.H., *Partisan Gerrymandering: A Political Problem Without Solution*, in B. Grofman (ed.), *Political Gerrymandering and the Courts*, Agathon Press, New York, 1990 (rist. 2008), p. 244 ss.

Schuck P.H., *The Thickets Thicket: Partisan Gerrymandering and Judicial Regulation of Politics*, 87 *Columbia Law Review* 1325, 1987.

Scott A., *Holmes vs. Walton: The New Jersey Precedent*, 4 *The American Historical Review* 456, 1899.

Scott K.M., *Shaping the Supreme Court's Federal Certiorari Docket*, 27 *Justice System Journal* 191, 2006.

Scudiero M., Staiano S. (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Jovene, Napoli, 1999.

Sebok A.J., *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

Sedler R.A., *Standing to Assert Constitutional* Jus Tertii *in the Supreme Court*, 71 *The Yale Law Journal* 599, 1962.

Seidman L.M., *The Secret Life of the Political Question Doctrine*, 37 *The John Marshall Law Review* 441, 2004.

Sgrò F., *Garanzie e preclusioni nei processi di riforma del sistema elettorale italiano*, in *Rassegna Parlamentare*, 1, 2013, p. 35 ss.

Shane P.M., Bruff H.H., *Separation of Powers Law. Cases and Materials*, 3rd ed., Carolina Academic Press, Durham, 2011.

Shapiro M., *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Englewood Cliffs, Pretient Hall, N.J., 1966.

Shapiro M., *Law and Politics in the Supreme Court*, The Free Press New York, 1964.

Shapiro D.L., *Jurisdiction and Discretion*, 60 *New York University Law Review* 543, 1985.

Siegel N.S., *More Law than Politics: The Chief, the "Mandate", Legality and Statemanship*, in N. Persily, G.E. Metzger, T.W. Morrison (eds.), *The Health Care Case. The Supreme Court's Decision and its Implications*, Oxford University Press, New York, 2013, p. 192 ss.

Siegel J.R., *A Theory of Justiciability*, 86 *Texas Law Review* 73, 2007.

Siegel J.R., *Political Questions and Political Remedies*, in N. Mourtada-Sabbah, B.E. Cain (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Lexington Books, Lanham, MD, 2007, p. 243 ss.

Signorino V., *Valore giuridico della separazione dei poteri*, A. Reber-Libreria della Real Casa, Palermo, 1908.

Silberman Abella R., *The Judicial Role in a Democratic State*, 26 *Queen's Law Journal* 573, 2000.

Silvestri G., *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in Id., *Lo Stato senza principe*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 9 ss.

Silvestri G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997.

Silvestri G., *La separazione dei poteri*, II, Giuffrè, Milano, 1974.

Simoncini A., *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2004, p. 3065 ss.

Sitaraman G., Wuerth I., *The Normalization of Foreign Relations Law*, 128 *Harvard Law Review* 1897, 2015.

Skinner G., *Misunderstood, Misconstrued, and Now Clearly Dead: The "Political Question Doctrine" as a Justiciability Doctrine, Even in the Area of Foreign Affairs*, 29 *Journal of Law and Politics* 427, 2014.

Smith D.G., *The Convention and the Constitution: The Political Ideas of the Founding Fathers*, University Press of America, Lanham, 1987 (1st ed. 1965).

Snowiss S., *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, New Haven-London, 1990.

Solimine M.E., *Congress, Separation of Powers and Standing*, 59 *Case Western Reserve Law Review* 1023, 2009.

Sorrenti G., *Dalla Corte costituzionale un'esplicita battuta d'arresto all'estensione analogica in via giurisdizionale delle sentenze additive*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2013, p. 483 ss.

Sorrenti G., *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006.

Sorrenti G., *Il seguito "rovesciato": le decisioni interpretative di rigetto e l'attività del legislatore*, in A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 289 ss.

Sorrentino F., *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 929 ss.

Sorrentino F., *L'equilibrio istituzionale fra i poteri e la sua garanzia giurisdizionali*, in L. Luatti (a cura di), *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 62 ss.

Sorrentino F., *Strumenti tecnici e indirizzi politici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova, 1985, p. 795 ss.

Sosin J.M., *The Aristocracy of the Long Robe. The Origins of Judicial Review in America*, Praeger, New York, 1989.

Spadaro A., *Costituzione (dottrine generali)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1630 ss.

Spadaro A., *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia filosofica*, II, Bompiani, Milano, 2006, p. 2369 ss.

Spadaro A., *Contributo per una teoria della Costituzione*. I. *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994.

Sperti A., *La discrezionalità del legislatore*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006, p. 625 ss.

Sperti A., *Corti Supreme e conflitti fra poteri. Spunti per un confronto Italia-USA sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005.

Spurlin P.M., *Montesquieu in America, 1760-1801*, Octagon Books, New York, 1969.

Stark C., *La legitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité*, in Aa.Vv., *Legitimidade et Legitimação da Justiça*

Constitucional, Colóquio n. 10, Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra editora, Coimbra 1995, p. 59 ss.

STERN C.A., *Another Sign from Hein: Does the Generalized Grievance Fail a Constitutional or a Prudential Test of Federal Standing to Sue?*, 12 *Lewis & Clark Law Review* 1169, 2008.

STEARNS M.L., *Standing at the Crossroads: The Roberts Court in Historical Perspective*, 83 *Notre Dame Law Review* 875, 2008.

STEARNS M.L., *Constitutional Process: A Social Choice Analysis of Supreme Court Decision Making*, University of Michigan Press, Ann Arbor, MI, 2002.

STEARNS M.L., *Standing and Social Choice: Historical Evidence*, 144 *University of Pennsylvania Law Review* 309, 1995.

STEVENS G.N., *Advisory Opinions. Present Status and Evaluation*, 34 *Washington Law Review* 1, 1959.

STIMSON S.C., *The American Revolution in the Law: Anglo American Jurisprudence before John Marshall*, Princeton University Press, Princeton, 1990.

STUMPF J.P., *Citizens of an Enemy Land: Enemy Combatants, Aliens, and the Constitutional Rights of the Pseudo-Citizen*, 38 *UC Davis Law Review* 79, 2004.

SULLIVAN K.E., *Law as an Interpretative Concept: A Study of the Legal Philosophy of Ronald Dworkin*, 1988, in http://epublications.marquette.edu/dissertations/AAI89042614.

SUNDQUIST C.B., *The First Principles of Standing: Privilege, System Justification, and the Predictable Incoherence of Article III*, 1 *Columbia Journal of Race and Law* 119, 2011.

SUNSTEIN C.R., *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, il Mulino, Bologna, 2009.

SUNSTEIN C.R., *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Brookings Institution Press, Washington DC, 2006.

SUNSTEIN C.R., *On Case at a Time, Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 2001.

SUNSTEIN C.R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, New York, 1998.

SUNSTEIN C.R., *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1998.

SUNSTEIN C.R., *The Supreme Court, 1995 Term. Foreword: Leaving Things Undecided*, 110 *Harvard Law Review* 4, 1995.

SUNSTEIN C.R., *What's Standing after Lujan? Of Citizen Suits, "Injuries", and Article III*, 91 *Michigan Law Review* 163, 1992.

Sunstein C.R., *Standing and the Privatization of Public Law*, 88 *Columbia Law Review* 1432, 1988.

Surrency E.C., *History of the Federal Courts*, Oceana Publications, New York, 1987.

Szurkowski C., *The Return of Classical Political Question Doctrine in Zivotofsky v. Clinton, 132 S.CT 1421 (2012)*, 37 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 347, 2014.

Tanenhaus D.S., *Burger Court*, in *Encyclopedia of the Supreme Court*, I, Gale, Detroit, 2008, p. 233 ss.

Tega D., *Vecchi diritti e nuove paure*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2002, p. 79 ss.

Thayer J.B., *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 *Harvard Law Review* 129, 1893.

Thomas C., *Toward a "Plain Reading" of the Constitution. The Declaration of Independence in Constitutional Interpretation*, 30 *Howard Law Journal* 983, 1987.

Thomas G., *Constitutional Convention, Framing*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, I, Gale, Detroit, 2008, p. 403 ss.

Tigar M.E., *Judicial Power, the Political Question Doctrine, and Foreign Relations*, 17 *UCLA Law Review* 1135, 1969-1970.

Tirio F., *Il Writ of Certioriari davanti alla Corte suprema: principi, strategie, ideologie*, Giuffrè, Milano, 2000.

Tondi della Mura V., Carducci M., Rodio R.G. (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Giappichelli, Torino, 2005.

Toniatti R., *La giurisdizione costituzionale nel quadro degli equilibri istituzionali: il rilievo dei profili strutturali*, in M. Calamo Specchia (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 399 ss.

Toniatti R., *La democrazia costituzionale repubblicana*, in C. Casonato (a cura di), *Lezioni sui principi fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 35 ss.

Toniatti R., *Ordinamento costituzionale della difesa e degli stati di crisi negli Stati Uniti d'America*, in G. de Vergottini (a cura di), *Costituzione della difesa e stati di crisi*, in *Rivista Militare*, 1991, p. 339 ss.

Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1983.

Tofs M.A., *State Supreme Court Advisory Opinions as Illegitimate Judicial Review*, 1 *Detroit College of Law at Michigan State University Law Review* 101, 2001.

Treanor W.M., *Judicial Review before Marbury*, 58 *Stanford Law Review* 455, 2005.

Tresolini R.J., *American Constitutional Law*, The McMillan Co., New York, 1965.

Tribe L.H., *The Invisible Constitution*, Oxford University Press, New York, 2008.

Tribe L H., *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 2000.

Tribe L.H., *Constitutional Choices*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1986.

Tribe L.H., *A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role*, 97 *Harvard Law Review* 433, 1983.

Tribe L.H., *Jurisdictional Gerrymandering: Zoning Disfavored Rights Out of the Federal Courts*, 16 *Harvard C.R.-C.L. Law Review* 129, 1981-1982.

Tribe L.H., *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, 89 *The Yale Law Journal* 1063, 1980.

Tribe L.H., Dorf M.C., *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, il Mulino, Bologna, 2005.

Tribe L.H., Gudridge P.O., *The Anti-Emergency Constitution*, 113 *The Yale Law Journal* 1801, 2004.

Trombino M., *Sovranità*, in A. Barbera (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 193 ss.

Troper M., *Le nuove separazioni dei poteri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

Trucco L., *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Consulta OnLine*, 2009, p. 1 ss.

Tushnet M.V., *Why the Constitution Matters*, Yale University Press, New Haven-London, 2010.

Tushnet M.V., *The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

Tushnet M.V., *Weak Courts Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, 2009.

Tushnet M.V., *I dissent*, Beacon Press, Boston, 2008.

Tushnet M.V., *Judicial Review*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, III, Gale, Detroit, 2008, p. 60 ss.

Tushnet M.V., *Rehnquist Court*, in *Encyclopedia of the Supreme Court*, IV, Gale, Detroit, 2008, p. 210 ss.

Tushnet M.V., *Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Tran-*

sformation and Disappearance of the Political Question Doctrine, in N. Mourtada-Sabbah, B.E. Cain (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Lexington Books, Lanham, MD, 2007, p. 47 ss.

Tushnet M.V., *A Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, W.W. Norton & Company, New York, 2005.

Tushnet M.V., *Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine*, 80 *North Carolina Law Review* 1203, 2002.

Tushnet M.V., *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999.

Tushnet M.V., *The Sociology of Article II: a Response to Professor Brilmayer*, 93 *Harvard Law Review* 1698, 1980.

Tyler A.L., *Is Suspension a Political Question?*, 59 *Stanford Law Review* 333, 2006.

Valentini C., *Le ragioni della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2011.

van Alstyne W.W., *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, 18 *Duke Law Journal* 1, 1969.

Van Dyke J.M., *Bill of Rights*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, I, Gale, Detroit, 2008, p. 146 ss.

Vanderbilt A.T., *The Doctrine of the Separation of Powers and its Present Day Significance*, The University of Nebraska Press, Lincoln, 1953.

Vassalli G., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2003, p. 3 ss.

Vaughan Z.M., *Boumediene v. Bush and the Political Question Doctrine*, 99 *Georgetown Law Journal* 869, 2011.

Vermulele A., *Common Law Constitutionalism and the Limits of Reason*, 107 C*olumbia Law Review* 1482, 2007.

Vermuele A., *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 2006.

Veronesi P., *La coerenza che non c'è: sugli effetti temporali delle pronunce di accoglimento (e la sorte dell'"equilibrio di bilancio") dopo le sentenze nn. 10 e 70 del 2015*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2015, p. 692 ss.

Veronesi P., *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1999.

Veronesi P., *A proposito di rilevanza: la Corte come giudice del modo di esercizio del potere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 1996, p. 478 ss.

Vestal T.M., *Warren Earl*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, V, Gale, Detroit, 2008, p. 169 ss.

VILE M.J.C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Liberty Fund, Indianapolis, 1998 (1st ed. 1969).

VOLTERRA S., *La costituzione italiana e i modelli anglosassoni*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Costituente e cultura giuridica*, I, il Mulino, Bologna, 1980.

VOLTERRA S., *L'indipendenza del giudice negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1970.

WALDRON J., *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 *The Yale Law Journal* 1346, 2006.

WALDRON J., *Law and disagreement*, Oxford University Press, New York, 1999.

WALDRON J., *Review of B. Ackerman "We the People, vol. I, Foundation"*, 90 *The Journal of Philosophy* 149, 1993.

WARREN C., *The Supreme Court in United State History*, I, 1789-1835; II, 1836-1918, Little Brown and Co., Boston, 1922, 1926.

WARREN C., *Congress, the Constitution and the Supreme Court*, Little Brown & Company, Boston, 1925.

WASBY S.L., *The Supreme Court in the Federal Judicial System*, Nelson Hall, Chicago, 1986.

WECHSLER H., *Principles, Politics and Fundamental Law*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1961.

WECHSLER H., *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 *Harvard Law Review* 1, 1959.

WEILL R., *Evolution vs. Revolution: Dueling Models of Dualism*, 54 *The American Journal of Comparative Law* 429, 2006.

WELLINGHTON H.H., *Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication*, 83 *The Yale Law Journal* 221, 1973.

WELLINGHTON H.H., *Interpreting the Constitution. The Supreme Court and the Process of Adjudication*, Yale University Press, New Haven and London, 1991.

WESTON M.F., *Political Questions*, 38 *Harvard Law Review* 296, 1925.

WHITTINGTON K.E., *Judicial Review of Congress Before the Civil War*, 97 *The Georgetown Law Journal* 1257, 2009.

WHITTINGTON K.E., *Political Foundations of Judicial Supremacy*, Princeton University Press, Princeton, 2007.

WIECEK W.M., *The Guarantee Clause of the U.S. Constitution*, Cornell University Press, U.S., 1972.

WILLIAMS N.R., *Direct Democracy, the Guaranty Clause, and the Politics of the "Political Question" Doctrine: Revisiting Pacific Telephone*, 87 *Oregon Law Review* 979, 2008.

WINTER S.L., *The Metaphor of Standing and the Problem of Self-Governance*, 40 *Stanford Law Review* 1371, 1988.

WOHL A., *Warren Court*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, V, Gale, Detroit, 2008, p. 173 ss.

WOLFE C., *That Eminent Tribunal. Judicial Supremacy and the Constitution*, Princeton University Press, Princeton, 2004.

WOLFE C., *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge made Law*, Rowman & Littlefiels Publishers, U.S., 1994 (1st ed. 1986).

WOOD G.S., *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less*, 56 *Washington and Lee Law Review* 787, 1999.

WOOD G.S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, 2nd Chapel Hill, London, 1998 (2nd ed.).

WRIGHT B.F., *The Growth of American Constitutional Law*, Henry Holt & Co., New York, 1942.

YACKLE L. *Advisory Opinions*, in *Encyclopedia of the Supreme Court*, I, Gale, Detroit, 2008, p. 34 ss.

YACKLE L.W., *Federal Courts*, Carolina Academic Press, Durham, 2008.

ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012.

ZAGREBELSKY G., *Intorno alla legge*, Einaudi, Torino, 2009.

ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2009.

ZAGREBELSKY G., *Corte in – politica*, in AA.VV., *1956-2006, Cinquant'anni di Corte costituzionale*, III, Ed. Corte costituzionale, Roma, 2006, p. 1789 ss.

ZAGREBELSKY G., *Imparare democrazia*, Einaudi, Torino, 2005.

ZAGREBELSKY G., *Principi e voti*, Einaudi, Torino, 2005.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988.

ZAGREBELSKY G., *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, p. 522 ss.

ZAGREBELSKY G., *La Corte Costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, Bologna, 1982, p. 103 ss.

ZEMACH Y.S., *Political Questions in the Courts*, Wayne State University Press, Detroit, 1976.

ZICCHITTU P., *The Italian way to the "political question"*, in *Italian Journal of Public Law*, 1, 2015, p. 222 ss.

SOMMARIO

CAPITOLO I
SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ E SEPARAZIONE DEI POTERI: RICOSTRUZIONE STORICA E SPUNTI PROBLEMATICI

1. La nascita del controllo di costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America 4
   1.1. Realizzazione del modello 4
      1.1.1. Considerazioni di ordine metodologico 4
      1.1.2. Evoluzione del modello: dalle Colonie al *Bill of Rights* del 1791 4
2. *Separation of powers* nell'architettura costituzionale delle origini: presupposto per il *judicial review* 16
3. (*segue*): il processo evolutivo del *judicial review* e il ruolo della *Supreme Court* 26
   3.1. Casi di *judicial review* antecedenti la Convenzione di Filadelfia 28
   3.2. *The Federalist* e le teorizzazioni in merito alla necessità del *judicial review of legislation* 33
   3.3. Casi di esercizio del *judicial review* successivamente alla Convenzione di Filadelfia 39
   3.4. Affermazione espressa del potere di *judicial review* 41
      3.4.1. Considerazioni generali 41
      3.4.2. *Marbury v. Madison* 46
      3.4.3. Risultanze del caso *Marbury v. Madison*: così incontestabili? 53
   3.5. Interpretazione o revisione costituzionale: problemi aperti 55
      3.5.1. La posizione della Corte Suprema in relazione all'adattamento della Costituzione ai mutamenti storici 58

CAPITOLO II
GIUSTIZIA COSTITUZIONALE E LEGITTIMAZIONE DELLE CORTI: LINEE DEL DIBATTITO E PROFILI CRITICI

1. Considerazioni generali 64
   1.1. Premesse 64
   1.2. Un quadro d'insieme: legittimazione della giustizia costituzionale e interpretazione costituzionale 71

2. Il caso statunitense: *judicial review* e teoria costituzionale 84
2.1. Dibattito dottrinale statunitense in merito alla legittimazione della giustizia costituzionale 84
2.2. Le linee del dibattito sul *judicial review* dal caso *Marbury v. Madison* all'era *post New Deal*. Formalismo, Anti-formalismo e *Legal process theory* 90
2.3. (*segue*): *judicial review* e democrazia. La *counter-majoritarian difficulty* 99
2.4. (*segue*): i tentativi di superare la *counter-majoritarian-difficulty* 104
2.4.1. Teorie moniste e il *rights fundationalism* 104
2.4.2. (*segue*): la *dualist democracy* e la nuova idea del rapporto fra costituzionalismo e democrazia 109
2.4.3. (*segue*): il costituzionalismo deliberativo 111
2.5. (*segue*): teorie sul *judicial review* e ruolo del giudice costituzionale nella difficile oscillazione fra *judicial restraint* e *judicial activism* 112
2.5.1. La cornice del problema 112
2.5.2. L'apporto delle teorie originaliste 116
2.5.3. Il *minimalism* di C. Sunstein 120
2.5.4. Il variegato quadro del *non-interpretivism* 121
2.5.5. Le seduzioni del *moral reading* 122
2.5.6. Una "visione" sistemica": Tribe, Posner, Beatty a confronto 124
2.5.7. Qualche osservazione conclusiva 127
3. La Corte costituzionale italiana e il dibattito dottrinale in tema di legittimazione dell'organo di giustizia costituzionale: un'introduzione 128
4. Alcune riflessioni d'insieme: parallelismi fra Italia e Stati Uniti 135

CAPITOLO III
TECNICHE DI SELEZIONE DEI CASI E QUESTIONI POLITICHE. IL CONTESTO STATUNITENSE E PROFILI DI SIMILITUDINE E DIFFERENZIAZIONE CON QUELLO ITALIANO

1. Le possibili tecniche di selezione dei casi nell'ordinamento statunitense 144
1.1. Considerazioni generali 144
1.2. (*segue*): la *case or controversy clause* 151
1.3. (*segue*): l'*adversity* e il divieto di rendere *advisory opinions*. Inquadramento del tema e parallelismi con l'ordinamento italiano 154
1.4. (*segue*): concretezza del giudizio e *doctrines of justiciability* 163
2. La selezione dei casi alla luce del composito prisma dello *standing* 168
2.1. Il contesto definitorio 168
2.2. (*segue*): lo *standing* e «*its secrets rules*» 172
2.3. (*segue*): aspetti critici 179
2.4. (*segue*): *statutory limits* allo *standing* 184
2.5. La *standing doctrine* nella giurisprudenza più recente. Sviluppi coerenti? 189
2.6. Le difficoltà di razionalizzazione: una *doctrine in a state of some confusion* 198
3. Il "tempo" della decisione: *ripeness* e *mootness* 201
3.1. Il controverso concetto di "maturità della questione" 201

3.2. *Mootness*: «*the doctrine of standing in a time frame*» 206
4. *Doctrines of justiciability* e *constitutional issues*: alcuni profili di similitudine fra Stati Uniti e Italia 209
4.1. Tecniche di selezione dei casi: esistenza di un coefficiente di politicità intrinseca? 209
4.2. Selezione dei casi e decisioni processuali nel contesto nazionale 216

CAPITOLO IV
I MUTEVOLI CONFINI DELLA *POLITICAL QUESTION DOCTRINE*

1. Considerazioni generali: strumento funzionale alla (legittima) limitazione del potere giudiziale o dottrina politicamente orientata? 221
2. Origini e sviluppo della dottrina nel contesto statunitense 235
3. (*segue*): la svolta e l'inizio del declino della dottrina 252
3.1. Il caso *Baker v. Carr* 252
3.2. (*segue*): i successivi sviluppi 260
4. La *dottrina* al vaglio della dottrina: spunti di riflessione 266
4.1. La *classical political question doctrine* 267
4.2. Il *prudential approach* alla *political question doctrine* 270
4.3. La *functional political question doctrine* 277
4.4. L'evoluzione del dibattito: verso l'inesistenza della *political question doctrine*? 280
4.5. (*segue*): impossibilità di definire compiutamente il concetto di *political questions* 286

CAPITOLO V
LA GRAMMATICA GIURISPRUDENZIALE
DELLA *POLITICAL QUESTION DOCTRINE*:
CASI RILEVANTI IN AMBITI "SENSIBILI"

1. Considerazioni introduttive 294
2. Dagli *internal proceedings* agli *impeachment cases* 295
2.1. Il sindacato sugli *internal proceedings* 295
2.2. (*segue*): parallelismi con la giurisprudenza italiana in materia di *interna corporis acta* 297
2.3. La Corte Suprema di fronte ai c.d. *impeachment cases* 301
3. *Reapportionment*, *gerrymandering* e il "federalismo giurisdizionale" 303
3.1. *Reapportionment* e *gerrymandering claims* 303
3.1.1. Le prime decisioni 304
3.1.2. L'avvio della c.d. *reapportionment era* 306
3.1.3. (*segue*): successivi sviluppi 308
3.1.4. (*segue*): la svolta del 2004 310
3.1.5. Alcune riflessioni d'insieme 319
3.2. I casi *Bush I* e *Bush II* 323
4. La più recente giurisprudenza: verso una riespansione della *political question doctrine*? 325
4.1. Dalla politica estera alla sicurezza interna: riconfigurazione dei confini della *political question doctrine* 325

4.2. (*segue*): la tutela dei diritti fondamentali negli stati di emergenza: fra separazione dei poteri e *political questions* 331
4.3. (*segue*): la reazione della Corte Suprema: *Boumediene v. Bush* 343
4.4. (*segue*): i casi *Zivotosky I* e *Zivotosky II*: verso il ritorno alla *classical political question doctrine*? 349
4.4.1. *Zivotosky v. Clinton* 349
4.4.2. *Zivotosky v. Kerry* 356
4.5. L'*health care reform* quale ulteriore frontiera della *political question doctrine*? 359
5. Un parziale bilancio 374

CAPITOLO VI
LA CORTE COSTITUZIONALE *AT THE BAR OF POLITICS*

1. Similitudini e asimmetrie fra ordinamenti. La tutela dei diritti quale fondamento comune dei principi cui sono ispirate la forma di governo statunitense e quella italiana 382
2. Riflessioni sul rapporto tra la tutela dei diritti e gli equilibri fra poteri nella nostra esperienza costituzionale. La nascita della giustizia costituzionale in Italia: le scelte del Costituente 387
2.1. Il ruolo assegnato alla Corte costituzionale nell'ambito dei lavori dell'Assemblea costituente 387
2.2. (*segue*): il dibattito in seno alle commissioni dell'Assemblea costituente 394
2.3. Il modello realizzatosi. Il controllo di costituzionalità fino al 1956 e l'inizio dei lavori della Corte costituzionale 404
3. La Corte costituzionale e il caleidoscopio delle questioni politiche 410
4. Considerazioni sui limiti al sindacato di costituzionalità. Ambito dell'indagine 424
5. (*segue*): divieto di sindacato sulla discrezionalità del legislatore e problemi posti dalla definizione di tale limite 427
5.1. Gli sfuggenti confini della discrezionalità del legislatore nella legge n. 87 del 1953 427
5.2. L'approccio dinamico della Corte costituzionale alla discrezionalità politica 431
5.3. Gli ambiti materiali in cui si può ravvisare una maggior incidenza del riconoscimento della sfera riservata alla discrezionalità politica 433
5.1.3. Osservazioni generali 433
5.3.2. La regolazione dei processi: incontestato dominio del legislatore 434
5.3.3. La tutela penale e il diritto dell'immigrazione: fra principi costituzionali e discrezionalità del legislatore 435
5.3.4. Discrezionalità politica e diritti. Due esempi paradigmatici: la sfera di tutela dei diritti sociali e i diritti delle coppie omosessuali 438
5.3.5. La Corte e le sfide poste dallo sviluppo tecnico scientifico 441

5.3.6. La materia elettorale: quando il campo di elezione per l'intervento parlamentare si deve confrontare con i diritti fondamentali connessi al voto 444
6. Tecniche di giudizio e tipologie di decisioni con cui la Corte costituzionale si rapporta alle *political questions* 446
7. (*segue*): i semi della *political question doctrine* nelle decisioni di natura processuale. Emersione del *lack of jurisdiction* nelle decisioni di inammissibilità (semplice o manifesta) o infondatezza (semplice o manifesta): ambiguità delle categorie e spunti di riflessione 460
7.1. La proteiforme natura delle decisioni processuali 460
7.2. (*segue*): restituzione degli atti al giudice *a quo vs.* inammissibilità (semplice o manifesta) della questione 463
7.3. (*segue*): decisioni di inammissibilità (semplice o manifesta) *vs.* infondatezza (semplice o manifesta) 467
7.4. (*segue*): elementi di differenziazione formale e sostanziale 470
7.5. (*segue*): inammissibilità *vs.* infondatezza. Il profilo motivazionale 473
7.6. (*segue*): accertamento della discrezionalità del legislatore. Ambiguità (e fungibilità) delle categorie 475
8. Qualche riflessione conclusiva 477

INDICE DELLE DECISIONI DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA 483

INDICE DELLE DECISIONI DELLA CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI 489

BIBLIOGRAFIA 497

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. Coli U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. Donatelli I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. Valenza P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. Zingali G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. Tumedei C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. Albertoni A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. Salvi F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. Milani F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. Fassò G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. Ferri L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. Rossi G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. Poggeschi R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. Matteucci N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. Forchielli P., *I contratti reali*, 1952.
15. Salvi F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. Fassò G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustinianeo*, 1953.
18. Rossi G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. Mancini G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. Ferri L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. Torelli P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. Santini G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. Gianniti F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. Ghezzi G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. Nardi E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. Ferri L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. Ghezzi G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. Bonsignori A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. Gualandi A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. Bonsignori A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. Mancini G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. Nardi E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. Romagnoli U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. Santini G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. Rudan M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. Bonini R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. Colliva P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. Mengozzi P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. Roversi Monaco F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. Gianniti F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. Mengozzi P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. Montuschi L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. Bonini R., *Ricerche di diritto giustinianeo*, 1968.
53. Santini G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. Lo Castro G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. Roversi Monaco F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. Gianniti F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. De Vergottini G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. Mengozzi P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. Carinci F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. Osti G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. Zuelli F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. Pattaro E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. Carpi F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. De Vergottini G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. Paolucci L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. De Gennaro A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. Gianniti F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. Bonvicini D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. De Vergottini G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. Lambertini R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. Di Pietro A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. Mazzacuva N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. Romanelli G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. Borghesi D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. Dalla Torre G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. Carpi F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. Alleva P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. Puliatti S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. Fassò G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. Sgubbi F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. Lambertini R., *Plagium*, 1980.
88. Dalla D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. Vandelli L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. Nardi E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. Pellicanò A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. Giardini D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. Bortolotti D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. Roffi R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. Alessi R., *Scritti minori*, 1981.
96. Bassanelli Sommariva G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, 1983.
97. Zanotti A., *Cultura giuridica del Seicento e* jus publicum ecclesiasticum *nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. Illuminati G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. Dalla D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. Caia G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. Baratti G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. Puliatti S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. Lambertini R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. Zuelli F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. Ruffolo U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. Biagi M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. Insolera G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. Malagù L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. Ricci G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. Zanotti A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. Selmini R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. Dalla D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. Zunarelli S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. Cavina M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. Califano L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. Sarti N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. Scarponi S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. Bernardini M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. La Torre M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. Garcia De Enterria J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. Magagni M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. Petroni L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. Zanotti A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. Sartor G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. Rossi L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. Luchetti G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. Sarti N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. Gustapane A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. Bottari C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. Vandelli L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. Gasparri P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. Capuzzo E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. Biavati P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. Ferrari F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. Gustapane A., Sartor G., Verardi C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. Carpani G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. Musso A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. Donini M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. Califano Placci L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. Fornasari G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. Manzini P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. Timoteo M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. Sesta M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. Rescigno F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. Lugaresi N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. Sarti N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. Colliva P., *Scritti minori*, 1996.
162. Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. Gardini G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. Manzini P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. Mittica M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. Luchetti G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. La Torre M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. Camon A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. Mancini S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. Zanobetti Pagnetti A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. Bricola F., *Scritti di diritto penale*. Vol. I, *Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. Graziosi A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. Biavati P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. Rossi G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. Pellegrini S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. Boni G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. I, *Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, 1998
180. Rossi A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. Bongiovanni G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. Caputo G., *Scritti minori*, 1998.
183. Garrido J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. Bellodi Ansaloni A., *Ricerche sulla contumacia nelle* cognitiones extra ordinem, I, 1998.
185. Franciosi E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. Cattabriga C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. Mancini L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. Gustapane A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. Ricci G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. Fassò G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. Fassò G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. Scarciglia R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. Briguglio F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. Maltoni A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. Rossi L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. Boni G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. Lugaresi N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. Lalatta Costerbosa M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilehlmvon Humboldt*, 2000.
202. Semeraro P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. Verza A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. Bricola F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. Lassandari A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. Bianco A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. Raffi A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. Cafaro S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. Masutti A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. Zanotti A., Orlando F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. Lupoi M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. Lolli A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. Curi F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. Cottignola G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. Gardini G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. Cevenini C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. Monducci J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. Villecco Bettelli A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. Zucconi Galli Fonseca E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. Brighi R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. Luchetti G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. Memmo D., Miconi S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
230.bis Briguglio F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. Querzola L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. Tarozzi S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. Botti F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. Fondaroli D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. Alagna R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. Montalti M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. Tordini Cagli S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. Legnani Annichini A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformagioni quattrocentesche*, 2008.
240. Lolli A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. Vaccarella M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. Tubertini C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. Fioriglio G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. Botti F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. Nisco A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. Zanobetti Pagnetti A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. Mattioli F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. Bertaccini D., *La politica di polizia*, 2009.
249. Astrologo A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. Di Maria S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del codice*, 2010.
251. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. Querzola L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. Bologna C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. Rasia C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. Zucconi Galli Fonseca E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. Bellodi Ansaloni A., Ad eruendam veritatem. *Profili metodologici e processuali della* quaestio per tormenta, 2011.
257. Pontoriero I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, 2012.
259. Gustapane A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. Caianiello M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. Briguglio F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. Tassinari D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. Martelloni F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. Roversi-Monaco F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. Torre V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. Raffiotta E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. Caruso C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. Pedrini F., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.
270. Curi F., *Profili penali dello* stress *lavoro-correlato. L'*homo faber *nelle organizzazioni complesse*, 2013.
271. Casale D., *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, 2013.
272. Nicodemo S., *Le istituzioni della conoscenza nel sistema scolastico*, 2013.
273. Legnani Annichini A., *«Proxeneta est in tractando». La professione ingrata del mediatore di commercio (secc. XII-XVI)*, 2013.
274. Monducci J., *Il dato genetico tra autodeterminazione informativa e discriminazione genotipica*, 2013.
275. Mantovani M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 2014.
276. De Donno M., *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, 2015.

277. Pacilli M., *L'abuso dell'appello*, 2015.
278. Pištan Č., *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, 2015.
279. Bellodi Ansaloni A., *L'arte dell'avvocato,* actor veritatis. *Studi di retorica e deontologia forense*, 2016.
280. Hoxha D., *La giustizia criminale napoleonica. A Bologna fra prassi e insegnamento universitario*, 2016.
281. Querzola L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, 2016.
282. Pieri B., *Usurai, ebrei e poteri della Chiesa nei* consilia *di Paolo da Castro*, 2016.
283. Rasia C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, 2016.
284. Drigo C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, 2016.

Finito di stampare nel 2016
per i tipi di Bononia University Press