

Sabino Cassese

In nome del popolo o in nome della Costituzione?¹

“Why do people with power accept limits to their power?” (S. Holmes, *Lineages of the Rule of Law*, in J. M. Maravall and A. Przeworski, eds., *Democracy and the Rule of Law*, 2003, p. 19, 24).

“Why would people with money and guns ever submit to people armed only with gavels?” (M. C. Stephenson, *When the devil turns...: The Political Foundations of Independent Judicial Review*, 32 *J. Legal Stud.*, p. 59, 60, 2003)

¹ Questo scritto prende spunto dai seminari IRPA (marzo – giugno 2010) sullo stesso tema, e include la relativa lezione introduttiva (Roma, 18 marzo 2010).

Sommario:

1. Volontà del popolo o comando della legge?
2. “Court mirrors public opinion”
3. Ulisse e le sirene
4. Prometeo incatenato
5. Come operano le Corti costituzionali
- 6.a. Chi sono i giudici costituzionali?
- 7.b. Un potere interstiziale
- 8.c. Le questioni policentriche
- 9.d. La decisione e le decisioni
- 10.e. La decisione del giudice costituzionale è “final”?
- 11.f. Le strategie giudiziarie

1. Volontà del popolo o comando della legge?

Il diritto è opera delle stesse forze politiche che esso cerca di regolare². Da qui discende uno dei temi più importanti e discussi del nostro tempo: in caso di conflitto, deve prevalere la volontà del popolo o il comando della legge?

Questo tema si articola in due parti: perché maggioranze che tutto potrebbero dettano norme chiamate costituzioni, dotate di forza vincolante per esse stesse? Perché esse, poi, con quelle stesse norme, stabiliscono ulteriori limiti, sottoponendosi a corti giudiziarie?

Questo scritto ha ad oggetto la seconda di tali domande, che diviene sempre più rilevante a misura che si diffondono le corti costituzionali, fenomeno che ha avuto una straordinaria accelerazione negli ultimi decenni (in 164 dei 193 Stati esistenti al mondo vi è un controllo delle leggi e in 76 di questi il controllo è affidato a una corte costituzionale³). I Paesi dell'Europa centrale e

² J. Goldsmith and D. Levinson, *Law for States: International Law, Constitutional Law, Public Law*, 122 "Harvard Law Rev.", 2009, p. 1837.

³ F. Ramos Romeu, in "Rev. of Law and Economics".

orientale, caduta l'Unione sovietica, si sono tutti dotati di corti costituzionali di modello kelseniano, per lo più seguendo il tipo tedesco (salvo l'Estonia). Nel 2009, i "Law Lords" britannici sono stati trasformati in "Supreme Court of the United Kingdom" e il "Conseil Constitutionnel" francese è stato dotato di quello che viene definito il controllo "a posteriori" (giudizio incidentale di legittimità costituzionale).

Questa grande diffusione della giustizia costituzionale viene spiegata con il "disillusionment with the political" (che darebbe luogo anche allo sviluppo di sub-sistemi dominati dalla scienza, dall'"expertise" e dal professionalismo, quali, ad esempio, le banche centrali)⁴. E l'assegnazione della funzione di controllo ad appositi corpi giudiziari viene spiegata con la difficoltà di attribuirle alle tradizionali corti, che sarebbero tentate di interpretare norme costituzionali nuove secondo criteri e con mentalità tradizionali.

⁴ M. Horwitz, *Constitutional Transplants*, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 10, n. 2 July 2009, Article 9, p. 557 (Berkeley Electronic Press).

2. “Court mirrors public opinion”

Alla domanda sopra enunciata si danno tre risposte interamente diverse. La prima nega che il problema esista: tra indirizzo politico e giustizia costituzionale non vi sarebbe una divaricazione produttiva di conflitti. La seconda spiega la giustizia costituzionale come un’astuzia della politica: quest’ultima ricorre alla prima quando le conviene mettere in altre mani questioni che non riesce a decidere, perché troppo conflittuali o “divisive”, oppure questioni che vuol escludere dal dibattito politico. La terza parte dalla distinzione tra lungo e breve periodo e assume che le maggioranze politiche intendano vincolare le decisioni di breve periodo a quelle di lungo periodo.

Il primo punto di vista è stato esposto a più riprese, da almeno mezzo secolo. Uno dei primi a condividerlo fu il grande studioso della democrazia Robert Dahl, secondo il quale “ the policy views dominant on the Court are never for long out of line

with the policy views dominant among the lawmaking majority of the US”⁵.

Questo punto di vista è stato ripreso e sviluppato, di recente, in una voluminosa e importante ricerca sulla storia della Corte Suprema Americana, da Barry Friedman. Secondo questo studioso, la Corte Suprema non usurpa il potere del popolo, ma dà ad esso qualcosa che esso vuole. C’è una sostanziale consonanza tra volontà del popolo e decisioni della Corte. Vi è un “alignment of the justices with popular will”; la Corte è nel “mainstream of public opinion”. Friedman aggiunge che “the Court has so much political capital that the public will accept a few decisions (apparently even the major ones) with which it disagrees”. Dunque, il “judicial power exists at popular dispensation”⁶.

Soffermiamoci un momento su questa interpretazione. Essa è fondata sull’esperienza americana. È espressa in termini diversi, perché Dahl fa riferimento ad una consonanza tra Corte e

⁵ R. A. Dahl, *Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in 6 “J.Pub.L.” 279, 285 (1957).

⁶ B. Friedman, *The Will of the People*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 324, 355, 374, 358, 370

“lawmaking majority”, mentre Friedman fa riferimento ad un allineamento tra Corte e popolo direttamente⁷. Quest’ultimo autore, però, poi, distingue, seguendo una famosa osservazione di Woodrow Wilson, tra “opinion of the moment” (dalla quale la Corte può discostarsi) e “opinion of the age” (con la quale la Corte Suprema sarebbe, invece, in consonanza)⁸. Infine, se la Corte esercita il suo potere perché questa è la volontà popolare; se, quindi, in ultima istanza, la Corte è “accountable” al popolo, mentre la teoria della democrazia (secondo la quale tutto il potere promana dal popolo) sarà salvaguardata, dove va a finire quella parte della teoria del costituzionalismo che vede nella Corte un mezzo per limitare la tirannide della maggioranza?

3. Ulisse e le sirene

⁷ Differenza, questa, importante, in quanto, come sarà messo in luce in uno scritto di prossima pubblicazione di P. Pasquino, nel triangolo popolo (opinione pubblica), maggioranza, Corte, possono esservi “alleanze” diverse e, in particolare, una Corte non può resistere a popolo (opinione pubblica) e maggioranza parlamentare, quando questi siano coalizzati.

⁸ B. Friedman, op. cit., p. 382.

Anche il secondo punto di vista nega che il controllo di costituzionalità interferisca con il diritto del popolo di governarsi. Secondo questo, tale controllo conviene alla maggioranza politica, che sacrifica i propri interessi a breve termine in cambio di più ampi benefici o di benefici a lungo termine. Essa si comporterebbe come Ulisse con le sirene: si fa legare per poter superare le difficoltà della navigazione.

Questo punto di vista è stato esposto di recente da due studiosi di “Law and Politics” di formazione statunitense, Tom Ginsburg e Ran Hirschl. Secondo il primo, i politici scelgono di sottoporre le proprie decisioni a un controllo di costituzionalità come una forma di “political insurance”. Se pensano di rimanere al potere dopo che la Costituzione è stata approvata, optano per corti deboli. Se pensano di perdere il potere, scelgono corti forti, per assicurarsi “some access to a forum in which to challenge the legislature”⁹.

⁹ T.Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies*, Cambridge University Press, 2003, p.

Per il secondo, il controllo di costituzionalità sarebbe “a form of self-interested hegemonic preservation”. “[...] [P]olicy-making authority is increasingly transferred by hegemonic elites from majoritarian policy-making arenas to semiautonomous, professional policy-making bodies primarily in order to insulate their policy preferences from the vicissitudes of democratic politics”. Il trasferimento del potere di decidere dal legislativo e dall’esecutivo al giudice può corrispondere a numerosi interessi della dirigenza politica, quale quella di assicurare l’appoggio a certe politiche tramite decisioni prese da corpi professionali considerati a-politici, quella di sottrarre all’arena politica, dominata dal principio di maggioranza, decisioni che sono a rischio, o quella di accrescere la propria forza politica rispetto agli avversari, sottoponendo alcune decisioni ai limiti imposti dalla giurisdizione. La conclusione di Hirschl è che “[...] the current global trend toward judicial empowerment through constitutionalization is part of a broader process whereby self-

interested political and economic elites while they profess support for democracy [...], attempt to insulate policy-making from the vagaries of democratic politics”. Di conseguenza, “[a] new political order – juristocracy – has been rapidly establishing itself throughout world”¹⁰.

Anche in questo caso è interessante notare su quale base empirica è formulata la tesi. Essa è fondata su un esame della esperienza di Paesi di recente costituzionalismo (quali Taiwan, Mongolia e Corea nel caso di Ginsburg e Canada, Nuova Zelanda, Israele, Sud Africa nel caso di Hirschl), alcuni dei quali hanno introdotto una forma di controllo attenuato di costituzionalità.

Certamente sono numerose le ipotesi nelle quali alla classe politica può convenire che altri “tolgano le castagne dal fuoco”. Temi come il divorzio, l’aborto, l’eutanasia, l’omosessualità, il matrimonio tra persone dello stesso sesso, sono molto controversi. Su di essi i legislatori incontrano molte difficoltà nel decidere. Può

¹⁰ R. Hirschl, *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press, p. 16, 213, 217, 222.

essere più facile lasciare il primo passo a un soggetto esterno, neutrale, salvo, eventualmente, intervenire successivamente, per correggere, ampliare, limitare. Di qui le ipotesi di inerzia legislativa e attivismo giudiziario. Un esempio molto noto – sul quale ritorneremo – è quello della questione del diritto di secessione in Canada. Il sistema politico, in quel caso, non riusciva a raggiungere una decisione. Intervenne la Corte Suprema, che riuscì – con molta saggezza costituzionale – a stabilire alcune regole procedurali, che vennero, poi, accettate da ambedue le parti, i favorevoli e i contrari.

4. Prometeo incatenato

Il terzo punto di vista è simboleggiato da Prometeo, incatenato da Giove per punirlo di aver portato il fuoco agli uomini ed impedirgli di distribuire altri beni patrimonio del mondo divino. Le corti prevalgono sui legislatori, minacciando l'idea stessa di democrazia, in nome del diritto. Esse controllano

la tensione tra regola della maggioranza e costituzionalismo; minacciano la volontà popolare in nome della protezione dei diritti costituzionali. La decisione che simboleggia questo ruolo della Corte Suprema è la famosa *Brown v. Board of Education* (1954)¹¹, con cui i giudici americani legarono i legislatori, facendo prevalere il principio di eguaglianza sulla segregazione razziale. In questo caso, il giudice opera come “parallel legislature”¹².

Secondo l'autore che ha maggiormente sviluppato questo punto di vista, il costituzionalista americano Alexander Bickel, le corti costituzionali possono porre limiti ai legislatori in nome delle loro “passive virtues”, proprio per la loro “insulation from popular will”, che consente loro di rimanere fedeli alla “sovereign will”. Per questo ad esse sono posti limiti e condizioni, quali “standing”, “ripeness”, “mootness”, “political question”¹³.

Ma da chi è regolata, in ultima istanza, la tensione tra governo popolare e governo secondo il diritto, secondo questo

¹¹ 347 U. S. 483.

¹² L'espressione fu adoperata in India nei confronti della Corte Suprema di quel Paese (*Global Constitutionalism*, III- 7).

¹³ A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, Bobbs – Merrill, 1962.

punto di vista? Qual è l'autorità superiore che prende la decisione secondo la quale il legislatore va tenuto sotto controllo? La Costituzione stessa (e, quindi, la maggioranza costituente, ritenuta superiore a quella ordinaria), ovvero una supermaggioranza (nel senso della maggioranza qualificata solitamente chiamata a modificare le costituzioni, spesso con procedure speciali), ovvero la maggioranza stessa, che, quindi, si sdoppierebbe, mettendo se stessa sotto controllo?

5. Come operano le Corti costituzionali

Una risposta alla domanda posta all'inizio non può essere data – come tentano di fare molti studiosi – in termini generali, validi per tutti i Paesi (in particolare, Ginsburg e Hirschl pensano di poter generalizzare a tutti i luoghi del mondo nei quali è stato introdotto il controllo di costituzionalità, conclusioni tratte dalle loro osservazioni dei pochi Paesi sopra menzionati).

Si possono, invece, definire in termini generali i criteri e i metodi da applicare per cercare una risposta alla domanda posta (senza, tuttavia, avere l'ambizione di dare tale risposta in questa sede). Criteri e metodi che vanno cercati nel modo di operare delle corti costituzionali.

Per procedere lungo questa strada, occorre fare alcune avvertenze preliminari. La discussione sulle corti è fortemente influenzata dalla cultura americana, quella del Paese nel quale per la prima volta un controllo di costituzionalità è stato introdotto.

Ora, la riflessione americana è fuorviata, da un lato, dall'assetto del potere giudiziario, dall'altro dall'uso fatto della giurisprudenza. L'assetto del potere giudiziario negli Stati Uniti è arcaico: i giudici a livello statale sono eletti dal popolo, quelli a livello federale (compresi quelli costituzionali) sono nominati dal Presidente, con l'accordo del Senato, e durano in carica senza limiti di età. Dunque, il potere giudiziario è di derivazione

politica, anche se sono molti i contrappesi che norme interstiziali e prassi hanno introdotto per difendere il principio del merito.

Quanto allo studio che la cultura giuridica ha fatto delle decisioni giudiziarie, nella storia americana si è registrata una forte oscillazione. Si è passati da un uso “langdelliano”, sistematico, della giurisprudenza, ispirato alla scelta dei casi “giusti”, ordinati secondo criteri propri del concettualismo e del formalismo, ad un orientamento opposto, “realistico”, portato a spiegare l’operato delle corti in termini politici e persino gastronomici (“i giudici decidono sulla base di ciò che hanno mangiato a colazione”)¹⁴.

Nella cultura americana si è sviluppato lo stereotipo secondo il quale potere politico e potere giudiziario (in particolare, la Corte Suprema) sono contrapposti. L’uno e l’altro prendono decisioni collettive. Ma il primo è sottoposto ad elezioni periodiche, che lo costringono a essere “accountable” al proprio elettorato. E decide

¹⁴ La letteratura è vastissima. Tra gli scritti recenti, si veda I. Pupolizio, *Più realisti del re? Il realismo giuridico statunitense nella prospettiva dei “Critical Legal Studies”*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, a. XL, n. 1, giugno 2010, p. 73 ss.

in modi non codificati, osservando un minimo di regole di procedura, in maniera flessibile, tanto che può ritornare quando vuole sulle proprie decisioni. Può, quindi, prendere o non prendere decisioni, raggiungere compromessi, prendere “decisioni a pacchetto” (per usare la terminologia comunitaria), negoziare, posporre le decisioni, ecc.

La Corte Suprema, anche se di provenienza popolare indiretta, non è “accountable” (i giudici sono nominati a vita), deve decidere in forme codificate, deve rispettare un massimo di procedure, decide non di propria iniziativa, ma su richiesta di terzi, prende decisioni di ultima istanza (non solo perché le sue decisioni non sono appellabili, ma anche perché le modificazioni costituzionali sono estremamente difficoltose).

S’è formata così una separazione - contrapposizione politica-giustizia che non corrisponde alla realtà, se si considerano i tratti strutturali e comportamentali delle corti costituzionali e le molte variabili che essi presentano.

Provo ad elencare di sèguito tali tratti, avvertendo che solo alcuni sono sempre presenti, mentre altri dipendono dal particolare assetto scelto da alcuni Paesi ed altri ancora dalle scelte di “judicial policy” delle Corti stesse.

6.a. Chi sono i giudici costituzionali

Innanzitutto, la netta contrapposizione politica-giustizia costituzionale prescinde dalla circostanza che i giudici costituzionali non sono interamente estranei alla politica. Essi derivano la loro nomina da organi politici (il Presidente con l’assenso del Senato negli Stati Uniti, il Parlamento in altri Paesi). Una eccezione parziale è costituita dalla elezione, in Italia, di un terzo dei giudici da parte delle più alte magistrature.

Questa derivazione indiretta potrebbe costituire un legame troppo stretto, al quale si pone rimedio o con una durata abbastanza lunga nella carica (da 9 a 12 anni), oppure con la nomina senza termine di durata (caso degli Stati Uniti), comunque

con la clausola della non rinnovabilità (unica eccezione è quella che consente il rinnovo ai giudici della Corte europea di giustizia).

La nomina a vita o la durata relativamente lunga nella carica mira ad isolare i giudici nominati dagli organi politici di nomina, in quanto la funzione dei primi continua anche quando è terminata quella dei secondi. Ciò produce il caso frequente di giudici nominati da organi politici di una certa maggioranza, che restano in carica dopo che si sono formate maggioranze diverse. La diminuzione della durata nella carica (come quello avvenuto in Italia, da 12 a 9 anni) può, quindi, essere interpretato come un modo per ricondurre una corte sotto il controllo del ciclo politico¹⁵.

Non si può dire, quindi, che corpo politico e organo di giustizia costituzionale siano interamente estranei. Tra di loro c'è un legame genetico, che è però interrotto dalla durata vitalizia o dalla clausola di non rieleggibilità. Queste producono l'effetto di

¹⁵ Così, infatti, P. Pederzoli, *La Corte costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 110.

rompere il legame di “accountability” tra nominante e nominato. Si può dire, quindi, che i titolari degli organi di giustizia costituzionale abbiano una derivazione politica, anche se non debbano poi rispondere alla politica.

7.b.Un potere interstiziale

In secondo luogo, i giudici costituzionali decidono interstizialmente. Si valutino i seguenti aspetti: essi non hanno il “docket control”, non sono, cioè padroni della loro agenda, perché le questioni vengono rimesse ad essi da altri soggetti (altri giudici, o anche privati, come nel caso spagnolo o in quello tedesco); anche giudici come la Corte Suprema americana, che dispongono del potere di accettare le questioni o rifiutarle, senza motivazione, non possono scegliere di propria iniziativa un caso o una controversia; debbono controllare se la questione loro rimessa scaturisca davvero da un “case or controversy” e non sia, invece, fittizia o ipotetica; una volta che la questione è loro rimessa, i

giudici non possono deviare dalla domanda loro posta: possono interpretarla, ma sono vincolati ad essa; nell'esaminare la questione, non possono scegliere una procedura, come, ad esempio, quella negoziata: debbono seguire quella contenziosa (il contraddittorio); nel decidere, debbono rispettare il precedente e, nel caso che se ne discostino, debbono provvedere una adeguata motivazione; non possono adottare misure compensative, come quelle "a pacchetto", tipiche delle istituzioni comunitarie, nelle quali si raggiunge un accordo ampliando l'ambito della decisione; nell'esame e nella decisione, non possono seguire altro criterio, diverso da quello giuridico.

Un caso famoso negli Stati Uniti, nel quale la "petition" è stata rifiutata, è quello *Padilla v. Hanft* (2006)¹⁶, relativo a una persona precedentemente detenuta per più anni senza processo. In questo caso, la Corte Suprema ha ritenuto il caso fittizio perché ipotetico, in quanto, nel frattempo, Padilla era stato regolarmente accusato e detenuto: "Padilla is held pursuant to the control and

¹⁶ 126 S. Ct. 1649 (2006).

supervision of the United States District Court for the Southern District of Florida, pending trial of the criminal case”. Insomma, in questo caso la Corte ha dovuto rifiutare di decidere perché ad essa si chiedeva di esaminare un caso che non era attuale, ma ipotetico.

Tutto ciò consente di comprendere che la presentazione che oppone decisione maggioritaria a decisione giudiziaria, democrazia a giustizia, è estremamente semplificata. Gli ambiti di azione, i modi di procedere, i modi di decidere, i criteri di azione, sono diversi. È vero che il giudice costituzionale limita il potere legislativo, ma è anche vero che esso nasce intrinsecamente limitato.

L’intera questione qui esaminata è dominata dalla esperienza americana, anche perché essa è la più lunga. Di conseguenza, è alla letteratura americana che tutti fanno riferimento. Ma va considerato che per gli americani il diritto è indifferentemente la legge e la sentenza. Ciò li porta a sottovalutare le differenze tra le

due e a non considerare il carattere interstiziale dell'attività del giudice costituzionale. Ecco un altro caso nel quale è importante essere avvertiti delle differenze puramente culturali, che influenzano il modo di affrontare i problemi.

8.c. Le questioni policentriche

Tra potere della maggioranza legislativa e potere dei giudici c'è una ulteriore differenza importante, che attiene alle questioni policentriche. Il termine è stato coniato da Lon Fuller¹⁷ e indica tutte quelle questioni dove sono aperte più possibilità, o che hanno numerose implicazioni. Una classica questione policentrica è quella attinente al bilancio e a tutte le decisioni allocative: se si modifica un capitolo, bisogna modificare anche altri capitoli di bilancio.

Un esempio è quello della decisione *Belmarsh Prison* (2004) dell'”House of Lords”, relativa alla detenzione senza processo per

¹⁷ Ed è discusso da J. A. King, *The Pervasiveness of Polycentricity*, in “Public Law”, Spring 2008, p. 101 ss.

stranieri, in casi di sospetto terrorismo¹⁸. Gli articoli 5 e 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo consentono tale detenzione solo in casi di emergenza. Lord Bingham, dando l'"opinion" della Corte, affermò che la valutazione del rischio può essere fatta solo dal governo, nel rispetto del principio di proporzionalità.

Nelle questioni policentriche sono aperte più possibilità, non vi è una sola soluzione. In tali casi, sia leggi, sia la stessa giurisprudenza costituzionale pongono un limite alle corti. Questo limite viene indicato in modi diversi, parlandosi, ad esempio, negli Stati Uniti, di "political question", in Italia, di "discrezionalità del legislatore".

Un caso molto noto è quello deciso dalla Corte Suprema americana, *Goldwater v. Carter* (1979), relativo alla decisione del Presidente Carter di "withdrawal" dal trattato di difesa reciproca tra Stati Uniti e Taiwan¹⁹. La Corte, richiesta di intervenire da una

¹⁸ *A, X and Others v Secretary of State for the Home Department*, UKHL 56 (2004).

¹⁹ 446 U.S. 996 (1979)

corte di appello, decise che si trattava di una “non justiciable political question”, perché “there is no constitutional provision” e “we are asked to settle a dispute between coequal branches of the government, each of which has resources available to protect and assert its interests [....]”.

9.d. La decisione e le decisioni

Il quarto motivo per il quale l’opposizione semplicistica maggioranza parlamentare – corte costituzionale, è sbagliata è il seguente: i giudici costituzionali non decidono da soli, nel vuoto. Come già osservato, vi è chi “porta” ad esso la questione da decidere; se la questione è rilevante, essa sarà stata preceduta da un dibattito pubblico; in molti casi, vi saranno state micro – decisioni di altri giudici, di esperti o tecnici, di amministratori; in altri casi, vi saranno stati tentativi di legiferare; i giudici stessi, facendo parte di una “comunità epistemica”, oramai di dimensioni non solo più nazionali, hanno informazioni da altre fonti, sono

aperti al dialogo con altre corti; la decisione è raggiunta quando la questione è considerata “matura”; infine, una decisione importante è solitamente presa sulla base di un principio affermato e verificato in un caso meno importante.

C'è, insomma, un dialogo nascosto, prima di decidere, tra i giudici, diversi settori della società, l'opinione pubblica, la comunità epistemica. E le decisioni non vanno valutate singolarmente, una per una, ma nel loro flusso, in un processo di decisione.

10.e. La decisione del giudice costituzionale è “final”?

L'argomento maggiore di coloro che sono preoccupati per la “counter-majoritarian difficulty”²⁰ ed oppongono democrazia a giustizia, decisioni dei rappresentanti del popolo a decisioni dei “saggi”, riguarda il carattere definitivo (“final”) delle decisioni dei giudici delle leggi. Se queste si impongono in tal modo, le

²⁰ A. Bickel, op. cit.

democratiche decisioni della maggioranza parlamentare divengono recessive.

Anche questo, però, è un punto di vista poco realistico, formalistico, che non tiene conto di almeno due dati reali. Il primo riguarda la giustizia costituzionale come flusso di decisioni, invece che come somma di singole decisioni isolate. Se si tiene conto del flusso, si nota che i giudici costituzionali procedono molto più di quanto non si pensi “by trial and error”: decisioni pilota, minori, aprono la strada a decisioni maggiori; molte decisioni vengono trattenute o rinviate; molte decisioni sono aperte, o non con effetto immediato. Tra la decisione minore e quella maggiore, vi è spazio per l’intervento del legislatore, così come nel caso in cui la decisione viene rinviata o quando gli effetti della sentenza si producono da una data successiva alla sua decisione (basti pensare, quale esempio ultimo di questa ipotesi, alla decisione cosiddetta Hartz IV di gennaio 2010 del I Senato del “Bundesverfassungsgericht” tedesco²¹).

²¹ 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09.

Il secondo dato reale che viene tralasciato da questa impostazione è costituito dalle reazioni del corpo politico alle situazioni di forti conflitto tra corte e legislatore. Le situazioni di crisi (ad esempio, quelle della Corte Suprema americana nel periodo di Lincoln - caso Dred Scott del 1857 - e durante il periodo rooseveltiano, 1935 – 1936, o quella della Corte ungherese) non sono state sufficientemente studiate. Un loro esame attento potrebbe dimostrare che i rapporti tra corti e legislatori sono molto più “nuancé” di quanto solitamente appaiano.

La contrapposizione democrazia – giustizia è, infine, risolta a favore della prima nei Paesi dove si ritiene che vi sia il principio della “Parliamentary Sovereignty”, come Canada, Nuova Zelanda e Regno Unito. Qui sono state introdotte forme attenuate di controllo di costituzionalità. Ad esempio, in Canada la sezione 33 della Costituzione del 1928 contiene la cosiddetta “notwithstanding clause”, per cui il Parlamento può dichiarare

espressamente una legge efficace anche in violazione delle sezioni 2 e 7-15 della Costituzione. La dichiarazione ha effetto per cinque anni e può essere ripetuta²².

11.f. Le strategie giudiziarie

L'ultimo e più complicato metodo per valutare il rapporto tra Corti e sistema politico è quello di esaminare le strategie giudiziarie delle Corti costituzionali, specialmente nei casi critici, come – per fare solo qualche esempio - quelli relativi ai maggiori conflitti sociali, ai rapporti con le popolazioni originarie (aborigeni, indigeni), al terrorismo. Queste si lasciano difficilmente ricostruire.

Con molte approssimazioni, possono considerarsi le strategie che consistono nel regolare l'afflusso dei casi; quelle che riguardano il comando dei tempi degli effetti delle decisioni; quelle che attengono al dosaggio di “self-restraint” o “modesty” e

²² Peraltro, si è affermata una convenzione costituzionale di non applicazione di questa disposizione.

“activism”; quelle, infine, che si manifestano nel modo in cui sono costruite le decisioni.

Per quanto riguarda l’afflusso dei casi, si è detto prima che le Corti costituzionali non hanno il “docket control”. Ma esse, se non hanno il controllo dell’iniziativa, non per questo non possono controllare le iniziative altrui (di regola, dei giudici rimettenti). Ciò viene fatto con strumenti processuali che conducono alla dichiarazione di inammissibilità (non rilevanza, contraddittorietà, carattere fittizio o ipotetico della lite, ecc.).

Per quanto riguarda i tempi degli effetti delle decisioni, le leggi che regolano molte Corti costituzionali (come, ad esempio, quella francese e quella tedesca) consentono espressamente ad esse di stabilire quando le decisioni possono produrre i loro effetti, così permettendo ad esse di posporre ad una data successiva alla pubblicazione la efficacia delle sentenze²³. Altre Corti ritengono tale potere implicito e se ne avvalgono.

²³ Si pensi alla già citata decisione Hartz IV della Corte costituzionale tedesca.

Per quanto riguarda il “self-restraint” delle Corti, è fondamentale valutare i casi di “deference” verso i Parlamenti (nel senso di deferire ad essi il potere di decisione). Due casi noti sono quelli decisi dalla Corte Suprema americana nel 1978, ambedue relativi a questioni attinenti ai rapporti tra gli ordini giuridici delle tribù indiane e l’ordine giuridico generale (*Oliphant v. Suquamish Indian Tribe* e *Santa Clara Pueblo v. Martinez*²⁴). In ambedue i casi la Corte è giunta alla conclusione che la questione dovesse essere risolta dal Parlamento. Anche in un’altra notissima decisione, in materia di terrorismo, *Medellin v. Texas*²⁵, del 2008, la Corte Suprema americana è giunta alla conclusione che le decisioni della Corte internazionale di giustizia non sono eseguibili automaticamente negli Stati Uniti perché una decisione di questo tipo minerebbe “the ability of the political branches to determine whether and how to comply with an ICJ judgement. Those sensitive foreign policy decisions would instead be

²⁴ 435 U. S. 191 (1978) e 436 U. S. 49 (1978).

²⁵ 552 U. S. 491.

transferred to state and federal courts charged with applying an ICJ judgement directly as domestic law”.

Infine, va valutata la costruzione delle decisioni. Queste non necessariamente forniscono una soluzione definitiva della questione sollevata, specialmente se si tratta di problemi sociali importanti. Invece, stabiliscono le “regole del gioco”; proceduralizzano, costruendo sequenze e assegnando ruoli; ricostruiscono gerarchie di norme. Un caso molto noto in questo senso è quello – già menzionato – della Corte suprema del Canada *Reference re Secession of Quebec*²⁶, nel quale venne stabilito che i diritti democratici previsti dalla Costituzione sono collegati a obbligazioni costituzionali, dalle quali discende anche quella di una eventuale maggioranza che invocasse il diritto di autodeterminazione di negoziare la sua secessione con gli altri Stati e con il governo federale.

Anche un esame così rapido consente di concludere che, per quanto senza avere la flessibilità propria della politica, le Corti

²⁶ 1998, 2 S. C. R. 217.

costituzionali possono affrontare problemi sociali importanti, che coinvolgono intensi conflitti politici, con un notevole grado di elasticità, accettando una forte divisione del lavoro, che contrasta sia con la tradizionale presentazione della contrapposizione tra democrazia e giustizia, sia con lo stereotipo di due procedure di decisione tra di loro incompatibili, quelle della politica e quella giudiziaria.