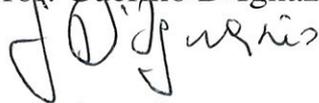


**LA CORTE SUPREMA NEL *FEDERALIZING PROCESS*  
DEGLI STATI UNITI D'AMERICA.  
UN SUCCESSO DEMOCRATICO ?**

SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE DI APPARTENENZA: IUS/21

Tutor

Prof. Guerino D'Ignazio



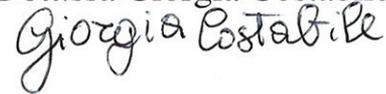
Coordinatore

Prof. Paolo Jedlowski



Candidata

Dott.ssa Giorgia Costabile



## INDICE

ABSTRACT	p. 3
PREMESSA	p. 5
INTRODUZIONE	p. 13

### Capitolo I

#### **LA COMPARAZIONE GIURIDICA: FRA SCIENZA E METODO**

1.1 Cenni generali sul metodo comparato	p. 29
1.2 Il costituzionalismo statunitense: un'analisi giuridica comparata sul federalismo e sulla <i>judicial review</i>	p. 37

### Capitolo II

#### **ORIGINE E CARATTERI DEL PROCESSO DI UNIFICAZIONE NAZIONALE**

2.1 Cenni storici del contesto originario. Dalla “ <i>rivoluzione</i> ” americana agli <i>Articles of Confederation</i>	p. 43
2.2 La Dichiarazione d'Indipendenza: primo atto della storia degli Stati Uniti d'America	p. 54
2.3 La conclusione dell'esperienza Confederale e la <i>Convention</i> di Filadelfia	p. 60

### Capitolo III

#### **I TRATTI CARATTERISTICI DELLA COSTITUZIONE FEDERALE. GENESI E PRIMI SVILUPPI**

3.1 Motivi ideali e obiettivi per una “ <i>more perfect Union</i> ”	p. 65
3.2 La fase di prima attuazione della Costituzione federale. Il dualismo della sovranità	p. 81

### Capitolo IV

#### **IL PERFEZIONAMENTO DELL'UNIONE: LA GUERRA CIVILE E L'EVOLUZIONE DELL'ORDINAMENTO FEDERALE**

4.1 La rigidità dei poteri enumerati e la flessibilità dei poteri impliciti	p. 89
4.2 Il <i>turning point</i> della guerra civile e la vittoria della <i>national theory</i>	p. 99

4.3 Il liberalismo maturo e la <i>Lochner Era</i>	p. 107
---	--------

## Capitolo V

### **IL NUOVO CORSO DELL'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE**

5.1 Le dinamiche costituzionali del <i>New Deal</i> . La svolta nella definizione delle sfere di competenza federale e statale	p. 120
5.2 L'evoluzione del <i>Commerce power</i> : nuove interpretazioni per l'interventismo del <i>New Deal</i>	p. 129
5.3 L'istituto della <i>Preemption</i> : strumento di supremazia federale. Obiettivi di uniformità del diritto e di protezione del <i>national interest</i>	p. 137

## Capitolo VI

### **LA CORTE SUPREMA: CORTE DEI POTERI, CORTE DEI DIRITTI**

6.1 Il <i>New Federalism</i> : continuità e discontinuità nella giurisprudenza "federalista"	p. 143
6.2 L'affermazione del <i>New Federalism</i> e l' <i>anti-commandeering principle</i>	p. 149
6.3 Nuovi limiti posti alla competenza federale sul commercio: i casi <i>Lopez</i> e <i>Printz</i>	p. 152
6.4 Il federalismo e la tutela dei diritti nella giurisprudenza della Corte Suprema	p. 157
6.5 La "rivoluzione" della Corte Warren e le <i>preferred freedoms</i>	p. 161

## Capitolo VII

### **IL DIBATTITO SULLA LEGITTIMAZIONE DELLA CORTE SUPREMA**

7.1 La <i>Countermajoritarian Difficulty</i> manifestazione di <i>judicial supremacy</i> . Una <i>political question doctrine</i> trasgredita?	p. 173
7.2 Il ruolo della giurisprudenza costituzionale al crocevia tra giustizia e politica	p. 186
7.3 <i>Judicial review</i> e federalismo. Quale risultato democratico?	p. 196

CONCLUSIONI	p. 208
-------------	--------

BIBLIOGRAFIA	p. 222
--------------	--------

## Abstract

### ***FEDERALIZING PROCESS AND JUDICIAL REVIEW IN THE UNITED STATES OF AMERICA***

In this research I want to investigate and study federalism and the judicial review in the USA. I want analyze the complex connection between federalism (as “territorial pluralism of power centers”), *judicial review* (constitutional justice) and the objectives of system’s democratic stabilization and development. In this dialectic, the Supreme Court has the primary and delicate task of bringing order into the chaos of the law through the only authoritative and binding interpretation of the constitutional provisions and the choice of weighted combination of unity and diversity to be safeguarded. One major platform of a democratic form of governance is the principle of separation of powers. Federalism, as territorial and vertical separation of powers, is a central principle of government in the United States of America. It is in fact recognized as a plurality of power centers, a power split and shared by different levels of government and institutions, independent and coordinated, in a delicate game of autonomy, mutual control and interdependence. Justice Salmon Chase explained the necessity for the constitutional limitations that prevent the concentration of power on either the state or national level: "*The Constitution, in all its provisions, looks to an indestructible Union, composed of indestructible States*".

The U.S. Constitution is hardwired with the tensions of that struggle, and Americans still debate the proper role of the national government versus State government. Chief Justice John Marshall, first articulated the Court's power to exercise judicial review in the famous case of *Marbury v. Madison* (1803), noted that this question “*is perpetually arising, and will probably continue to arise, as long as our system shall exist.*” Judicial review is the power to strike down unconstitutional acts of the national legislature and executive, as well as state actions. The purpose of my investigation is to analyze the federalism as “*federalizing process*” and the evolution and impact of the case-law (jurisprudence) of the Supreme Court on a dual system of government and on a democratic level of the legal order. I want to investigate how the Supreme Court, with its rule making-power (*de facto* discretionary political and normative power), has interpreted and protected the Constitution (on the subject of federalism and rights). This

research aims to provide a comprehensive overview of the evolution of case-law and the general interpretative approach that has been adopted by the Supreme Court in the matter of federalism (what kind of relationship between federalism and rights?). Particular emphasis is placed on federalism, judicial review, mechanism of checks and balances and also on the *counter-majoritarian difficulty* (the unelected judges of the Supreme Court has the final say on the issues it decides, they can use the power of judicial review to nullify the actions of elected legislators or executives, so they act contrary to “majority will” as expressed by representative institutions). I want to understand the complex relationship between federalism, judicial review and democracy in the USA. This idea is still deeply controversial!

## PREFAZIONE

Gli Stati Uniti d'America vantano una storia costituzionale per certi versi "eccezionale", sono, infatti, il primo Stato moderno che si è dotato di una Costituzione scritta, tuttora vigente con soltanto poche modifiche apportate in oltre 200 anni di storia.

Non possono, quindi, che occupare un posto importante nello studio del costituzionalismo moderno, nel quale è proprio la nascita degli Stati Uniti a segnare l'inizio di una nuova era.

Quando si analizza l'ordinamento degli Stati Uniti giova ricordare, in partenza, alcune fondamentali innovazioni da esso introdotte. Innanzi tutto è il primo Stato creato attraverso una procedura democratica, ovvero in cui il consenso volontario di tutto un popolo ha dato valore normativo superiore ad una Costituzione ideata e scritta dai rappresentanti di Stati dalla recente indipendenza.

La prima rilevante novità sta quindi già all'origine del nuovo Stato, nato da un inedito processo democratico, quindi volontario e non violento, di unificazione di Stati sovrani. Non sono stati tanto la guerra né il caso a dare vita al nuovo Stato, sebbene già nell'epoca rivoluzionaria si fossero manifestati alcuni elementi e presupposti della futura unificazione, ma è stato attraverso un metodo democratico che si è istituito il nuovo Stato.

Il prodotto immediato della guerra d'indipendenza è stato piuttosto la rottura del vincolo coloniale e la costituzione di Stati liberi e indipendenti, la scelta federale è stata un passaggio indubbiamente legato alle vicende e allo spirito rivoluzionario in profondità, ma comunque successivo. "Per la prima volta nella storia, il popolo era stato chiamato a determinare, confermandola con il voto, una grande scelta collettiva, che definì la forma della propria convivenza politica per molte generazioni<sup>1</sup>". Questa è una novità di assoluta rilevanza se si considera che il principio della sovranità popolare trova nella Costituzione statunitense la sua prima proclamazione solenne della storia moderna – *We, the People* -.

Il popolo irrompe a pieno titolo nella storia e si fa protagonista non solo di una guerra combattuta per difendere i principi ideali e nel contempo funzionali alla propria esistenza concreta, ma della scena politica di cui vuole essere, senza interruzioni e

---

<sup>1</sup> L.Levi, "La federazione: costituzionalismo e democrazia oltre i confini nazionali" in "Il Federalista" di A.Hamilton, J.Madison, J.Jay, il Mulino, Bologna, 1997, p.24.

impedimenti, artefice assoluto. Il principio autenticamente rivoluzionario viene affermato già nella Dichiarazione d'Indipendenza dove si legge che *il popolo ha diritto...di istituire un nuovo governo* e trova poi nella stesura e nell'adozione della Costituzione la sua manifestazione solenne e concreta.

Per la prima volta si verifica la corrispondenza, seppur non piena, delle decisioni politiche riguardanti la creazione e strutturazione di uno Stato con la volontà e gli interessi del popolo di quello Stato. È pur vero che non fu propriamente il popolo degli Stati Uniti, come espressione di un'entità collettiva unitaria, compatta e omogenea per identità storica e culturale, a determinare la secessione dall'impero inglese e a conquistare l'indipendenza nazionale, ma semmai furono le diverse comunità locali, le popolazioni delle distinte colonie, ad essere i soggetti protagonisti in questa fase, che decisero strategicamente di unire le forze contro un nemico comune, schierarsi su un fronte unitario, e combattere fianco a fianco la madrepatria inglese con l'obiettivo principale, e inizialmente esclusivo, di ottenere la propria distinta e assoluta indipendenza. Anche questo rappresenta un elemento originale della storia degli Stati Uniti, di una Nazione che nasce a partire da un processo volontario, anche se fino ad un certo momento non da pochi osteggiato<sup>2</sup>, di unificazione di Stati liberi e indipendenti, processo che trova nella Costituzione del 1787 la sua tappa iniziale e non quella conclusiva.

La Costituzione statunitense ha un valore che esula i confini nei quali esercita la sua indiscussa vigenza, in quanto ha introdotto alcune delle novità più significative del costituzionalismo moderno che verranno da più parti e ripetutamente analizzate ed imitate. Studiare l'ordinamento costituzionale statunitense significa conoscere e comprendere il primo esempio storico moderno di organizzazione federale del potere, il primo esperimento attuativo del principio federale ispirato, a livello teorico, a un variegato spettro di valori politico-filosofici.

Il tema del federalismo richiama, superandolo, il formalismo delle categorie giuridiche astratte che tentava di incasellare le realtà fenomeniche dalle plurime e variabili sfumature e declinazioni in categorie tipizzate e monolitiche, prive di effettiva corrispondenza alla complessità sociale e al pluralismo istituzionale e politico di riferimento.

---

<sup>2</sup> Sarà infatti solo a seguito della sanguinosa guerra civile del 1865, con la sconfitta delle forze disgreganti e secessioniste, che l'esistenza degli Stati Uniti come Stato federale non sarà più messa seriamente a repentaglio e l'unità nazionale rappresenterà una conquista definitiva, un punto fermo non più in discussione o a rischio di dissoluzione.

La concezione prevalente di federalismo è, oggi, quella legata al suo carattere intrinsecamente dinamico e processuale e, per l'impossibilità di costruire una teoria organica e unitaria dello Stato federale, risulta geneticamente comparativo.

È stata la crisi del paradigma dello Stato nazione, inscritta all'interno del dispiegarsi del(i) processo(i) di globalizzazione, dagli esiti multipli, ancora indeterminati, complessi e contraddittori, ad evidenziare la necessità di nuove interpretazioni e nuovi approcci al fenomeno del federalismo e in generale alla dimensione giuridica della politica e della società.

Cercherò di esaminare il carattere federale dell'ordinamento costituzionale statunitense seguendo le prospettive indicate dai nuovi approcci di analisi del federalismo, riferendomi, in particolare, al contributo di Friedrich. Inquadrare la ricerca sull'ordinamento giuridico-costituzionale statunitense nell'ottica del processo di federalizzazione permetterà di comprendere, a mio avviso più correttamente, il carattere evolutivo e dinamico del federalismo degli Usa, non più staticamente inquadrabile ed analizzabile.

Lo sguardo comparato al fenomeno giuridico del federalismo sarà indispensabile per una riflessione che, a partire dalle specificità di un determinato ordinamento, quello statunitense, riesca a farne emergere la natura di un fenomeno che, seppur con le sue infinite varianti, qualificazioni e peculiarità storicamente situate e plurali, possiede una sua singolarità essenziale. Il pluralismo delle manifestazioni concrete del fenomeno federale - i tanti e diversi ordinamenti federali - viene ricondotto, a livello interpretativo, all'unicità qualitativa dell'essenza del fenomeno stesso.

Si tratta di un procedimento analitico che permette di passare più agevolmente dal particolare, un dato ordinamento federale, al generale, la natura del federalismo come fenomeno, e viceversa, nonché da una realtà giuridica federale ad un'altra, non perdendo di vista il nocciolo duro del fenomeno e riuscendo così a distinguere i caratteri fondamentali, generali e comuni, da quelli differenziabili, specifici ed esclusivi.

Seguendo l'impostazione di Friedrich analizzerò il federalismo statunitense come un processo dinamico e dialettico in cui l'equilibrio dei poteri è in perenne evoluzione e viene sottoposto ad una continua discussione e riconfigurazione.

La Corte Suprema, in questo quadro, esercita un ruolo arbitrale fondamentale, media le forze contrastanti che insistono sul processo e che ne determinano lo sviluppo, cercando di mantenerle in una situazione di equilibrio, che per sua stessa natura si rivelerà particolarmente delicato ed instabile.

La *Supreme Court*, in un certo senso, dirige il processo evolutivo dell'ordinamento costituzionale, attraverso la composizione dei conflitti fra poteri multipli dell'ordinamento poliarchico e composto statunitense, determina, controlla e influenza, i percorsi o le dinamiche di sviluppo del processo federale.

Lo studio del federalismo, dei rapporti e degli equilibri, necessari ma oscillanti, fra Federazione e Stati, può effettuarsi anche attraverso l'analisi della giurisprudenza della Corte Suprema che rappresenta, indubbiamente, un attore centrale nel sistema federale di *governance* multilivello degli Stati Uniti.

Lo studio della storia costituzionale statunitense che, a partire dalla redazione e ratifica del documento dal significato e dai contenuti particolarmente originali, rappresentato dalla Costituzione del 1787, mostra di aver percorso diverse fasi, corrispondenti alle periodiche revisioni, raramente formali, dei propri assetti costituzionali, permetterà di confermare empiricamente la validità dell'approccio al federalismo come processo di federalizzazione<sup>3</sup>.

Il passaggio immediatamente successivo e strettamente connesso con la natura federale-dinamica dell'ordinamento, sarà, difatti, mettere in luce come le ricorrenti modifiche siano principalmente avvenute non sul piano formale, ovvero seguendo la procedura costituzionale di emendamento, ma attraverso un procedimento di interpretazione giurisprudenziale operato dalla Corte Suprema, organo giurisprudenziale al vertice del sistema diffuso di controllo di costituzionalità delle leggi (negli Usa anche degli atti dell'esecutivo, degli organi dell'amministrazione pubblica e del giudiziario, federali e statali).

Ecco allora il secondo grande tema che da subito risulta intimamente legato al primo: l'attività di controllo di costituzionalità delle leggi come elemento imprescindibile di un ordine politico di tipo federale.

Uno dei classici ed importanti indicatori della natura federale di un sistema giuridico viene individuato, infatti, nella presenza di un organo giudiziario (di carattere federale) per la composizione dei conflitti fra i diversi livelli di governo.

Inoltre, il carattere rigido e "normativo" della Costituzione sarebbe assicurato dal controllo di costituzionalità delle leggi che farebbe presupporre uno stretto e imprescindibile collegamento tra Costituzione rigida, intesa come legge fondamentale, superiore rispetto alla legge ordinaria, e giustizia costituzionale.

---

<sup>3</sup> C.Friedrich, "*Trends of federalism in theory and practice*", Praeger, New York, 1968.

La dottrina costituzionale statunitense correla, infatti, l'idea della Costituzione, con la sua immediata derivazione dal popolo, a quella della *judicial review*, strumento capace di garantire la normatività della Costituzione attraverso la sanzionabilità della sua superiorità gerarchica sulla legge ordinaria<sup>4</sup> e su qualunque altro atto dei pubblici poteri, sia federali che statali.

L'assetto federale di un ordinamento presuppone una separazione territoriale dei poteri e una distribuzione delle competenze fra i diversi livelli di governo che venga garantita e resa vincolante da una Costituzione scritta e rigida. Questa rappresenta il patto originario (*foedus*, da cui il termine federalismo) tra entità politiche separate che produce un nuovo ordine politico per il perseguimento di interessi comuni.

Secondo il costituzionalismo statunitense, l'autore diretto dell'atto costituente - l'accordo originario (*compact o covenant*) -, è il popolo che detiene, quindi, un potere costituente originario e sovraordinato rispetto al potere legislativo il quale viene invece configurato come un potere derivato, delegato, quindi dipendente e subordinato al primo.

Da questo assunto deriva l'esigenza che il patto, il *constitutional arrangement*, sia protetto dal carattere della rigidità ovvero che non siano permesse modifiche alla Costituzione se non con speciali maggioranze qualificate e, non essendo sufficiente il solo volere dei delegati del popolo, con il necessario consenso del popolo stesso, unico soggetto detentore di un diritto originario e una volontà suprema nello stabilire il proprio governo e le sue regole fondamentali.

Le problematiche che emergono trattando questi temi sono numerose ma quelle di cui mi occuperò ruotano intorno ad una questione di fondo: il rapporto fra *judicial review*, federalismo come processo e democrazia.

Si tratta di una relazione particolarmente complessa e controversa, di non immediata ed univoca comprensione. Tanti sono gli elementi in gioco, le variabili e gli aspetti, contingenti e mutevoli, da valutare per provare a dare una risposta quanto più convincente ed obiettiva. Non ci si può accontentare di risposte dogmatiche e semplificative come quella che postula una certa corrispondenza diretta fra Stato federale e democrazia, o quantomeno quella convinzione, tutta da verificare, che il federalismo, con la sua divisione verticale dei poteri e il suo principio di sussidiarietà, favorisca, rispetti o rispecchi il pluralismo, dia spazio e voce alle minoranze politiche e ai loro interessi sottorappresentati, garantisca, avvicinando maggiormente il cittadino al

---

<sup>4</sup> P.Pinna, "La costituzione e la giustizia costituzionale", Giappichelli, Torino, 1999.

potere politico decisionale, una sua più incisiva partecipazione alle scelte politiche, migliori le forme di responsabilità e controllo, in breve che il federalismo rafforzi e potenzi lo Stato democratico e la democrazia.

Il federalismo prevede la possibilità di differenziare territorialmente le scelte politiche e questo, però, può facilmente entrare in stridente contraddizione con l'aspirazione universalistica considerata implicita nel principio d'uguaglianza e nel riconoscimento e godimento dei diritti fondamentali. Inoltre, nessuno garantisce che negli enti periferici sia democratica anche la sostanza del processo democratico (questo vale, naturalmente, anche per il livello nazionale delle decisioni pubbliche).

Allo stesso tempo, in un'analisi congiunta, occorre analizzare come la giustizia costituzionale si sia posta in relazione con una precisa idea di Costituzione e se e come questa idea sia collegata positivamente al livello democratico di un ordinamento.

Mi riferisco all'idea secondo cui la Costituzione rappresenterebbe il limite al potere a garanzia dei diritti fondamentali e della tenuta democratica del sistema e la giustizia costituzionale risulterebbe intimamente legata alla rigidità e alla natura garantistica della Costituzione.

Le Costituzioni democratiche contemporanee incardinano le libertà fondamentali nel loro testo per sottrarle al possibile arbitrio dei poteri costituiti<sup>5</sup>.

L'istituto *della judicial review*, come controllo della costituzionalità delle leggi, viene così inquadrato come una sorta di necessario completamento dell'idea garantistica della Costituzione e come uno strumento indispensabile per assicurare la reale vigenza (normatività) e la supremazia della stessa - *the Supreme Law of the Land* d'interpretazione giurisprudenziale - sulla legge ordinaria<sup>6</sup>, potenzialmente arbitraria e lesiva dell'autonomia statale e della libertà individuale (principi essenziali di cui la Costituzione si fa espressione e garante).

Questi argomenti pongono inevitabilmente in crisi il dogma dell'assoluta forza (e superiorità) della legge, la cui validità (applicativa), al contrario, dipende dal giudizio dei giudici - non solo supremi, trovandoci in un sistema diffuso di controllo di costituzionalità - sulla sua conformità/concordanza alla Costituzione e, in generale, discende anche da una platea di interpreti e di destinatari coinvolti a diverso grado nel processo di produzione di una norma.

---

<sup>5</sup> Per la progressiva affermazione di un catalogo di diritti nelle Costituzioni recenti cfr. E. Ceccherini, *“La codificazione dei diritti nelle nuove Costituzioni”*, Giuffrè, Milano, 2002.

<sup>6</sup> S.F. Regasto, *“L'interpretazione costituzionale. Il confronto tra valori e principi in alcuni ordinamenti costituzionali”*, Maggioli Editore, Rimini, 1997.

Il controllo di costituzionalità, quindi, come strumento indispensabile per una efficace tutela dei diritti del cittadino e delle sfere individuali di libertà<sup>7</sup> di cui la Costituzione è baluardo. Da questa prospettiva la giustizia costituzionale sarebbe, quindi, una componente essenziale dello Stato costituzionale e di una democrazia.

La collocazione della Costituzione al vertice della gerarchia delle norme necessita, come connotato strutturale della stessa, un certo grado di rigidità che può esser fatto valere da un controllo giurisdizionale di costituzionalità che assicuri la formazione costituzionale delle leggi (costituzionalità procedurale) e la costituzionalità materiale (sostanziale) del loro contenuto, il tutto in funzione della protezione dei diritti dei governati contro possibili abusi o arbitri dei governanti.

In breve, la giustizia costituzionale rappresenterebbe uno strumento utile e necessario al buon funzionamento del sistema costituzionale e una garanzia della sua democraticità effettiva.

Inoltre, si ritiene fondamentale la funzione della giustizia costituzionale in un ordinamento caratterizzato dal pluralismo delle forze costituzionali in cui nessuna di esse può legittimamente ergersi come egemone e dominare le altre ma in cui, anzi, si devono mantenere in un tendenziale e rispettoso equilibrio.

Emerge, secondo questa prospettiva, il ruolo neutrale di difesa delle condizioni del pluralismo incarnato dagli organi della giustizia costituzionale<sup>8</sup>.

Queste ed altre considerazioni porterebbero a ritenere l'esistenza di un legame alquanto stretto tra federalismo, giustizia costituzionale e democrazia.

Per valutare l'attendibilità di questa relazione, in realtà altamente controversa e dibattuta, mi sembra opportuno analizzare questi tre fenomeni all'interno del primo ordinamento statale moderno che ne è ritenuto l'artefice o quantomeno la prima espressione storica.

Gli Stati Uniti sono, infatti, il primo Stato liberal-democratico moderno nel mondo occidentale, consideratone ben presto come il modello per eccellenza e il campione della democrazia, la prima federazione, diventatane prototipo, nonché la culla della *judicial review*. Verranno alla luce la natura contro-maggioritaria della funzione svolta dalla Corte Suprema nelle vesti di Corte Costituzionale, la sua azione sostanzialmente politica da legislatore "negativo", capace di invalidare le decisioni del Congresso (del Presidente e delle Corti federali inferiori nonché dei legislativi, esecutivi e tribunali

---

<sup>7</sup> F.Fioravanti, "Appunti di storia delle Costituzioni moderne. Le libertà fondamentali", Giappichelli, Torino, 1997.

<sup>8</sup> G.Zagrebelsky, "La giustizia costituzionale", il Mulino, Bologna, 1988.

statali), se non da *Judge-made law*, la possibilità, quindi, di modifiche costituzionali, anche in tema di federalismo, operate attraverso decisioni giudiziarie prese da un organo dalla dubbia composizione o legittimazione democratica e dalla controversa attività sostanzialmente democratica.

L'analisi del federalismo statunitense procederà nell'ottica del *federalizing process* e all'interno di tale visuale d'osservazione considererò la funzione di *judicial review* assolta dalla Corte Suprema e, attraverso la disamina di alcune significative sentenze, valuterò l'impatto combinato avuto dalla giurisprudenza costituzionale sul sistema federale e sul livello di democratizzazione complessiva dell'ordinamento.

## INTRODUZIONE

La storia degli Stati Uniti d'America è quella di un grande Paese che ha costruito, con impressionante determinazione e originalità, la propria attuale immensa potenza, procedendo non con un moto continuo e lineare ma, piuttosto, con una permanente e conflittuale tensione orientata al raggiungimento di un equilibrio perfetto e stabile, mai pienamente e immutabilmente raggiunto ma, soltanto, sempre desiderato e rincorso.

È proprio la difficile e continuativa ricerca di questo equilibrio, così precario e variabile, a rappresentare la grande e inedita sfida che i *Founding Fathers*, alla fine del XVIII secolo, decisero coraggiosamente di affrontare e che, ad oggi, ha innegabilmente ottenuto un enorme e indiscutibile successo, nonostante quella storica scommessa sia, per alcuni aspetti, ancora in gioco e possa, quindi, riservare altre sorprese, non finendo mai di stupire e suscitare interrogativi e interesse.

I motivi di questo incredibile successo, per quanto non definitivo e assoluto, sono oggetto di numerose indagini di natura differente, storica, politica, socio-culturale, economica e giuridica.

Le prospettive e i campi d'analisi di quell'esperimento politico-istituzionale così originale e lungimirante sono quindi diversi e hanno prodotto numerosi studi settoriali, quindi specifici, circoscritti e dettagliati; ma è possibile anche aprire la strada ad analisi di più ampio respiro che sappiano, o quantomeno tentino, di combinare scrupolosamente diversi elementi, strumenti e prospettive di ricerca, presi a prestito da diverse discipline, in modo da giungere ad una visione d'insieme più vasta e complessiva, a un quadro più generale e globale, per quanto, inevitabilmente, si perda in questo modo, almeno in parte, in dettagli e esaustività analitico-descrittiva di ogni singolo aspetto e dimensione.

Sono tanti gli elementi che fanno della storia costituzionale statunitense un campo d'indagine ampio, pregnante di particolarità, di contraddizioni e vizi, ma anche di innovazioni e qualità che ne rendono lo studio non semplicemente affascinante e stimolante, ma per molti aspetti, oserei, imprescindibile.

Nel campo del diritto comparato<sup>9</sup>, nello studio di qualsiasi ordinamento giuridico, infatti, i riferimenti al primo modello costituzionale compiuto, appunto quello statunitense, sono immancabili e fondamentali.

---

<sup>9</sup> G. Rolla, E. Ceccherini, "*Scritti di diritto costituzionale comparato*", ECIG, Genova, 2010.

La storia di ogni popolo, la creazione di ogni nazione, ovviamente, possiedono caratteristiche specifiche e irripetibili e un ruolo non irrilevante nello scenario internazionale, nei complessi e delicati giochi di potere fra le nazioni, ma il percorso intrapreso dagli Stati Uniti non si può non considerare “unico”<sup>10</sup> anche, ma non solo, per l’importanza esemplare e l’influenza consistente e significativa che ha avuto e che continua ad avere nei confronti del resto del mondo.

Si tratta, infatti, di uno Stato la cui evoluzione storica non ha solamente una valenza meramente interna ai propri confini, ma che ha segnato e segna, nel bene e nel male, gli equilibri e gli andamenti dell’intera storia mondiale moderna.

In questa storia non è possibile, infatti, ignorare il ruolo in molti capitoli centrale, particolarmente rilevante ed incisivo, che gli Stati Uniti hanno esercitato nello scenario internazionale e l’impatto considerevole delle sue politiche, non solo estere, sulle relazioni e sugli equilibri mondiali (a tutti i livelli, militari, politici, economici, ecc.).

Quella che intendo condurre sarà una analisi giuridica del costituzionalismo statunitense che necessita di essere attentamente problematizzata, in quanto ci troviamo, indubbiamente, in un terreno di ricerca sconfinato e complesso, estremamente ricco di tematiche e spunti di riflessione d’ineguagliabile fascino e rilevanza anche a motivo dei suoi caratteri fondamentali, dotati, in molti casi, di una notevole eterogeneità e di uno spiccato pluralismo di forme ed espressioni.

Numerosi sono, infatti, gli elementi originali, spesso particolarmente controversi, talvolta in parte ancora incompresi, della storia degli Stati Uniti d’America - dalle origini coloniali ad oggi - tanti i caratteri e gli eventi che hanno segnato quella storia di innovazioni, meriti e vittorie ma, anche, di contraddizioni, errori e ambiguità.

È possibile tracciare lo sviluppo giuridico-costituzionale degli Stati Uniti e scoprirne, anche e contemporaneamente, i principali assetti e cambiamenti politici, sociali, economici e culturali della società statunitense che, per molti aspetti, presenta caratteri estremamente innovativi e, per altri, un profondo e continuativo legame con le proprie radici europee.

Si tratta di una storia, insomma, carica di caratteri ed elementi - soggetti, processi, mentalità – particolarmente complessi, molteplici e multiformi, spesso perfino tra loro

---

<sup>10</sup> L’espressione “eccezionalismo americano”, riferita alla particolarità irripetibile delle origini, della cultura, delle istituzioni e della storia del Popolo americano, viene utilizzata per la prima volta da Alexis de Toqueville nella sua famosa opera “*La democrazia in America*” del 1831. A riprendere l’espressione sarà, fra gli altri, il politologo statunitense S.M. Lipset nel suo lavoro “*American Exceptionalism: A Double-Edged Sword*”, (New York: W.W. Norton), del 1996. In questa opera l’autore enfatizza la complessità di valori e credenze che si sarebbero dimostrati capaci di produrre, contemporaneamente, fenomeni politico-sociali sia perniciosi che benefici.

conflittuali, segnata, ad esempio, da una complessa e connaturata tensione dialettica fra tradizione e innovazione, conservazione e cambiamento, continuità e discontinuità che non può che riflettersi, ovviamente, anche in ambito giuridico.

Il diritto costituzionale statunitense può essere analizzato e considerato, quindi, come un complesso fenomeno giuridico-sociale, multifattoriale e dinamico, e rappresentare, nel suo insieme, un avvincente e particolarissimo “racconto” giuridico di una storia, quella della nascita e dell’evoluzione del diritto e del popolo che lo ha prodotto e che se ne è fatto espressione<sup>11</sup>.

Questo modo di inquadrare e studiare la storia costituzionale statunitense è legato all’idea generale del diritto come il grande specchio della realtà nella sua complessità e non unicamente come il campo d’azione delle istituzioni, delle procedure formali e delle espressioni legali del potere<sup>12</sup>.

Nessun aspetto del diritto costituzionale statunitense possiede il carattere dell’univocità e della irreversibilità e anche i cambiamenti più profondi e duraturi intervenuti nel tempo non sono mai stati assoluti, univoci e definitivi.

La storia dell’edificazione e costante ridefinizione di quella che oggi è una superpotenza a livello mondiale (nonostante l’eclissi di un mondo bipolare USA/URSS e la costituzione di uno scenario internazionale nuovo, caratterizzato da un equilibrio di tipo multipolare ricco di interdipendenze), non è per niente una storia lineare e semplice.

In essa coesistono e si sviluppano processi differenti e polivalenti che spesso si intrecciano in maniera complementare e inscindibile. Il grado di complessità - pluralismo, eterogeneità e flessibilità - elevato, proprio dell’ordinamento giuridico-costituzionale statunitense, rappresenta uno dei suoi tratti salienti, più affascinanti e significativi.

Affascina, infatti, il processo di costruzione, di rafforzamento e di continua ridefinizione, senza mai rotture definitive e assolute col passato, di una Nazione e del

---

<sup>11</sup> Particolarmente interessante, a riguardo, il filone della giurisprudenza sociologica statunitense che ritiene impossibile studiare il diritto indipendentemente dalla realtà politica, economica e sociale a cui si riferisce e in cui agisce producendo effetti concreti. Tale movimento di studi rientra e si sviluppa all’interno di una nuova e ampia prospettiva di analisi, il realismo giuridico, che si professa interessata al diritto nella sua componente fattuale e guarda in concreto all’efficacia e all’osservanza delle norme e non semplicemente all’aspetto formale e astratto del diritto. Attribuendo particolare rilevanza all’effettiva operatività del diritto non può che incentrarsi molto sulla concreta applicazione del diritto da parte dei giudici e contrapporsi al formalismo giuridico o legalismo tipici del giuspositivismo. Le correnti realiste propongono una valutazione etico-politica del diritto, guardano ai fatti giuridici, alle decisioni dei giudici che rendono vivo il diritto scritto, alle consuetudini sociali e agli interessi diffusi, rimarcano il carattere creativo dell’attività applicativa, interpretativa, delle norme, generali, astratte e indeterminate, ai casi concreti. Cfr. M. Barberis, *“Breve storia della filosofia del diritto”*, il Mulino, Bologna, 2004; R. Treves, *“Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi”*, Einaudi, Torino, 1987.

<sup>12</sup> L. M. Friedman, *“Storia del diritto americano”*, Giuffrè, Milano, 1995.

suo Popolo che sono riusciti a proiettare, soprattutto a partire dal secondo dopoguerra, la propria egemonia e superiorità nel mondo. Si tratta di un protagonismo che non si è ancora eclissato, anzi tutt'altro, e questa centralità è un primato mantenuto saldo nonostante l'ingresso di nuovi e determinanti soggetti nel sempre più complicato e delicato scenario dei rapporti e degli equilibri internazionali.

L'argomento della politica di potenza degli Stati Uniti e del suo ininterrotto sforzo di farsi garante degli equilibri geopolitici mondiali è sicuramente noto e ampiamente dibattuto.

L'affermazione solenne e la strenua difesa della libertà, che dichiaratamente hanno costituito il criterio ispiratore principale di tutta la politica statunitense a partire dalla formazione ufficiale del nuovo Stato federale, sia sul piano interno che al di fuori dei propri confini, sono state, per alcuni, soltanto una copertura ideologica e una menzogna dai risvolti spesso crudeli e violenti<sup>13</sup>. Gli Stati Uniti, infatti, si sarebbero più volte fatti espressione di un imperialismo aggressivo e conquistatore che, fin dalla rimozione forzata e sanguinaria delle popolazioni native durante la conquista del West, con i suoi ripetuti interventi politico-militari più o meno incisivi e diretti in diverse zone del pianeta, ha prodotto, anche, effetti particolarmente destabilizzanti e critici, come ad esempio durante la Guerra fredda o in America Latina, o nel c.d. Medio Oriente.

Sicuramente gli Stati Uniti hanno manifestato, fin dalle origini, una inarrestabile carica espansiva, a livello geografico, economico, politico e ideale, uno spiccato individualismo competitivo che ha alimentato, nel tempo, quella tenace ambizione e determinazione a farsi indiscussa potenza a livello mondiale e a proporsi come modello superiore di democrazia e di economia.

Gli Stati Uniti, mossi da questa grande aspirazione, a partire dalla conquista dell'indipendenza di una manciata di piccole colonie inglesi con 4 milioni di abitanti, ingigantirono, velocemente, attraverso un poderoso e quasi ininterrotto flusso migratorio e un processo di espansione democratica da un lato, e guerre di conquista e una repressione violenta dei popoli indigeni dall'altro, territorio e popolazione; costruirono, in questo modo, un vero impero di dimensione continentale, dando vita a un nuovo sistema di governo e ad un unico grande Stato, dalla costa atlantica a quella pacifica, con una popolazione attuale di più di 300 milioni di abitanti e un eccezionale

---

<sup>13</sup> E. Foner, "Storia della libertà americana", Donzelli Editore, Roma, 2009.

benessere economico (seppur soggetto a crisi economico-finanziarie anche profonde, l'ultima nel 2008<sup>14</sup>).

È evidente come gli Stati Uniti, dalla rivoluzione d'indipendenza settecentesca ad oggi, abbiano attraversato profonde trasformazioni ad ogni livello, conflitti politici e sociali e crisi economiche, riuscendo sempre a risollevarsi e a rilanciare un'immagine forte e vincente, senza, tra l'altro, mai rinnegare i valori e gli ideali messi a fondamento del patto costituzionale.

Gli ideali che animarono la “rivoluzione” d'indipendenza da un sistema di soggezione coloniale continuano a connotare profondamente l'ordinamento costituzionale e il tessuto sociale; si tratta, non solo, dell'affermazione e rivendicazione di grandi e generali idee e valori politici come libertà, diritti e uguaglianza, ma, ancor prima, della dichiarata centralità dell'individuo, della valorizzazione degli interessi e dei talenti personali, delle ambizioni legittime, della dignità del lavoro e dell'aspirazione al successo (la famosa ricerca della felicità). Tutto questo si contrapponeva in maniera netta ai principi tradizionali dell'ereditarietà, del privilegio, della gerarchia e dell'immobilismo delle classi sociali. L'aspirazione di individui liberi, autonomi e intraprendenti a vivere e a prosperare in un Paese e in un mercato di eguali, fu una delle molle più potenti della guerra combattuta contro la madrepatria inglese e uno dei pilastri su cui si edificò, si legittimò e si sviluppò l'impianto costituzionale degli Stati Uniti.

Così la Costituzione statunitense si proponeva di assicurare, a tutti i cittadini, i benefici di una riconosciuta e inviolabile libertà personale che assurge a valore supremo e rappresenta, ancora oggi, il più forte legame culturale e identitario del popolo americano.

Il Patto costituente ha ben presto assunto una carica simbolica e identitaria ineguagliabile, un valore-collante collettivo di eccezionale importanza, tanto da essere ricoperto da una speciale aurea di “sacralità” universalmente riconosciuta e rispettata, quantomeno a livello di dichiarazione formale.

Non si può, però, non evidenziare, con grande sconcerto, come, a lungo, per molti individui, la libertà solennemente proclamata sia stata più una terra promessa che una concreta e definitiva conquista; basti pensare alle piaghe dello schiavismo, del razzismo e della segregazione razziale che hanno dovuto superare una sanguinosa guerra civile e una lunga e nefasta epoca di violenze, soprusi e ingiustizie per essere estirpati

---

<sup>14</sup> A. Pierini, “*Crisi finanziarie e regulation dei mercati negli Stati Uniti d'America*”, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici “Gioacchino Scaduto”, Perugia, 2012.

definitivamente dall'ordinamento, lasciando, comunque, una traccia indelebile, dolorosa e aberrante nella storia, nell'identità e memoria collettiva del popolo americano.

Anche il principio del “*Self-rule*”, dell'autogoverno democratico ed egualitario della comunità e dell'autodeterminazione dell'individuo e dei popoli, è stato tradito in non poche occasioni, ma rimane ugualmente un punto fermo dell'ideologia politica statunitense, sicuramente sul piano propagandistico<sup>15</sup>.

Molto spesso però, con eccessiva facilità e superficialità, si è portati a schierarsi *in toto* a favore o contro quello che gli Stati Uniti hanno compiuto nel corso della loro storia e che oggi, nel loro insieme, rappresentano, o si crede rappresentino.

Sentimenti di intransigente antiamericanismo o, per contro, altrettanto inflessibile filoamericanismo animano, in molti casi in forme rigidamente ideologiche o strategicamente orientate, non solo capi di Stato, politici e influenti soggetti economici, ma anche le persone comuni che difficilmente restano del tutto indifferenti di fronte al potente fascino – positivo e/o negativo – che innegabilmente, gli Stati Uniti emanano.

Non sono unicamente un colosso economico, l'emblema di un capitalismo sfrenato e del consumismo occidentale, che fanno della libertà, della vitalità e della centralità del mercato e dell'iniziativa economica privata, saldamente ancorati al diritto di proprietà privata, un dogma intramontabile, fondante e fondamentale; l'ideale liberale, infatti, soprattutto in ambito economico, ha conosciuto nel tempo una parziale compressione a favore di un timido, parziale e non definitivo ingresso nel sistema di componenti di carattere pubblicistico e democratico-sociale. Uno dei mutamenti fondamentali della Costituzione, infatti, seppur complessivamente informale, è proprio quello che evidenzia il passaggio dalla Costituzione liberale a quella democratica-sociale di stampo neo-liberale<sup>16</sup>.

Gli Stati Uniti esprimono così tante e differenti, in alcuni casi perfino contraddittorie, sfumature e anime che risulterebbe inevitabilmente riduttivo e fuorviante qualsiasi generalizzazione e semplificazione; si compierebbe un ingiustificato attentato al suo pluralismo ideologico-culturale prima ancora che politico-istituzionale.

Possono suscitare, infatti, proprio per tale grande ricchezza di forme e manifestazioni, grande ammirazione o profonda avversione e i motivi di questo intenso coinvolgimento sono certamente innumerevoli e comprensibili in entrambi le direzioni.

---

<sup>15</sup> R.H. Wiebe, “*La democrazia in America*”, Il Mulino, Bologna, 2009.

<sup>16</sup> G.Bognetti, “*Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. Vol. 1: La Costituzione liberale, Vol. 2: La Costituzione democratica*”, Giappichelli Editore, Torino, 2000.

Da una parte, ad esempio, troviamo il mito luccicante del sogno americano alla portata di tutti gli uomini intraprendenti e coraggiosi, all'estremo opposto l'arroganza di un Paese che ha ritenuto, in non poche e trascurabili occasioni, di dover intervenire come guida mondiale indiscussa, imporre il proprio orientamento, dirigere le sorti dell'umanità e fornire il migliore modello di governo democratico. L'immagine che rende, spesso, è quella di una potenza che si fa espressione di prepotenza, di una Nazione che vede il proprio orgoglio degenerare in superbia, talvolta perfino aggressiva. In questo lavoro non è naturalmente in alcun modo mio interesse prendere posizione in questa contrapposizione estrema e spesso scarsamente ragionata tra sostenitori entusiastici e avversari accaniti del modello che gli Stati Uniti incarnano come potenza politica, economica, militare e culturale a livello mondiale, in quanto, non solo questa non è la sede adatta, trattandosi di una ricerca d'impronta giuridica, ma anche perché, a mio modesto modo di vedere l'estrema complessità della realtà e della storia americana, non si può che essere obiettivamente e criticamente consapevoli sia degli elementi negativi e contestabili – errori o “colpe”, disfunzioni e anomalie -, che dei benefici e delle conquiste positive che quel modello, in realtà in se' stesso particolarmente articolato, mutevole e polivalente, ha fattualmente e storicamente prodotto ed espresso. Obiettivo principale sarà specificatamente quello di analizzare e comprendere le caratteristiche, il funzionamento e il ruolo assunto, nel corso dell'evoluzione storica, dagli organi costituzionali, assumendo come oggetto privilegiato della mia indagine la Corte Suprema degli Stati Uniti e i suoi sviluppi giurisprudenziali, soprattutto in tema di federalismo (e di diritti).

La Costituzione statunitense del 1787 rappresenta una tappa fondamentale nella storia del costituzionalismo moderno e contemporaneo a livello mondiale.

Si ritiene infatti che l'adozione di questo solenne documento abbia dato vita al primo Stato propriamente federale e costituzionale della storia moderna.

L'ordinamento giuridico che si struttura e si sviluppa a partire da quella Costituzione costituiva, infatti, un'assoluta novità a motivo di un insieme di valori, istituti e principi organizzativi fondamentali di una comunità politica più o meno inediti per l'epoca, almeno sul piano attuativo. L'originalità di quel, a detta di molti, vero capolavoro di ingegneria costituzionale<sup>17</sup> ha assunto presto una valenza e un influsso esemplari tutt'oggi mantenuti. Numerosi processi costituenti attivati nelle epoche successive, basti

---

<sup>17</sup> N.Matteucci, “*Il costituzionalismo americano e la democrazia moderna*”, in *La rivista il Mulino*, fascicolo n.10, Il Mulino, Bologna, 1963, pp.1002-1019.

pensare al periodo seguente al secondo dopoguerra, sia in Europa che nel continente sudamericano, hanno subito fortemente l'influenza, diretta o indiretta, e il fascino di quell'esperimento.

Il modello federale statunitense è diventato, ad esempio, l'archetipo di ogni successiva esperienza di decentramento politico<sup>18</sup>. Anche il particolare processo integrativo europeo<sup>19</sup> è stato innegabilmente attratto dalla forza di quel modello.

Molti Paesi hanno inoltre tentato di imitarne, in tutto o in parte, la forma di governo presidenziale o quantomeno l'hanno guardata con spiccata ammirazione, soprattutto in quanto giudicata capace di assicurare un buon livello di governabilità e stabilità politica. La scelta federalista, fatta nella Convenzione di Filadelfia e consacrata nella Carta fondamentale, ha fissato garanzie e limiti all'esercizio del potere che si volle frammentato, diluito e diviso fra gli Stati e i tre organi del *Federal government*.

Nell'intento originario dei delegati alla Convenzione di Filadelfia, fattualmente costituente, la risoluzione del problema dell'organizzazione dello Stato era finalizzata all'esigenza basilare di garantire a tutti gli individui, uguali in diritti per natura, la libertà dal potere politico attraverso un metodo legale e limitato nell'esercizio del potere<sup>20</sup>.

Era chiara e inamovibile la volontà di limitare il governo, attraverso un articolato bilanciamento fra organi e poteri separati e indipendenti ma collegati tramite meccanismi di controllo reciproci e momenti istituzionali di cooperazione, interazione e integrazione nell'esercizio delle funzioni (i *checks and balances*), e affermare una sfera di autonomia dell'individuo che lo Stato non era legittimato a invadere e violare.

Il potere, quindi, non poteva più essere *legibus solutus*, ma doveva necessariamente essere limitato dalla legge, *in primis* da una legge superiore, la Costituzione<sup>21</sup>.

Federalismo e separazione dei poteri rappresentano i pilastri di questa originale configurazione del potere che risulta così deconcentrato sia sull'asse verticale che su quello orizzontale. In tal modo i padri fondatori del nuovo Stato federale ritenevano di riuscire a proteggere e garantire doppiamente i diritti e le libertà fondamentali da ogni possibile degenerazione autoritaria del sistema, ad ogni livello.

---

<sup>18</sup> Cfr. C.J. Friedrich, *“L'uomo, la comunità, l'ordine politico”*, il Mulino, Bologna, 2002; R. Scarciglia, *“La forma di Stato decentrato”*, in *Diritto costituzionale e pubblico*, Giappichelli, Torino, 2005.

<sup>19</sup> Per l'analisi del ruolo della Corte di Giustizia nel processo d'integrazione europea cfr. G.Martinico, *“L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo”*, Jovene, Napoli, 2009.

<sup>20</sup> B.A. Ackerman, *“We The People, I, Foundations”*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.

<sup>21</sup> C.J. Friedrich, *“Constitutional government and democracy. Theory and practice in Europe and America”*, Ginn & Company, Boston, 1950.

I nuovi principi costituzionali erano ritenuti ampiamente capaci di impedire l'arbitrio delle alterne e talvolta inaffidabili maggioranze governative, nonostante queste, nello stesso tempo, fossero considerate rappresentative di quella volontà popolare che continuamente e, talvolta, retoricamente veniva e viene richiamata e osannata come sovrana.

Si condividevano infatti seri timori sulla natura umana in particolare quella di coloro i quali detengono il potere (James Madison scriveva in un emblematico passo del *Federalista*: “*se gli uomini fossero angeli non ci sarebbe bisogno di un governo*”)<sup>22</sup>.

Per questa sentita preoccupazione vollero evitare in ogni modo che il potere potesse essere concentrato indebitamente nelle mani di un unico soggetto o istituzione, concentrazione che avrebbe potuto compromettere anche gravemente l'autonomia inviolabile dei privati e del mercato.

Da oltre 200 anni il sistema costituzionale statunitense è riuscito a preservare i suoi elementi fondativi fondamentali e a combinare, seppur in maniera variabile, il principio dell'unità nazionale con il valore dell'autonomia degli Stati membri.

Il sistema, nonostante evidenti disfunzioni, anomalie e criticità, nonché significativi momenti di svolta, discontinuità e crisi, ha superato, per lo più indenne, la prova del tempo, ha nel complesso funzionato, raggiungendo così il suo obiettivo principale di stabilità/continuità senza mai esser messo totalmente in discussione (eccetto durante la Guerra Civile, a conclusione della quale, infatti, si considera pienamente compiuto il processo di unificazione nazionale).

L'originale soluzione istituzionale elaborata a Filadelfia ha fornito il paradigma di un sistema federale che è servito per costruire, a partire da Stati sovrani e indipendenti, uno Stato unitario, seppur composto e articolato territorialmente.

La nuova formula organizzativa adottata a fine Settecento ha costituito la direttrice lungo la quale l'ordinamento nordamericano si è mosso nel corso delle epoche storiche dando vita, di volta in volta, grazie alla lungimirante e grande duttilità e pragmaticità che la caratterizza, a nuove sintesi dei due valori fondamentali e per loro natura antinomici dell'unità e del decentramento, dell'uguaglianza giuridica e della diversità.

Ecco perché, a fronte di un testo della Costituzione rimasto sostanzialmente immutato (solo 27 Emendamenti), le dinamiche costituzionali sono state in grado di recepire le

---

<sup>22</sup> A. Hamilton n.51 in A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, “*Il Federalista*”, Giappichelli, Torino, 1997, p. 278.

profonde trasformazioni socio-economiche, consegnandoci un modello radicalmente diverso, sul piano materiale, da quello delle origini.

Sarà estremamente interessante ricostruire e ripercorrere le dinamiche costituzionali del modello federale statunitense dalla sua nascita ad oggi e mettere in evidenza, nel corso della sua evoluzione, il ruolo fondamentale assunto ed esercitato dalla Corte Suprema, altra “creatura” basilare di quell’esperienza e pilastro vitale d’esso.

Il nuovo ordinamento inaugurato nel 1787 non prevedeva nel testo costituzionale, in quanto non lo avvertiva come necessario, una trattazione dettagliata e puntuale di come il principio federale doveva applicarsi e poche parole vennero spese sull’autonomia garantita degli Stati solo con l’introduzione successiva – nel 1791 - del *Bill of Rights* (nel X emendamento).

In modo analogo anche l’istituzione della Corte Suprema, le sue competenze e il suo concreto funzionamento non ricevono in Costituzione che una trattazione sommaria e incompleta (l’introduzione della *judicial review* è avvenuta, infatti, in via giurisprudenziale; “*the last dangerous branch*”<sup>23</sup>?) che sarà la legislazione ordinaria e soprattutto l’attivismo giurisprudenziale, nel tempo, a colmare, andando nella chiara direzione di un incisivo rafforzamento del proprio ruolo.

Nonostante questa indeterminatezza e lacunosità a livello costituzionale formale, che avrebbero potuto comprometterne il funzionamento e la centralità nel sistema, il principio federale e la funzione *di judicial review*, seppur subendo delle inevitabili specificazioni e trasformazioni evolutive nelle loro concretizzazioni storiche fattuali, hanno sempre mantenuto la loro forza e vitalità, continuando a caratterizzare in maniera significativa e profonda l’ordinamento giuridico-costituzionale statunitense (insieme, ovviamente, al principio fondamentale della divisione – orizzontale e funzionale - dei poteri).

È inoltre concezione ampiamente dibattuta quella che postula un rapporto di intima connessione fra i concetti di federalismo e di democrazia<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> A.M. Bickel, “*The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*”, Yale University Press, New Haven, 1986. La famosa espressione riprende il giudizio espresso da Hamilton, nel saggio n.78 del *Federalista*, sul potere giudiziario che, non essendo in grado di influire né sulla spada né sulla borsa e non avendo né forza né volontà, ma soltanto giudizio, non avrebbe potuto essere artefice di nessuna decisione risolutiva né incidere sui diritti e i doveri dei cittadini e, per questa sua intrinseca debolezza, sarebbe risultato il meno pericoloso dei poteri del nuovo Stato federale. Come sarà evidente nel corso di questa ricerca, il potere che riuscirà ad esercitare e che sarà riconosciuto alla Corte Suprema si dimostrerà molto diverso dalle analisi e previsioni fatte da Hamilton e l’equilibrio fra i tre poteri costituzionali si dimostrerà molto più instabile e complesso.

<sup>24</sup> Cfr. A. Stepan, “*Democrazia e federalismo. Un’analisi comparata*”, in *Rivista italiana di scienza politica*, n.1, aprile 1998, pp 5-54; G.Bottaro, “*Federalismo e democrazia in America. Da Alexander Hamilton a Herbert Croly*”, Aracne, Roma, 2013.

Il diverso grado di autonomia politica riconosciuto agli enti territoriali di uno Stato che adotta il principio federale come caratteristica, strutturale e funzionale, fondamentale del proprio ordinamento, sarebbe cioè collegato ad obiettivi di democratizzazione<sup>25</sup>. L'autonomia degli enti territoriali, i singoli Stati, soggetti originari del nuovo Stato federale, viene ritenuta l'elemento costitutivo imprescindibile della democraticità dell'intero ordinamento statunitense.

In uno Stato federale viene infatti spezzato definitivamente il monopolio della creazione del diritto positivo, monopolio invece dominante e indiscusso in uno Stato unitario accentrato, e si dà corpo effettivo al pluralismo politico istituzionale e conseguentemente al pluralismo delle fonti di diritto.

L'autonomia di cui gode l'ente politicamente decentrato permette, in alcuni casi e dentro certi limiti, anche di opporsi o discostarsi dalle scelte operate dal legislatore federale che non detiene più, a differenza del legislatore di uno Stato accentrato, un potere indivisibile da esercitare ed imporre autoritativamente dal centro alle unità periferiche dello Stato.

Il carattere unitario e indivisibile della sovranità come attributo imprescindibile ed esclusivo dello Stato, per come teoricamente e tradizionalmente configurato, risulta superato e concettualmente insufficiente. La sovranità, soprattutto ma non solo, in un sistema federale, subisce, infatti, una sostanziale frammentazione che complica di molto il quadro dei rapporti tra organi e livelli di governo, nonché l'attribuzione di competenze e l'imputazione di responsabilità.

Nella contrapposizione dicotomica e polarizzata fra accentramento e decentramento, il pluralismo politico-istituzionale di un sistema federale viene spesso aprioristicamente definito come un valore e un bene in sé stesso in quanto agirebbe da strumento di democratizzazione del sistema nel suo complesso.

È anche vero però, ad opinione di molti, che le esigenze di eguaglianza, che sono anch'esse irrinunciabili esigenze di democraticità, vengano meglio favorite e garantite dall'accentramento del potere e dall'unità della legge.

Il sistema federale statunitense, come d'altronde ogni ordinamento federale, vive una permanente e connaturata tensione fra forze conflittuali, centripete e centrifughe, realizza diverse modalità di equilibrio fra grado di accentramento e di decentramento e opera una mediazione, nel tempo, nei modi e negli esiti, differenziata, fra interessi,

---

<sup>25</sup> G. Lombardi, *"Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo"*, Giuffrè, Milano, 1986,

locali e nazionali, in molti casi divergenti e difficilmente conciliabili. L'universalismo e il particolarismo si rapportano continuativamente in modalità antagonista e imprimono all'ordinamento una determinata, ma sempre provvisoria e instabile, direzione di sviluppo.

Inoltre, è utile precisare che la tradizionale classificazione delle diverse forme di Stato perde in parte la valenza descrittiva e l'aderenza alla realtà degli ordinamenti statali odierni che si riteneva riuscisse a descrivere compiutamente. La rigidità delle categorie teoriche-concettuali, che ne fa formule giuridiche vuote, nelle quali si incasellano meccanicamente le diverse forme di Stato, sfuma così davanti alle manifestazioni concrete, differenziate per grado e oscillanti, di un fenomeno, quello del decentramento del potere, nella sua essenza qualitativamente unico.

La dialettica permanente dell'unità nella pluralità, *ex pluribus unum*, dell'uguaglianza nella diversità, che anima la federazione nordamericana, come ogni ordinamento sostanzialmente federale, nonostante la sua struttura aperta, flessibile e pluralistica, riesce a realizzare pienamente i principi del costituzionalismo, l'idea dello Stato di diritto, di uno Stato cioè che piega tutti i poteri, a tutti i livelli, alla legge costituzionale.

Il carattere vincolante e sovraordinato della Costituzione rispetto alle altre fonti del diritto, insieme alle modalità aggravate e speciali di revisione della stessa, in una parola la sua rigidità, ne hanno reso particolarmente stabili le sue clausole, mettendole a riparo da possibili violazioni o modifiche – formali - operate frettolosamente dalle alterne maggioranze politiche senza il necessario ampio consenso.

Il documento costituzionale, solenne e scritto, incorpora un insieme di valori fondamentali, principi generali e vincoli all'azione di governo non in modo organico, puntuale e stabile ma spesso attraverso disposizioni generiche e indeterminate che formulano compromessi storicamente contingenti e non sempre coerenti, i quali sono riusciti, però, proprio per le suddette caratteristiche di imprecisione, incompletezza e ambiguità, ad evolvere storicamente, ad adattarsi ai cambiamenti senza traumi e rotture e ad affrontare anche discontinuità cruciali.

I padri fondatori scelsero pragmaticamente di utilizzare un linguaggio generale per lasciare alle generazioni future il compito e la possibilità di adattare e plasmare il contenuto delle disposizioni elastiche e incompiute della Costituzione ad un ambiente in costante cambiamento e alle esigenze future, difficilmente prevedibili in partenza<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. G. Chiarelli, "Elasticità della Costituzione" in *Studi in memoria di L. Rossi*, Giuffrè, Milano, 1952, pp.43 ss.

Si condivideva l'idea secondo la quale soltanto l'esperienza, il tempo e la percezione degli errori che inevitabilmente si sarebbero commessi, avrebbero permesso di trasformare un modello astratto di forma di governo in un sistema democratico pienamente funzionante<sup>27</sup>.

Ci troviamo così davanti a una realtà costituzionale in dinamico movimento, ad un costituzionalismo che si afferma e si sviluppa in un processo storico-giuridico evolutivo (lo stesso federalismo è da inquadrare nella sua dimensione processuale che ne rappresenta il suo Dna e non più nella staticità e rigidità di un modello)<sup>28</sup>, a formule normative formalmente poco cambiate ma il cui significato ha anche radicalmente mutato volto attraverso, soprattutto, l'interpretazione e applicazione giurisprudenziale che le ha sorrette e fatte concretamente operare come "diritto vivente".

Da qui il contrasto che può crearsi e si crea, fra la statica del concetto formale di Costituzione, ormai insufficiente, e la dinamica di un ordinamento materiale effettivamente vigente, che trova nella Corte Suprema e nella sua attività d'interpretazione evolutiva e talvolta creativa del testo costituzionale, uno dei suoi attori principali<sup>29</sup>.

Ci troviamo, d'altronde, in un contesto di *Common law*, in cui le pronunce dei giudici possono creare il diritto e non semplicemente enunciarlo e applicarlo.

L'attività della Corte esprime concretamente indirizzi di *social policy* per niente corrispondenti al meccanicismo giuridico della c.d. *slot machine theory* dell'interpretazione giudiziale<sup>30</sup>.

Nella dialettica federale, quindi, si inserisce attivamente l'operato determinante della Corte Suprema che, da organo di vertice del sistema giudiziario federale, è diventata suprema espressione della funzione di *Judicial review* che in realtà la Costituzione espressamente non le attribuiva.

La *supremacy clause* (Articolo VI), infatti, si rivolge testualmente ai soli giudici statali, prescrivendo loro il dovere di dare la precedenza sempre e comunque, nei loro giudizi e in caso di contrasto fra norme, alla legge suprema del Paese.

La mancata previsione formale ed esplicita di un potere di controllo sulla costituzionalità degli atti dei poteri pubblici nelle mani dei giudici della Corte Suprema non ha impedito loro di appropriarsene a partire dalla storica sentenza del 1803

---

<sup>27</sup> A.Hamilton, il Federalista n. 85, in A.Hamilton, J. Madison, J.Jay, "Il Federalista", Giappichelli, Torino, 1997.

<sup>28</sup> C.J.Friedrich, "Trends of federalism in theory and practice", Preager, New York, 1968.

<sup>29</sup> A. M. Bickel, "The Supreme Court and the Idea of Progress", New York, Harper & Row, 1970.

<sup>30</sup> A. J. Beitzinger, "A History of American Political Thought", Eugene, Oregon, 1972, p. 419.

*Marbury v. Madison*<sup>31</sup>, pietra miliare fondamentale del costituzionalismo a livello mondiale.

Questo è un passaggio storico-giuridico d'importanza cruciale nel costituzionalismo statunitense e non solo, in quanto costituisce il punto di partenza e di riferimento obbligatorio della giustizia costituzionale, della sua funzione, del suo ruolo e di tutti i suoi successivi sviluppi.

La maggior parte dei cambiamenti più significativi intervenuti nella forma di Stato e di governo, nonché nella protezione dei diritti fondamentali, si è prodotta al di fuori delle formali procedure di revisione costituzionale (Articolo V), per mezzo dell'iniziativa di Presidente e Congresso e, in particolare, attraverso le pronunce della Corte Suprema che hanno la capacità d'interpretare in maniera vincolante e generalizzata le disposizioni costituzionali e il diritto federale da esse dipendente.

L'attività di controllo costituzionale esercitato dalla Corte Suprema, come organo giudiziario imparziale e indipendente che vigila sul rispetto della Costituzione, dovrebbe costituire, quindi, un'ulteriore e invalicabile barriera contro ogni illegittimo e pericoloso abuso o concentrazione di potere ed impedire così le possibili derive autoritarie e antidemocratiche del sistema di governo, contrarie allo spirito e alla funzione stessa della Costituzione che pone al potere dei vincoli a garanzia delle libertà dei cittadini<sup>32</sup>.

Anche l'essenza stessa dell'attività neutrale di *judicial review*, quindi, non può che ritenersi, da questa prospettiva di analisi, funzionalmente e intimamente connessa con il grado di democraticità di un ordinamento giuridico.

Il quadro analitico si complica davvero molto quando si riflette sulla natura antimaggioritaria della Corte Suprema ("*the counter-majoritarian difficulty*"<sup>33</sup>) e la sua capacità di svolgere una funzione sostanzialmente normativa, altamente discrezionale e politicamente connotata, in grado perfino di superare e sostituirsi alla volontà del legislativo e delle diverse maggioranze, a livello federale e statale, che periodicamente se ne fanno espressione.

---

<sup>31</sup> B. Barbisan, "Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: *Marbury v. Madison* e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti", il Mulino, Bologna, 2008.

<sup>32</sup> M. Cappelletti, "Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato", Giuffrè, Milano, 1978.

<sup>33</sup> A. Bickel, "*The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*", Yale University Press, New Heaven, 1986. Fra i numerosi contributi in dottrina si veda anche B. Friedman, "*The history of the Counter-Majoritarian difficulty. I. The road to the judicial supremacy*", in *New York University Law Review*, vol.73, n.2, 1998, pp.333 ss.

I giudici sono infatti costituzionalmente sottratti dal circuito della rappresentanza democratica ma, ciò nonostante, possiedono di fatto la capacità di bloccare le decisioni prese dai rappresentanti del popolo democraticamente eletti e responsabili di fronte all'elettorato e imporre, al loro posto, le proprie valutazioni.

Questo dirimente potere di freno e opposizione insuperabile, eccetto con un emendamento formale, alle scelte fatte dal legislatore ordinario, esercitato in nome della protezione della Costituzione, può interpretarsi sia positivamente, come attività di difesa delle minoranze e dei loro interessi sottorappresentati e deboli, sia, negativamente, come sconfinante nell'arbitrio o quanto meno in un eccesso di discrezionalità e politicità che compromette l'equilibrio istituzionale previsto fra le funzioni di governo (un sostanziale "rule making power" normativo nelle mani di 9 giudici di nomina presidenziale).

La funzione da supplente normativo assolta in non poche occasioni dalla Corte, può teoricamente danneggiare il principio democratico e la separazione dei poteri e incidere, anche, su diritti e libertà personali.

Queste ed ulteriori considerazioni critiche faranno da linee guida della mia analisi che punterà ad inquadrare il ruolo esercitato dalla Corte Suprema nelle complesse dinamiche costituzionali, in particolare all'interno del *federalizing process*, e il funzionamento della *judicial review* in relazione agli obiettivi democratici.

L'inclinazione interpretativa della Costituzione espressa dai giudici della Corte Suprema ha saputo, a fasi alterne, sia contribuire alla stabilità e continuità dell'ordinamento e delle sue caratteristiche originarie, sia, anche, favorire o permettere un'opera di aggiornamento e adattamento del significato delle disposizioni costituzionali, testualmente invariate, alle mutate esigenze e caratteristiche del contesto.

Da subito non si può che riconoscere l'estrema complessità e variabilità delle questioni e dei fenomeni analizzati, il loro atteggiarsi in maniera fluida, dinamica e plurale, a volte perfino contraddittoria, all'interno di una realtà ordinamentale composta, quella degli Stati Uniti, che, per quanto consolidata, possiede il carattere della flessibilità e conosce il cambiamento.

Dopo aver analizzato il contesto storico originario a partire dall'epoca coloniale, le ragioni fondanti e i caratteri del modello federale statunitense adottato con la Costituzione del 1787 (dopo la non trascurabile parentesi confederale), passerò a descrivere in maniera più approfondita il ruolo della Corte Suprema nell'evoluzione dell'ordinamento federale.

Attraverso una analisi storica delle principali sentenze della Corte in materia di federalismo (e diritti fondamentali), cercherò di giungere ad una valutazione complessiva sull'operato del supremo organo giudiziario statunitense che ha suscitato, nel corso della sua storia non solo nell'ambiente istituzionale ma anche nell'opinione pubblica, sia reazioni fortemente critiche e grande malcontento sia, anche, profonda ammirazione e diffuso consenso; in ogni caso la Corte Suprema gode, ormai da tempo, di un indiscusso prestigio e grande autorevolezza.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale della Corte Suprema sarà finalizzata a comprendere le caratteristiche fondamentali, e in parte controverse, dell'ordinamento costituzionale statunitense, le tappe principali del suo percorso federale, la problematicità di alcune questioni d'importanza cruciale nello studio del diritto comparato (come il rapporto fra diritto e politica), e l'ambigua e dibattuta qualità democratica<sup>34</sup> raggiunta, nelle diverse fasi storiche, dal sistema giuridico statunitense nelle sue manifestazioni concrete.

Ritengo che la storia costituzionale degli Stati Uniti mantenga intatta la sua attrattiva conoscitiva e rappresenti, ancora oggi, nonostante la mole di studi che hanno cercato di esplorarla in ogni suo aspetto, un capitolo per niente chiuso ma che, anzi, continua e continuerà a proporre numerosi elementi critici e spunti di riflessione su processi e fenomeni, non esclusivamente di natura giuridica, ancora non afferrati compiutamente e in continuo divenire, che non riguardano esclusivamente l'ordinamento degli Stati Uniti ma che si estendono ad altri ordinamenti, anche di *Civil Law*. La sfida conoscitiva non è, quindi, terminata, la complessità giuridica non è districata, la problematicità non è sciolta, ma le risposte non potranno che rimanere plurali e aperte, e continuare a stimolare l'interesse di ricerca e ad alimentare il dibattito scientifico. Ogni sforzo analitico, per quanto modesto o marginale, non potrà, quindi, risultare superfluo.

---

<sup>34</sup> R.A. Dahl, " *Quanto è democratica la costituzione americana?* ", Editori Laterza, Bari, 2003.

## Capitolo I

### LA COMPARAZIONE GIURIDICA: FRA SCIENZA E METODO

#### 1.1 Cenni generali sul metodo comparato

In questo lavoro di ricerca mi propongo di analizzare l'ordinamento costituzionale statunitense, in particolare alcune parti o elementi di esso – il federalismo nella giurisprudenza costituzionale della Corte Suprema - utilizzando il metodo giuridico comparato.

La materia del diritto comparato è particolarmente ampia e complessa e, in quanto nella sua essenza rappresenta fondamentalmente uno strumento di conoscenza critica del diritto nella sua dinamicità, potenzialmente non conosce fine<sup>35</sup>.

Questa infinita possibilità di analisi consentita dal diritto comparato discende dal suo carattere intrinsecamente critico e intenzionalmente “sovversivo”<sup>36</sup> contenuto nella sua capacità, se non finalità, di revocare in dubbio ogni certezza giuridica ereditata dalla tradizione.

La comparazione giuridica<sup>37</sup> consiste, infatti, in quella attività conoscitiva impegnata a raccogliere nuove sfide di ricerca, a confrontarsi con nuove prospettive di analisi utilizzando punti di osservazione originali sul fenomeno giuridico, il che comporta una definizione e ridefinizione mai definitiva del suo contenuto e della sua identità come scienza autonoma.

Il campo d'osservazione del diritto comparato è eccezionalmente vasto, per certi versi sconfinato, in quanto coincidente con il fenomeno giuridico in tutte le sue espressioni plurali, complesse e mutevoli. Lo sguardo del comparatista è quello di chi indaga l'esperienza giuridica nella sua dimensione empirica e storicamente situata, allargando e problematizzando così il concetto stesso di diritto e il suo campo d'indagine che si apre a considerare non soltanto il dato giuridico formale, ma quest'ultimo alla luce del dato

---

<sup>35</sup> G.Gorla in “Diritto comparato” (in “Enciclopedia del diritto” vol.XII, Giuffrè, Milano, 1964) definisce il diritto comparato un *mare sconfinato*; H.C.Gutteridge in “*Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research*”, (Cambridge: University Press, 1949), una *disciplina oscura*.

<sup>36</sup> Cfr. R.Scarciglia, “*Introduzione al diritto pubblico comparato*”, il Mulino, Bologna, 2006.

<sup>37</sup> Sulla configurazione di un “pluralismo metodologico” nel diritto comparato vedi R. Scarciglia, “*Metodi e comparazione giuridica*”, CEDAM, Padova, 2016.

extragiuridico; non semplicemente la validità formale dei precetti, ma anche la loro efficacia concreta.

Comparare significa allargare il proprio orizzonte concettuale, adottando un approccio interdisciplinare aperto al dialogo con le altre scienze sociali - scienza politica, sociologia ed economia -, rompere le barriere del proprio sistema giuridico nazionale, estendere lo sguardo di analisi, quindi, ad elementi extragiuridici originariamente esclusi o quantomeno trascurati dalla scienza giuridica classica. Mi riferisco, innanzitutto, all'importanza che assume la dimensione storica nell'analisi giuridica comparata. Il diritto è per il comparatista qualcosa di concreto, un fatto storico che può essere colto e compreso solo con un'indagine attenta allo sviluppo e all'evoluzione dell'esperienza giuridica nella storia. Lo stretto e imprescindibile legame con la storia risulta evidente se si considera l'importanza del contesto in cui le regole giuridiche operano e come questo possa influire sul motivo della loro adozione e sulla loro effettiva modalità di applicazione.

Il diritto comparato, come sapere critico, è impegnato a condurre una battaglia culturale contro ogni certezza acquisita e ogni verità ritenuta indiscutibile, è contrario, per sua stessa ragion d'essere, ad ogni forma di ortodossia teorica equiparata ad una fede mitologica priva di corrispondenza alla realtà, prima fra tutte quella legata al positivismo giuridico o giuspositivismo<sup>38</sup> e al suo legicentrismo di fondo.

Questa profonda avversione è rivolta al dogma dell'identificazione del diritto con la legge, considerata l'unica fonte capace di produrre vincoli giuridici sul comportamento individuale e sulle relazioni interindividuali. Dall'esaltazione del potere legislativo e del diritto da esso posto, da cui il concetto di diritto positivo, ne consegue una subordinazione-sottovalutazione dei plurimi centri di potere, in particolare il potere giudiziario, legato all'immagine dei giudici come semplice bocca della legge, senza riconoscergli quella reale e significativa capacità di integrare o alterare le parole del legislatore nell'applicazione della legge al caso concreto.

Secondo questa prospettiva soltanto le norme giuridiche riconducibili al legislatore sarebbero da considerare nell'analisi, svuotando totalmente l'attività d'interpretazione dei giudici dalla sua effettiva valenza discrezionale e creativa, quindi politica, assolutamente non identificabile con la mera riproduzione fedele e meccanica di significati predeterminati, completi e compiuti.

---

<sup>38</sup> A.Somma, "Introduzione al diritto comparato", Editori Laterza, Roma, 2014.

Per il comparatista, al contrario, occorre valorizzare e analizzare le fonti sostanziali del diritto oltre a quelle formali, ovvero considerare anche le norme non riferibili al legislatore, ma non per questo meno incidenti sul comportamento individuale e sulle relazioni sociali.

Indispensabile diventa l'analisi delle interazioni complesse e mutevoli, in quanto connesse sempre alla dimensione spazio-temporale e a quella culturale, tra diritto, società e politica.

Diventa, quindi, impossibile e fuorviante isolare il fenomeno giuridico da quegli elementi di natura politica, sociale, economica e culturale che ne rappresentano le cause e da quelli che ne sono gli effetti prodotti a diversi livelli.

Il diritto che studia il comparatista è quindi quello prodotto da tutti quei soggetti, operatori del diritto in senso ampio, che si misurano in qualche modo con le parole del legislatore, producendo a loro volta precetti condizionanti il comportamento umano e dunque, in tal senso, norme giuridiche che possono anche risultare differenti rispetto alla norma formale originaria o corrispondente.

Da qui la rilevanza delle norme sociali in quanto dotate di una valenza coercitiva che richiede la valorizzazione delle numerose e complesse interazioni tra il diritto e altre scienze sociali e, soprattutto, della dimensione politica del diritto legata alla funzione di interpretazione come pratica di tipo politico che non permette di tracciare confini certi tra attività conoscitiva e attività creativa dell'interprete.

Il diritto comparato utilizza una nozione ampia di potere che porta a differenziare il profilo prescrittivo, della produzione del diritto, da quello descrittivo, relativo all'efficacia dei precetti e all'effettiva capacità di tutti i poteri dell'ordinamento di diventare fonti del diritto nel momento in cui utilizzano e si rapportano alle parole del legislatore.

In breve, si sottolinea l'importanza dell'utilizzo dell'interpretazione come strumento di produzione del diritto, come capacità di esercitare potere sulla produzione e sul controllo del discorso giuridico.

Si infrange quel monopolio della giuridicità che soleva imputare il potere di produrre precetti giuridici in esclusiva al legislativo, ignorando il pluralismo giuridico, ovvero quel fenomeno di stratificazione di complessi normativi non più riferibili ad un potere politico accentrato e unitario nello Stato, ma ai diversi centri di interessi emersi ed emergenti nelle società complesse contemporanee.

Analizzare il diritto come esperienza giuridica altamente complessa e articolata significa mettere in luce il ruolo del contesto in senso molto ampio, della storia e della cultura, e l'apporto plurale dell'interprete.

La comparazione ha la capacità e l'intenzione di passare dall'analisi delle norme a quella dei valori che controllano o influiscono sulla genesi e l'evoluzione delle norme stesse<sup>39</sup>.

Fatte queste precisazioni preliminari a carattere generale, ma indispensabili per comprendere cos'è e cosa significa la comparazione giuridica, occorre adesso focalizzare l'attenzione, in concreto, sull'oggetto, sulle finalità e sul metodo della comparazione.

Abbiamo evidenziato come il diritto comparato assuma un approccio critico, problematico e multifattoriale al fenomeno giuridico e sia interessato non tanto ad individuare una soluzione unica e definitiva, ma a proporre un modo di ragionare nuovo, un modo di essere del giurista<sup>40</sup>.

La comparazione è finalizzata a conoscere e comprendere il diritto di paesi stranieri e il diritto nazionale attraverso l'analisi e il confronto fra diversi sistemi giuridici o fra loro componenti, come norme, istituti e interpretazioni<sup>41</sup>. È possibile quindi intraprendere una micro ed una macro comparazione a seconda che ci si impegni ad analizzare e a descrivere gli ordinamenti giuridici presi in esame ad un livello generale, anche in chiave diacronica, o se si scelga di focalizzare l'analisi su specifici settori di regole o istituti da comparare nei diversi ordinamenti oggetto di studio.

L'oggetto della comparazione è costituito da un numero indefinito di elementi, variamente interconnessi fra loro nei diversi ordinamenti, che utilizzano e producono regole giuridiche realmente vigenti.

Alla domanda *che cosa comparare* si può rispondere con la teoria dei formanti che nei sistemi giuridici moderni sono presenti in grande quantità e sono variamente interconnessi fra loro, influenzandosi a vicenda, con la possibilità anche di contraddirsi l'uno con l'altro.

---

<sup>39</sup> M. Comba, "Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il judicial federalism negli Stati Uniti", Casa editrice Jovene, Napoli, 1996.

<sup>40</sup> G. Bognetti, "Introduzione al diritto comparato. Il metodo", Giappichelli, Torino, 1994; R. Scarciglia, "Introduzione al diritto pubblico comparato", Il Mulino, Bologna, 2006.

<sup>41</sup> A. Gambaro, R. Sacco, "Sistemi giuridici comparati", UTET, Torino, 2008.

Con il concetto giuridico di formante si indica un insieme di regole di diritto alla base della disciplina di un istituto o di un fenomeno giuridico, in un ordinamento dato e in un determinato momento storico<sup>42</sup>.

I principali formanti verbalizzati sono quello legale o legislativo, giurisprudenziale e dottrinale. Accanto a questi vi sono formanti meno riconoscibili detti meta-formanti che, pur non costituendo norme giuridiche formali, incidono anche fortemente sul gioco dei formanti ovvero sulle relazioni di prevalenza o corrispondenza fra i formanti.

Fra questi le formule politiche assumono particolare importanza, riuscendo ad incidere sulla costituzione materiale di un ordinamento.

Accanto ai meta-formanti, che possono essere anche a carattere economico e culturale, troviamo particolari formanti non verbalizzati che non fanno parte del diritto positivo, i crittotipi.

Questi indicano dei modelli impliciti o nascosti di regole non verbalizzate di cui spesso non si è pienamente consci, ma che condizionano la mentalità di fondo dell'ambiente giuridico analizzato.

Quanto detto mette in risalto come per comparare non basti solo considerare la legge (*law in the book*), ma occorra cogliere, accanto al diritto formalmente vigente, anche il diritto vivente (*law in action*) ovvero la reale applicazione della regola giuridica in un dato contesto.

Una volta individuati i diversi formanti bisogna procedere alla chiarificazione del gioco fra di essi, ossia scoprire se e quale relazione gerarchia esista nella loro capacità effettiva d'influenza sulla costituzione vivente di un dato ordinamento.

Si procede poi alla loro scomposizione, a quel procedimento di dissociazione fra formule declamatorie e regole operazionali che quasi mai coincidono ma di cui è utile proprio misurarne la distanza.

Finalità principale della comparazione è scoprire il funzionamento reale di ordinamenti stranieri per poi fare dell'esperienza acquisita uno strumento idoneo per comprendere più a fondo il proprio diritto nazionale, ragionando su aspetti e problematiche che proprio l'attività comparativa riesce a mettere in luce.

Il procedimento metodologico da seguire è quello identificato dalla regola delle 3C: la fase iniziale della conoscenza dei termini della comparazione, la fase successiva della comprensione dei diversi formanti operativamente in gioco all'interno di ogni singolo

---

<sup>42</sup> A. Gambaro, "L'apporto della comparazione alla scienza giuridica", Giuffrè, Milano, 1980.

ordinamento preso in esame e quella finale della comparazione vera e propria, ovvero del confronto fra i distinti elementi colti nei diversi ordinamenti.

Il diritto comparato, in quanto scienza autonoma, non può definirsi tale senza un metodo d'indagine rigoroso. Anche se non è attualmente possibile rinvenire un canone metodologico unico e sicuro, vengono solitamente utilizzati due diversi e ugualmente validi approcci di analisi: il metodo problematico e quello casistico.

Il *problem method* colloca al centro dell'indagine comparata un problema giuridico concreto e attraverso l'analisi di tutti i formanti cerca di riconoscere le soluzioni date a quel problema di carattere pratico dal legislatore, dalla giurisprudenza e dalla dottrina per valutare il grado di concordanza-divergenza fra le varie risposte fornite.

Il *case method* si caratterizza invece per prendere in esame casi giudiziari decisi da corti operanti in diversi ordinamenti per valutare e comparare le risposte fornite a questioni comuni o simili. L'analisi delle sentenze permette di cogliere l'effettività del diritto, le regole operative e le soluzioni giuridiche effettivamente fornite ad un dato problema giuridico in uno specifico ordinamento.

Solitamente il procedimento comparativo presuppone l'utilizzo di un modello astratto di riferimento, il *tertium comparationis*, il parametro in base al quale formulare il giudizio di analogia o differenza fra i due termini della comparazione – il *comparatum* e il *comparandum*.

È necessario ricordare, inoltre, la regola fondamentale alla base di ogni comparazione valida: l'abbandono delle lenti analitiche nazionali inevitabilmente radicate alla propria cultura giuridica per adottare il metodo interpretativo utilizzato nell'ordinamento straniero che si intende studiare o di cui il termine da comparare appartiene.

Da qui l'importanza del linguaggio e delle traduzioni nell'analisi comparata con tutti gli ostacoli e i problemi linguistici connessi. Tutte le regole e il loro significato hanno un legame stretto con l'uso pratico delle parole che ne fa la comunità linguistica in cui quelle regole vengono poste e operano<sup>43</sup>. Vi è la rilevante probabilità, inoltre, che il significato attribuito alle norme nel momento in cui sono adottate sia differente anche di molto rispetto al significato che fornisce chi, di volta in volta, deve interpretarle e applicarle.

Vi è quindi una impegnativa distanza-differenza di senso fra regole e concetti sottostanti che la competenza linguistica dello studioso deve scorgere e colmare.

---

<sup>43</sup> R.Sacco, "Il concetto di interpretazione del diritto", Giappichelli, Torino, rist.2003.

Il diritto di ogni ordinamento si esprime attraverso una determinata lingua positiva e non sempre le nozioni e le parole che utilizza trovano facile e fedele riscontro nella terminologia e nel diritto di un paese diverso.

Il vocabolario giuridico di un dato ordinamento non sarà mai interscambiabile perfettamente con quello di un differente ordinamento. La ricerca della corrispondenza concettuale fra parole di lingue diverse comporta grandi difficoltà e seri rischi di cattiva comprensione e per questo si richiede una conoscenza quanto più possibilmente approfondita della lingua dell'ordinamento in cui si intraprende il percorso comparativo. Si tratta, infatti, di un autentico percorso conoscitivo itinerante, di un viaggio<sup>44</sup> che il comparatista, come un viaggiatore, intraprende con la curiosità di conoscere posti a lui inizialmente poco noti, con la voglia poi di tornare per raccontare ciò che ha visto e scoperto, per comunicare e condividere il bagaglio di conoscenze ed esperienze acquisite. Si tratta di un processo di arricchimento personale di ineguagliabile fascino che aiuterà lo studioso di diritto comparato a capire meglio se stesso e gli altri, a cogliere la sua irriducibile identità nazionale in tutte le sue sfumature, anche quelle meno immediate ed evidenti, ma permetterà altresì di svelare impensabili punti di contatto e di affinità con le regole organizzative e le pratiche di un paese straniero.

L'utilizzo del metodo comparativo è sovente finalizzato, attraverso la macrocomparazione, a definire le strutture essenziali e gli elementi fondamentali e determinanti degli ordinamenti studiati per riuscire a classificarli ed inserirli nelle grandi classi di famiglie giuridiche elaborate dalla scienza comparata.

Per molti aspetti la comparazione nasce e si sviluppa come sistemologia in quanto principalmente incentrata ad individuare, tramite il metodo giuridico comparato, raggruppamenti di ordinamenti nazionali in base alle principali caratteristiche riscontrate nell'analisi. Il tentativo di costruire delle classificazioni o gruppi di sistemi giuridici con elementi comuni ed omogenei costituisce una particolare e per molti versi utile forma di geografia dei corpi politici o semplicemente geopolitica<sup>45</sup>.

Questa operazione classificatoria, di mappatura dei principali sistemi giuridici nel mondo, cerca di far emergere la struttura generale ed i tratti distintivi comuni a più ordinamenti, che vengono appunto ricompresi concettualmente in una famiglia.

---

<sup>44</sup> M. Lupoi, *"Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso"*, Esi, Napoli, 2001.

<sup>45</sup> P.G. Monateri, *"Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici"*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

Questa operazione, inevitabilmente semplificatoria, non può e non deve far trascurare il carattere originale e per certi versi unico e irripetibile di ogni singolo ordinamento giuridico, in quanto legato ad un precipuo processo di formazione e sviluppo storico.

L'elemento insopprimibile della variabilità dei sistemi giuridici, la circostanza che essi "non giacciono mai, diventano in continuazione"<sup>46</sup>, rende ancora più delicata e problematica l'opera di classificazione che non può che assumere come fondamento il principio della relatività temporale dell'appartenenza ad una famiglia e come effetto la riduzione della complessità e variabilità empirica in determinate e statiche categorie e classi.

L'aspetto intrinsecamente dinamico del diritto non consente di ritenere l'appartenenza di un ordinamento ad una famiglia come un dato immutabile e questo spinge a dover analizzare anche il fenomeno frequente della mutazione giuridica.

Il diritto comparato, finalizzato a descrivere gli ordinamenti osservati, rilevandone i caratteri originali e gli elementi di convergenza, non può e non intende assolutamente fornire delle misurazioni obiettive e stabili delle analogie e delle differenze riscontrate.

La scienza giuridica comparata, a differenza delle scienze naturali e come le altre scienze sociali, non può arrogarsi il carattere dell'oggettività e imparzialità assolute in quanto afflitta da una insopprimibile parzialità.

È stata, infatti, aspramente criticata la tendenza, più o meno consapevole ed evidente, di descrivere e classificare il mondo utilizzando categorie etnocentriche ed evolucioniste, tipicamente occidentali, orientate, nella sostanza, a creare e sorreggere delle gerarchie implicite fra i differenti sistemi che finiscono spesso per privilegiare la tradizione giuridica occidentale, in particolare la democrazia liberale e capitalista di *common law*<sup>47</sup>.

È opportuno, inoltre, ricordare il problema della comparabilità fra ordinamenti eterogenei.

Viene richiesta, infatti, una necessaria valutazione preliminare del livello di omogeneità e affinità fra ordinamenti o elementi di essi che porterebbe a ritenere improponibile o quantomeno rischiosa un'indagine comparata fra ordinamenti non omogenei.

In realtà, per intraprendere una comparazione, è richiesto un minimo di contatto – che sia di segno convergente o divergente – fra i termini della comparazione. Inoltre, grazie all'approccio funzionale "*functional approach*" è possibile analizzare istituti e regole di

---

<sup>46</sup> A. Gambaro, R. Sacco, "Sistemi giuridici comparati", op.cit., p.15.

<sup>47</sup> A. Somma, "Introduzione al diritto comparato", op.cit.

ordinamenti diversi quando questi svolgono una funzione simile. Si potrebbe, quindi, condividere l'idea secondo cui "la comparazione dispone degli strumenti che occorrono per analizzare e mettere a confronto ogni e qualsiasi sistema, e per misurare ogni e qualsiasi differenza, grande e piccola che essa sia"<sup>48</sup>.

Per quanto riguarda le finalità della comparazione (la domanda: *perché comparare?*), si può aggiungere che essa è, o dovrebbe essere, essenzialmente libera nei fini anche se le vengono attribuite una molteplicità di funzioni, sia di tipo teorico che pratico.

La comparazione può perseguire finalità omologanti-universalizzanti di esaltazione delle comunanze e dei parallelismi o all'opposto sottolineare le differenze e l'alterità irriducibile fra ordinamenti.

Il discorso può essere, quindi, intenzionalmente identitario o standardizzante, si può comparare per unire o per dividere, ma non sono certo queste finalità predeterminate, che al contrario andrebbero preferibilmente evitate, a stabilire la bontà del raffronto e la qualità dell'indagine comparata.

## **1.2 Il costituzionalismo statunitense: un'analisi comparata sul federalismo e sulla *judicial review***

Il quesito alla base dell'indagine di natura comparata che intendo affrontare e che deve correttamente precedere la scelta degli oggetti da studiare è, semplificando, questo: come si configura, sul profilo democratico (a livello procedurale e sostanziale, la questione della legittimazione), la funzione del sindacato di costituzionalità (*judicial review*) esercitata dalla Corte Suprema in un sistema giuridico composto come gli Stati Uniti d'America, in cui si sviluppa un processo di federalizzazione (*federalizing process*)?

Dovendo individuare le condizioni per ritenere due o più oggetti comparabili, sulla base di una valutazione attenta delle qualità intrinseche e della natura essenziale degli stessi, e non potendo utilizzare la categoria dello Stato federale elaborata dalla sistematica del diritto comparato che, pur non sostenendo l'esistenza di un modello unitario di Stato federale, ne individua e attribuisce talune peculiarità essenziali, ho deciso di utilizzare l'approccio al federalismo come processo di federalizzazione che riesce ad andare al di là dei requisiti formali e più al cuore del fenomeno federale senza escludere dalla sua

---

<sup>48</sup>A. Gambaro, R. Sacco, "Sistemi giuridici comparati", op.cit., p.2.

cornice interpretativa anche quelle esperienze che non possono, secondo la classificazione tradizionale, essere ricomprese nella tipologia o modello dello Stato federale.

Mi riferisco ad alcuni ordinamenti che, come l'Italia e la Spagna, appartengono alla forma di Stato regionale o quantomeno non rientrano, non ancora o non pienamente, nella categoria dello Stato federale per come la dottrina tradizionale della sistemologia in modo idealtipico lo configura.

In tal modo diventa possibile, ad esempio, mettere a confronto oggetti appartenenti ad ordinamenti anche molto diversi come Usa, Germania, Spagna, Italia e perfino, con le dovute precisazioni, l'Unione Europea, grazie all'opportunità di considerare come federali alcuni avanzati processi del decentramento politico-istituzionale (nel caso dell'Ue si tratta di uno specifico processo di integrazione<sup>49</sup>).

La concezione dinamica del federalismo, risalente soprattutto agli studi di Carl Friedrich<sup>50</sup>, permette di superare la concezione del federalismo unicamente come un modo di essere dello Stato, una <forma> di esso, per aggiungere al dato strutturale, formale e statico, l'aspetto dinamico del fenomeno osservato nella sua empirica processualità.

L'essenza del federalismo risiederebbe, quindi, nella sua natura di processo in ininterrotto svolgimento e in inevitabile evoluzione e nella sua maggiore o migliore capacità di sviluppo e di adattamento alle nuove caratteristiche e necessità della comunità di riferimento.

L'evoluzione processuale di un sistema federale riesce comunque a preservare e a mantenere stabili nel tempo alcune caratteristiche strutturali definite, seppur con un sufficiente ed opportuno margine di elasticità, da un complesso di regole e garanzie costituzionali.

La sfida permanente che un ordinamento federale – o comunità federale nata alternativamente da un processo aggregativo oppure dissociativo<sup>51</sup> - ha il compito di

---

<sup>49</sup> Si veda a riguardo E.F. Defeis, "A Constitution for the European Union? A Transatlantic perspective", in *Temple International & Comparative Law Journal*, vol.19, n.2, 2005.

<sup>50</sup> C.J. Friedrich, "Trends of federalism in theory and practice", po.cit.; ID, "The political theory of federalism", in *Federalism and supreme courts and the integration of legal systems*", ed. E. Mc Whinney, P. Pescatore, Heule-Bruxelles-Namur, 1973; ID, "Constitutional government and democracy. Theory and practice in Europe and America", Ginn & Company, Boston, 1950;

<sup>51</sup> E. Vitale (a cura di), "Quale federalismo?", Giappichelli, Torino, 2011. Nel volume si fa riferimento alla genesi di un sistema federale con le espressioni *federalismo nato per unire* e *federalismo nato per dividere* che indicano la differente spinta, centralizzatrice o devolutiva, che ne è all'origine e che ne costituisce il motore principale. I due opposti processi formativi di un sistema federale sono quello di integrazione di comunità prima separate e sovrane e quello di decentramento di una comunità originariamente unitaria.

affrontare, riguarda il delicato ma indispensabile bilanciamento fra le esigenze opposte dell'unità nazionale e dell'autonomia di quelle comunità politiche separate che danno vita allo Stato federale per integrazione o che emergono all'interno di uno Stato originariamente unitario attraverso un processo di differenziazione.

Il *federalizing process*, come concezione processuale del federalismo, superando l'approccio formalistico, statico e limitante degli archetipi istituzionali e delle categorie dogmatiche della scienza giuridica classica, può essere utilizzato come strumento metodologico dinamico per meglio comprendere gli assetti e le linee evolutive dei fattuali rapporti di forza tra i diversi livelli di governo di un sistema federale, ampliando così l'orizzonte scientifico legato ad un'idea stringente e fissa di federalismo.

Il nodo della sovranità, il problema dell'allocazione della stessa in un ordinamento federale dove il potere è costituzionalmente diluito e frazionato territorialmente su più livelli, viene superato asserendo che in un sistema federale tutte le comunità che ne fanno parte sono autonome (a diverso grado), ma nessuna può ergersi a sovrana.

Si infrange il dogma della indivisibilità e imprescindibilità della sovranità come attributo dello Stato, sia che si neghi l'adeguatezza del concetto stesso di sovranità il cui utilizzo appare ormai superato, superfluo o inadatto in un contesto attraversato da processi di internazionalizzazione del diritto, sia che si discuta della possibilità dell'esistenza di una doppia sovranità nei sistemi federali che comporti uno sdoppiamento e una scomposizione del concetto.

Al di là del perdurare del dilemma nel dibattito dottrinale, è il potere giudiziario che nei sistemi federali ha il compito di interpretare la carta costituzionale, occuparsi dei conflitti di attribuzione ovvero dirimere le controversie sulle sfere di competenza tra l'autorità centrale ed i membri federati, o solo fra questi ultimi.

Indispensabile per il funzionamento, la stabilità e l'esistenza stessa di un sistema federale, accanto ad una Costituzione rigida, e proprio affinché questa non rischi di rimanere insignificante e inapplicata, è un giudice centrale che componga i conflitti fra i diversi centri di potere attraverso l'interpretazione delle disposizioni costituzionali e la ricerca di un delicato (e quanto più condiviso) punto di conciliazione tra forze opposte, centrifughe e centripete, autonomiste ed unitarie, che nel tempo risulterà variabile e quindi incerto.

Non è un compito facile quello di assicurare il necessario equilibrio costituzionale e istituzionale nello sviluppo del processo federale in cui le relazioni multiple fra i poteri dello Stato composto sono particolarmente fluide e fluttuanti.

Il ruolo del giudice come arbitro nel (del) sistema federale o meglio nel (del) processo di federalizzazione, introduce il grande tema del controllo di costituzionalità come garanzia, ad un tempo, delle autonomie e dell'unità nazionale che si esprime, nel tempo e in base alle diverse circostanze, in maniera oscillante e non lineare.

Oggetto principale dell'analisi sarà, infatti, in base all'approccio funzionale, la funzione del controllo costituzionale (*judicial review*) svolta dalla Corte Suprema nell'ambito del *federalizing process* statunitense, al fine di evidenziarne le differenti fasi in cui si sviluppa e valutarne i rispettivi risultati democratici. L'assunzione del controllo di costituzionalità da parte dei giudici della Corte Suprema statunitense, infatti, è ormai pacificamente riconosciuto nonostante non fosse, e non sia tuttora, espressamente configurato in Costituzione ma rimanga una conquista avvenuta per via giurisprudenziale.

Anche qui emergono le tradizionali classificazioni che, all'interno della tradizione giuridica occidentale, contrappongono, in primo piano, i sistemi di *Common law* a quelli di *Civil law*, ma anche la modalità del controllo diffuso a quello accentrato, il controllo astratto a quello concreto, il controllo preventivo a quello successivo<sup>52</sup>. In realtà, si assiste ad intensi processi di ibridazione e circolazione dei modelli che, anche in questo caso, spezzano la rigidità di ogni classificazione circoscrivendone la portata descrittiva prima indiscussa e richiedendo nuovi approcci analitici più aperti e flessibili, attenti alla mutevolezza e instabilità della dimensione empirica.

In questa ricerca concentrerò la mia attenzione, in chiave diacronica, sull'ordinamento costituzionale statunitense, in particolare sul formante giudiziario, tenendo presente, come il diritto comparato insegna, che il potere giudiziario e tutte le sentenze, per coglierne correttamente ruolo ed effetti, devono necessariamente essere letti all'interno del contesto storico-giuridico ed esser posti in relazione con le altre componenti dell'ordinamento studiato.

Utilizzerò principalmente il *case method*, ovvero analizzerò alcuni casi giudiziari della giurisprudenza costituzionale della Corte Suprema particolarmente significativi in tema di federalismo e non solo.

La scelta e l'analisi di alcune sentenze rappresenterà non il fine ultimo della ricerca, ma un mezzo per cercare di comprendere il complesso e ambivalente rapporto fra controllo di costituzionalità, federalismo e democrazia negli Stati Uniti d'America.

---

<sup>52</sup> M. Cappettetti, "Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato", Giuffrè, Milano, 1978.

Non sarà, però, esclusivamente un'indagine sul diritto straniero degli Stati Uniti in quanto, a partire dall'analisi più approfondita di questo ordinamento e proprio grazie a questa esplorazione fondamentale, sarà possibile fare alcuni riferimenti comparati, per quanto rapidi o sporadici, ad altri sistemi costituzionali che ne condividono, in parte e con le dovute cautele, alcuni aspetti, tendenze o problemi, o che ne fanno emergere antinomie, differenze e lacune. Nonostante l'analisi sia calata in uno specifico ordinamento e sia centrata su determinati fenomeni e istituzioni in esso agenti, nel corso dell'indagine ci si renderà conto come molti dei temi e delle domande cruciali che emergono possono esulare dai confini della ricerca e dal contesto in esame e riguardare, seppur opportunamente calibrati, anche altri e diversi ordinamenti. I quesiti alla base di questa ricerca non potranno che rimanere aperti indefinitamente a nuovi contributi e ad ulteriori integrazioni, nonché alla possibilità di un ampliamento dell'orizzonte d'indagine, con una accresciuta attenzione a collegamenti comparati di diverso genere.

Il mio proposito fondamentale non sarà, e credo non potrebbe esserlo, di natura esclusivamente descrittiva (consapevole come sono della mole di materiale da conoscere e comprendere nonché dell'estrema complessità e mutevolezza dei fenomeni giuridici nella storia, e ancor più eccezionalmente nell'epoca contemporanea), ma soprattutto riflessiva, nel senso di voler intraprendere un'analisi critica che, non potendo fornire risposte evidenti e univoche o avvalorare certezze giuridiche, possa, quantomeno, fornire alcuni interessanti spunti di riflessione e far emergere una serie di interrogativi su importanti, attuali e dibattute tematiche giuridiche che non vivono esclusivamente sulle pagine dei libri di scienza del diritto o nel bagaglio di conoscenze tecniche di autorevoli specialisti, ma che si esprimono materialmente, influenzando l'esistenza concreta di individui e popoli.

Ragionare sul rapporto intricato e multidimensionale che si instaura tra esercizio del sindacato di legittimità costituzionale delle leggi, principio federale e rispetto delle fondamenta democratiche di una Costituzione e del suo ordinamento non è certo un impegno semplice né un ragionamento retorico, ma un compito da assumersi con coraggio e col desiderio di comprendere, quantomeno, tutti i soggetti, i meccanismi e le variabili che possono entrare in gioco e determinare, di volta in volta, caratteri, qualità ed esiti di quella relazione, di per sé oscura e variabile.

Per sviscerare questa relazione, così complessa e fondamentale, occorre, infatti, tenere presente e valutare un complesso variabile di elementi e soggetti riuscendone a svelare i legami più o meno nascosti e i reciproci condizionamenti.

Il ruolo esercitato dalla Corte Suprema nella garanzia dell'equilibrio dei poteri dei diversi livelli di governo ha risvolti inevitabili e importanti sul principio democratico e su come questo venga interpretato e protetto nell'ordinamento composto di riferimento. Il dibattito sul problema della c.d. “*countermajoritarian difficulty*”<sup>53</sup>, come avrò modo di illustrare, è tutt'altro che esaurito e mantiene, al contrario, una grande rilevanza teorica e pratica che esula, inoltre, dal contesto statunitense.

---

<sup>53</sup> A.M. Bickel, “*The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*”, Yale University Press, New Haven, 1986.

## Capitolo II

### ORIGINE E CARATTERI DEL PROCESSO D' UNIFICAZIONE NAZIONALE

#### 2.1 Cenni storici del contesto originario. Dalla “rivoluzione” Americana agli *Articles of Confederation*

Se si vuole studiare e comprendere pienamente la Costituzione statunitense, i motivi della sua redazione, le sue caratteristiche originarie e i suoi successivi sviluppi, nonché le ragioni della sua lunga vigenza, non si può trascurare il ruolo avuto dal contesto storico, geografico, socio-politico e ideologico-culturale prerivoluzionario, nell'innescare il processo di costruzione di una nuova Nazione e del suo nuovo Stato.

Fondamentale, quindi, per comprendere la guerra d'indipendenza e il futuro assetto degli Usa, è la situazione sociale, economica, politica e culturale delle colonie, situazione che dipendeva, inevitabilmente, anche dalle modalità di colonizzazione, inglese soprattutto.

Gli eventi storici e le idee politico-filosofiche che hanno segnato l'inizio della “rivoluzione” d'indipendenza americana, il suo svolgimento e le sue conseguenze<sup>54</sup>, hanno indubbiamente un ruolo di primo piano nella configurazione del nuovo assetto costituzionale federale e nell'edificazione delle strutture e dei principi organizzativi e ideali del nuovo Stato.

Si potrebbe correttamente far partire l'analisi dalle origini delle colonie europee, in particolare quelle inglesi, nel '600, che avrebbero introdotto alcuni dei caratteri fondamentali dell'ideologia politica e dell'identità culturale presto dominanti in tutto il futuro del Paese<sup>55</sup>.

Si tratta, ad esempio, di quel particolare spirito messianico che accompagna la storia degli Stati Uniti fin dalle sue origini e che si legherà indissolubilmente al suo destino.

Per comprendere, quindi, il significato profondo di alcuni dei tratti distintivi e duraturi della storia, non solo costituzionale, degli Stati Uniti occorre risalire all'epoca coloniale,

---

<sup>54</sup> G. Dessì, “La Rivoluzione americana: tradizione e progresso”, in C. Vasale, P. Armellini, “La democrazia nell'età moderna”, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008.

<sup>55</sup> A. Testi “La formazione degli Stati Uniti”, il Mulino, Bologna, 2003.

agli eventi storici e al contesto ideologico-culturale che hanno innescato e alimentato il processo di rottura del legame imperiale e di affermazione dell'indipendenza dalla madrepatria inglese.

La relativa contestualità in cui gli eventi della formazione degli Stati indipendenti e della loro successiva unificazione hanno avuto luogo - attraverso l'ideazione della nuova formula federativa, immediatamente successiva alla parentesi confederale - ci mette davanti a un periodo di tempo relativamente breve, ma talmente denso di accadimenti dai caratteri e dalle conseguenze significative, da segnare l'inizio di una nuova era nella storia del mondo. L'ingresso di un nuovo attore nello scenario internazionale dominato, all'epoca, dalle potenze europee, ha inevitabilmente modificato in maniera irreversibile gli equilibri geo-politici mondiali che, d'allora in poi, saranno condizionati sempre più pesantemente dalle scelte di politica estera e interna fatte dagli Stati Uniti d'America.

Abbiamo già genericamente sottolineato l'importanza, l'influenza esemplare e la complessità della storia costituzionale statunitense, ma sarà nel corso, e soprattutto alla fine, di questo lavoro che risulteranno più evidenti e comprensibili i caratteri distintivi, per molti osservatori "eccezionali" e irripetibili, di questa storia<sup>56</sup>.

Perfino la rivoluzione americana occuperebbe un posto a parte nella storia delle rivoluzioni avendo una natura, delle caratteristiche e degli esiti differenti rispetto, in particolare, alla coeva rivoluzione francese, la rivoluzione per eccellenza, scoppiata negli stessi anni in cui nasce il nuovo Stato americano. Si tratta sicuramente di una lotta per l'indipendenza, nonostante non sia stata l'indipendenza il suo obiettivo iniziale, ma che non ha avuto come protagonista una nazione consapevole e orgogliosa di una propria definita e distinta identità da rivendicare e proteggere, in quanto quella nazione, all'epoca, ancora non esisteva.

Al contrario, le comunità coloniali, protagoniste in questa fase, si ritenevano parte organica del popolo inglese - dal quale, fra l'altro, la maggior parte di esse effettivamente discendeva - e, in base alle loro iniziali vedute, ritenevano di carattere difensivo e non sovversivo lo scopo principale della ribellione alla madrepatria.

Si dividevano validi motivi per opporsi a particolari linee politiche seguite dal governo coloniale, soprattutto a quella tendenza accentratrice del governo britannico che fu vista come una minaccia grave alle libertà basate sulle leggi di natura e ad alcune posizioni acquisite proprio in quanto sudditi inglesi.

---

<sup>56</sup>C. Murray, *"American Exceptionalism: An Experiment in History"*, AEI Press, Washington D.C., 2013.

Non si era ancora formata la coscienza collettiva di essere qualcosa di diverso dalla madrepatria e la divisione fra ribelli e “lealisti”, durante le varie fasi della rivolta alla madrepatria, fu significativa in questo senso: le differenti identità coloniali non si erano ancora compattate in un popolo omogeneo, consapevole di dover affrontare il futuro come singola nazione. Tutto questo è stato semmai il frutto di un processo graduale e incerto che si può ritenere concluso soltanto alla fine della guerra civile, nel 1865, o dopo l’approvazione degli emendamenti ricostruttivi ad essa immediatamente successivi<sup>57</sup>.

A differenza di altri fenomeni politici che chiamiamo rivoluzione, in particolare la rivoluzione francese, in quella americana fu la rivoluzione stessa a far nascere la Nazione americana o quantomeno ad innescarne il processo generativo e non viceversa. La meta primaria della rivoluzione non fu il rovesciamento dell’ordine sociale e politico esistente, ma la conservazione della libertà politica che già si godeva e che si riteneva seriamente minacciata dalle nuove tendenze accentratrici dell’impero inglese e dal pericolo che una forma di tirannia annullasse l’autonomia fino ad allora esperita.

L’opera dei fondatori della nazione è stata messa a dura prova dalle tante incertezze, dalle critiche e dalle lotte che, almeno fino alla guerra di secessione, ne hanno minato fortemente la solidità e il successo, segnato soltanto dal definitivo e irreversibile consolidamento postbellico.

Il nucleo originario degli Stati Uniti sappiamo fosse rappresentato da 13 colonie britanniche<sup>58</sup> situate lungo la costa orientale dell’America settentrionale, ma bisogna tenere presente che esistevano divisioni e differenze tra le colonie o gruppi di colonie<sup>59</sup>. Le colonie differivano, infatti, per origini, credi religiosi e strutture sociali; inoltre, le diverse condizioni geografiche e climatiche influivano inevitabilmente sui sistemi di vita e sull’economia.

L’Inghilterra, a differenza delle altre potenze coloniali europee, permise alle proprie colonie di godere di un elevato grado di autonomia politica e la pratica dell’autogoverno

---

<sup>57</sup> S.Ortino, “*Introduzione al diritto costituzionale federativo*”, Giappichelli Editore, Torino, 1993.

<sup>58</sup> Il primo stabile insediamento inglese fu Jamestown, nella colonia della Virginia, fondata dalla Virginia Company di Londra su concessione del re Giacomo I d’Inghilterra nel 1607.

<sup>59</sup> Le colonie non rappresentavano un complesso unico e omogeneo per caratteristiche e interessi, ma possono essere raggruppate in 3 gruppi: le colonie del New England (Massachusetts, Connecticut, New Hampshire e Rhode Island), le colonie centrali in rapida espansione (New York, New Jersey, Pennsylvania e Delaware) e le colonie meridionali (Virginia, Maryland, Nord Carolina, Sud Carolina e Georgia). Un’altra suddivisione in 3 gruppi vede le 8 province reali (Virginia, New Hampshire, New York, Massachusetts, New Jersey, South Carolina, North Carolina e Georgia) e le 3 province di proprietà personale (Maryland, Pennsylvania e Delaware) in cui i governatori, scelti dal re, gestivano gli affari pubblici insieme ad un’assemblea di rappresentanti eletti dal popolo; nell’ultimo gruppo due colonie (Connecticut e Rhode Island) facevano eleggere il governatore da assemblee di votanti.

fu elemento comune delle diverse colonie che seppero sfruttarne l'opportunità, dotandosi di istituzioni politiche funzionanti che resero le comunità coloniali politicamente attive e partecipative<sup>60</sup>, e gradualmente sempre più consapevoli dei propri interessi e di essere titolari di diritti e libertà. Questo creò legami interni, non solo istituzionali, nelle popolazioni delle singole colonie e, nello stesso momento, creò anche motivi di rivalità e gelosia fra le varie colonie.

Inoltre, il contrasto con le vicine colonie spagnole e francesi è netto, non solo per il ridotto, se non nullo, livello di autonomia politica concesso in questi possedimenti coloniali, ma anche per un certo grado di autonomia economico-commerciale che nella colonizzazione inglese, a differenza delle rivali, concedeva, nei fatti, spazio e importanza all'iniziativa commerciale ed economica privata. Spagna e Francia continuavano ad avere possedimenti coloniali e mire espansionistiche anche nel continente nordamericano, costituendo una minaccia e un limite di confine al territorio occupato dalle tredici colonie dell'impero britannico e un freno al sempre più forte impeto di espansione che animava i rispettivi insediamenti.

La vigorosa crescita interna e il rapido sviluppo della vita politica, economica e culturale delle colonie possono essere in parte spiegate proprio dalle limitazioni imposte alle colonie dalle barriere naturali e umane che ne delimitavano i territori<sup>61</sup>.

Per quanto riguarda la diversa origine delle colonie, oltre alla nascita di alcune di esse per iniziativa diretta della corona o per concessione sempre della corona ad un proprietario (la Virginia nel primo caso e il Maryland e la Pennsylvania nel secondo), è significativo ricordare l'origine di quelle nate a seguito dell'emigrazione spontanea di dissidenti politici e soprattutto religiosi (i Padri Pellegrini del Massachusetts).

Gli elementi del dissenso religioso dalla fede praticata in patria costituiscono il fondamento per lo sviluppo di alcuni caratteri centrali e permanenti dell'identità culturale degli Stati Uniti. Parliamo di quel particolare sentimento che accompagnò e motivò alcuni puritani dissenzienti, chiamati in Inghilterra separatisti, nel loro viaggio in quella che consideravano la nuova terra promessa, la costa atlantica del Nordamerica. La vicenda storica che vede i *Pilgrim Fathers* sbarcare a Plymouth, Massachusetts, nel 1620, dopo un lungo viaggio sulla leggendaria nave *Mayflower*, e fondare la prima

---

<sup>60</sup> Tutte le colonie si dotarono di assemblee popolari rappresentative in cui discutere e decidere degli affari generali e locali della colonia nonostante esistesse un obbligo, per tutti gli atti prodotti in tali sedi, di non contrastare con le leggi inglesi (esisteva, a tal fine, il potere di veto del governatore).

<sup>61</sup> Le difficili condizioni ambientali (naturali e presenza di popolazioni indigene) valorizzarono sia il solidarismo intracoloniale che, soprattutto, le capacità individuali nell'ottica di un marcato individualismo.

comunità organizzata sulla base del *Mayflower Compact*<sup>62</sup>, divenne presto il mito fondatore degli Stati Uniti acquisendo un'importanza notevole nell'elaborazione dell'identità e della storia nazionale americana.

Le radici filosofico-religiose della storia americana sarebbero da ricercarsi in questo periodo storico e risulterebbero profondamente legate allo spirito di quel piccolo gruppo di individui coraggiosi che, perseguitati in patria per il loro credo religioso settario, decisero di avventurarsi in un lungo viaggio verso terre lontane e inesplorate. La molla motivazionale che li spinse ad un'impresa così rischiosa e dall'esito incerto, fu primariamente lo zelo religioso e la convinzione di essere gli eletti di Dio nel compiere una missione d'importanza esemplare, quella di edificare una società giusta che doveva servire da modello per il mondo intero, proprio in quanto portatrice di valori universali. La fede nel patto d'alleanza stretto con Dio e con gli uomini, quasi fosse un mandato biblico alla democrazia, sorreggerà la determinazione dei coloni puritani e rivoluzionari ad opporsi al dominio britannico e a dare vita e corpo all'utopia di un mondo liberato dallo sfruttamento e dalla disuguaglianza.

Lo spirito e il fervore religioso che spinse i primi coloni a stabilirsi nel *New England* e a fondare una comunità in quelle terre inospitali fu così forte da trasmettersi alle successive generazioni e a sedimentarsi, anche se secolarizzandosi in parte, nello spirito profondo del popolo americano<sup>63</sup>.

L'ideologia dominante del sogno americano affonda le sue radici più profonde proprio nella fervente volontà di abbandonare l'Europa intollerante, autoritaria, gerarchica e corrotta, anche nella Chiesa, e costruire un nuovo modello di società nel nuovo continente, ma con un interesse e uno sguardo rivolti comunque al vecchio.

Il ruolo che gli Stati Uniti hanno deciso di ritagliarsi nel mondo è legato alla famosa immagine della "città sulla collina"<sup>64</sup> che avrebbe dovuto risplendere come un faro di

---

<sup>62</sup> Approdati a *Cape Cod*, sulla costa atlantica a nord della Virginia, prima di scendere dalla nave, i pellegrini che fuggirono dall'Europa e sopravvissero al duro viaggio oceanico, stilirono un documento in cui si impegnavano a fondare una comunità e a rispettare le sue leggi. In molti considerano come il *Mayflower Compact* prefiguri la Dichiarazione d'Indipendenza e rappresenti la forma embrionale dei principi che verranno successivamente ripresi e consolidati nel nuovo Stato federale. Il documento fu adottato su base maggioritaria (esclusi donne e bambini) e fu concepito come contratto sociale che impegnava tutti i coloni a dover sottostare alle leggi e al governo che, una volta sbarcati, la comunità avrebbe creato. Elemento non trascurabile è, indubbiamente, la prassi comune a molte comunità coloniali, fin dalle origini, di definire patti e testi costituzionali scritti: oltre al *Mayflower Compact* dei Padri Pellegrini, infatti, troviamo i *Fundamental Orders* del Connecticut (1638), il *Body of Liberties* of Massachusetts (1641) e altri; con questi documenti si fissavano i principi fondamentali dell'autogoverno e le libertà dei coloni.

<sup>63</sup> D. Gelernter, *"Americanism: The Fourth Great Western Religion"*, Doubleday, New York, 2007.

<sup>64</sup> L'immagine suggestiva della "city upon a hill" è stata utilizzata da John Winthrop, dal 1630 governatore per 12 volte del Massachusetts, nel celebre discorso-sermone - *A Modell of Christian*

libertà e uguaglianza e guidare la comunità globale verso quel modello di democrazia, il migliore possibile, da guardare con assoluta ammirazione.

Questo particolare spirito messianico ha accompagnato tutta la storia degli USA, manifestandosi in forme più evidenti in alcuni passaggi, ma non è certamente mai scomparso.

Nella rivoluzione americana, nella sua componente ideologica, troviamo, quindi, lo spirito e l'immaginario religioso e spirituale del messianismo puritano a fianco agli ideali dell'illuminismo europeo, laico, razionalista ed empirico.

La familiarità della società coloniale con un bagaglio cospicuo e variegato di idee appartenenti ad una cultura più antica e ricca, quella europea, con la quale essa era in costante contatto e dalla quale riceveva un flusso continuo di popolazione, non può che aver avuto un ruolo centrale e fondante nella creazione dell'identità culturale dei futuri Stati Uniti d'America<sup>65</sup>.

La società americana, anche se non può definirsi propriamente tale prima della rivoluzione, è costituita, infatti, da una popolazione spiccatamente variegata per provenienza, cultura, tradizioni, religione, ed è proprio questa originaria eterogeneità a determinare alcune delle caratteristiche peculiari della società americana e la sua particolare complessità.

La diversità delle colonie, dal punto di vista religioso e culturale, e non solo, è dovuta, inoltre, all'incrocio di flussi successivi di insediamenti per niente omogenei. Da qui hanno origine alcune delle contraddizioni interne più marcate proprie di una società in incessante espansione<sup>66</sup>.

L' accostamento di differenze produsse contrasti e divisioni e, in alcuni casi, perfino episodi di atroce violenza e intolleranza<sup>67</sup>, spesso di matrice religiosa<sup>68</sup>, ma esito

---

*Charity* - tenuto sulla nave Arbella ai coloni che avrebbero dato inizio all'insediamento di Boston. Si tratta della città luminosa di cui parla Cristo nel suo discorso sulla montagna (Matteo 5,14), il simbolo, quindi, di una città che farà da faro di giustizia per tutte le genti e che costituirà l'immagine fondante del mito dell'eccezionalismo americano, di un'America nata da un patto solenne con Dio e da Dio protetta affinché potesse essere ammirata e imitata dal resto del mondo.

<sup>65</sup> Per l'importanza determinante del ruolo dell'Europa, e soprattutto dell'Inghilterra, nella storia e nell'ideologia culturale statunitense, si veda la descrizione della colonizzazione europea in Nord America (la prima spagnola, poi la francese e infine l'inglese) nella prospettiva interpretativa dell' "Europa fuori dall'Europa" o più specificatamente della vicenda della "Gran Bretagna fuori dalla Gran Bretagna": G. Cantoni, F. Pappalardo (a cura di), *"Magna Europa. L' Europa fuori dall'Europa"*, D'Ettois, Crotona, 2007.

<sup>66</sup> Cfr. P. Miller, *"Lo Spirito della Nuova Inghilterra. Il Seicento"*, il Mulino, Bologna, 1962; ID *"Lo Spirito della Nuova Inghilterra. Da colonia a provincia"*, il Mulino, Bologna, 1965.

<sup>67</sup> Gli schiavi e le popolazioni indigene non erano assolutamente considerati esseri umani alla pari dei coloni e non godevano, di fatto, di nessuna garanzia o diritto. Nei loro confronti il principio di uguaglianza non era valido, era drammaticamente e incredibilmente sospeso, volutamente ignorato. La schiavitù non rappresentava semplicemente un particolare tipo di rapporto di lavoro, ma una grande e

prevalente fu una significativa vivacità culturale e una tendenza al pluralismo e alla tolleranza, che spinsero a costituire una società diversa da quella europea, che fosse autenticamente fondata sulla libertà di religione e di coscienza, anche perché molti dei coloni erano fuggiti dal Vecchio Continente proprio a causa di persecuzioni religiose e/o politiche.

La ricerca della libertà politica e religiosa condusse gruppi di puritani, calvinisti che credevano nella dottrina della predestinazione e che volevano separarsi dalla Chiesa anglicana, ad imbarcarsi per il nuovo mondo ed animò, unitamente ad altre importanti motivazioni di natura politica ed economica, la successiva ribellione verso la madrepatria, giudicata dispotica e intollerante.

Inoltre, è importante ricordare come l'assenza di una struttura feudale e di classe, gerarchica e rigidamente determinata, sotto il controllo dell'aristocrazia o dell'alto clero, determinarono un'alta mobilità sociale, inedita nel Vecchio Continente.

I separatisti puritani, soggetto importante della rivoluzione, in realtà, almeno originariamente, non avevano l'intenzione di combattere l'Inghilterra per distruggerla, ma semmai per riformarla<sup>69</sup>. Erano infatti ferventemente convinti che la monarchia e la Chiesa d'Inghilterra fossero corrotte e che il loro compito, una missione divina, fosse proprio quello di salvarle e redimerle attraverso la costruzione di un nuovo e giusto modello di società che proprio l'Inghilterra e il mondo intero avrebbero dovuto copiare. Era questo il volere di Dio, il piano che Dio manifesta in terra attraverso un patto stretto con gli uomini e poi tra gli uomini stessi. Il popolo eletto è così predestinato a compiere una missione straordinaria di redenzione universale.

Abbiamo fin qui parlato, in particolar modo, dell'aspetto religioso, spirituale e simbolico che plasma l'identità collettiva fin dalle prime comunità di coloni inglesi sbarcati nel continente nordamericano e che alimenterà la convinzione, tutta americana,

---

profonda tragedia umana di sfruttamento e discriminazione razziale in ogni aspetto della vita degli schiavi. Per quanto riguarda i popoli autoctoni, questi potevano essere trattati senza alcuna pietà e senza misericordia, in quanto accusati di essere adoratori del diavolo e di praticare rituali barbari e selvaggi, di chiara origine demoniaca. Fu per tale motivazione morale e religiosa che le popolazioni indigene dovevano essere estirpate completamente dalla terra mentre i territori da loro occupati sarebbero dovuti passare nelle mani dei veri servi del signore.

<sup>68</sup> È noto il periodo della c.d. caccia alle streghe, che a Salem, in Massachusetts, a partire dal 1692, diede luogo ad una serie di processi, persecuzioni, accuse ed esecuzioni capitali inflitte per il reato di stregoneria, in un clima di superstizione e crescente panico collettivo.

<sup>69</sup> Particolarmente significativa, per la conformazione della mentalità dei coloni verso un ribaltamento della situazione coloniale esistente, fu la diffusione di un movimento religioso divulgato da predicatori molto seguiti, "*The Great Awakening*" (il grande risveglio), che istillò un'ansia di rinnovamento evangelico generale. Questo scaturì in accese critiche alle oligarchie politiche e religiose europee, giudicate colpevoli di un grave impoverimento spirituale e creò un'attesa millenaristica di eventi di profonda rigenerazione.

di essere una nazione dal “destino manifesto”<sup>70</sup>, ma occorre anche considerare altri elementi ed eventi che acquisiscono un ruolo importante nell’articolare le forze rivoluzionarie.

Prima di tutto rileva la guerra dei sette anni, nota come guerra franco-indiana sul fronte nordamericano, combattuta dalle potenze europee dell’epoca<sup>71</sup> dal 1756 al 1763, anno quest’ultimo della pace di Parigi che sancì la fine delle ostilità e l’espulsione dei francesi dall’intero territorio del Nord America (fatte salve alcune isole). Tutti i possedimenti Francesi, la c.d. Nuova Francia, passavano sotto controllo inglese, fino al fiume Mississippi, invece i territori oltre il fiume furono ceduti alla Spagna. Napoleone, in seguito, li riconquistò sconfiggendo la Spagna, per poi vendere l’intero territorio della Louisiana agli Stati Uniti nel 1803. Interessante ricordare che durante lo svolgimento della guerra fu ritenuto utile e opportuno, dall’impero inglese e dalle stesse colonie, instaurare una più stretta collaborazione fra le colonie inglesi per fronteggiare più efficacemente l’esercito francese affiancato da alcune tribù indiane. Ebbe così successo il primo tentativo di creare un’organizzazione intercoloniale al fine di portare a termine la guerra.

Le diverse colonie combatterono insieme questa guerra, ognuna fornendo un proprio esercito le cui spese erano però sostenute interamente dal tesoro inglese.

La guerra crebbe nei coloni la fiducia in se stessi, la consapevolezza dei propri interessi e della propria diversità rispetto all’Inghilterra e fornì loro, inoltre, un’esperienza militare di comando che sarà utile nelle successive battaglie. Il conflitto, inoltre, modificò l’atteggiamento inglese nei confronti delle colonie. Venne abbandonato quell’orientamento al *laissez faire* che concedeva di fatto ampia autonomia alle colonie, andando nell’opposta direzione di un incisivo rafforzamento del controllo economico e territoriale delle colonie da parte inglese.

L’Inghilterra iniziò così una politica coloniale più centralizzata, traferendo parte dell’onere finanziario della difesa ai coloni stessi. Anche l’Ovest venne messo sotto il controllo diretto della madrepatria che volle determinare il ritmo e la direzione dei

---

<sup>70</sup> La frase venne coniata nel 1845 dal giornalista John L. O’Sullivan, all’epoca influente sostenitore del Partito Democratico statunitense, per sostenere l’annessione del Texas e dell’Oregon. *Manifest destiny* è un’espressione-slogan che esprimeva la convinzione che gli Stati Uniti avessero la missione “divina” di espandersi in tutto il continente nordamericano, diffondendo la loro forma di libertà e democrazia. La teoria del destino manifesto, un complesso di idee e azioni, fu utilizzata più volte, ad esempio per legittimare la conquista di nuovi territori ad Ovest fino al Pacifico.

<sup>71</sup> Winston Churchill nella sua "*Storia dei popoli di lingua inglese*" la definì come la prima vera guerra mondiale in quanto coinvolse la Gran Bretagna, la Prussia, la Francia, l’Austria, la Russia, e la Spagna nelle fasi finali e fu combattuta non solo in Europa, ma in tutti i continenti dove le potenze europee avevano possedimenti coloniali.

nuovi insediamenti in quelle zone. Le colonie, al contrario, ritenevano di avere il diritto di espandere liberamente l'area dei propri insediamenti e iniziavano a considerare l'intervento restrittivo inglese come un sopruso illegittimo.

Se fino a questo momento, i rapporti con la madrepatria si erano mantenuti complessivamente pacifici (considerandosi i coloni dei sudditi inglesi alla pari, ben integrati nell'impero britannico, visto come un organismo unitario e avvertendo fortemente la necessità della protezione militare offerta dalla madrepatria nei confronti delle altre potenze coloniali europee – Francia *in primis* -), una volta conclusa la guerra dei sette anni, il bisogno di vedersi garantita la sicurezza dalle pressioni e minacce esterne venne meno e iniziarono così gradualmente ad incrinarsi i legami di fiducia ed obbedienza nei confronti dell'Inghilterra.

La guerra contro i francesi, punto di svolta della situazione di complessiva tranquillità nei rapporti colonie-madrepatria, produsse maggiore coesione e solidarietà fra le colonie e fu il germe di una prima espressione di una comune identità.

Il cambiamento si manifestò con una progressiva e sempre più sentita e marcata rottura della condizione di integrazione e di reciproca interdipendenza delle colonie nel sistema economico-commerciale inglese. Questa spaccatura fu determinata da una serie di fattori, in particolare la nuova strategia geo-politica inglese che iniziò ad introdurre un sistema di imposizione di dazi e tributi nei confronti delle colonie nordamericane, che prima ne erano esenti, finalizzato a finanziare le ingenti spese di amministrazione e difesa dell'impero coloniale (e a saldare il pesante bilancio della guerra).

La tendenza accentratrice della madrepatria si esplicò anche attraverso un più incisivo irrigidimento del monopolio commerciale che l'Inghilterra imponeva alle colonie, ma che era stato aggirato con una diffusa pratica del contrabbando che, tollerato nei fatti fino ad un certo momento (quando l'Inghilterra iniziò ad avere difficoltà economiche a mantenere finanziariamente le spese dell'impero coloniale, in seguito, soprattutto, alla guerra dei sette anni), aveva permesso di compensare l'obbligo di commerciare solo con la madrepatria, detentrica di un monopolio assoluto sull'import e sull'export delle colonie americane, e il divieto assoluto di produzione di qualunque manufatto che potesse danneggiare l'industria ed il commercio estero inglese.

Furono soprattutto l'affermazione diretta ed esplicita di un vero e proprio diritto del Parlamento imperiale inglese a tassare le colonie e la conseguente imposizione di tasse e dazi alle stesse, in particolare con il *Sugar Act* del 1764, lo *Stamp Act* del 1765 (tassa di bollo su giornali, atti legali e fatture commerciali), e soprattutto con il *Tea Act* del 1773

(che imponeva il monopolio del tè a favore della Compagnia delle Indie, danneggiando pesantemente l'economia delle colonie), a spezzare definitivamente il legame imperiale e ad accendere la tensione rivoluzionaria<sup>72</sup>. La reazione a questa serie di nuove tasse fu di accesa contestazione; la protesta e il malcontento si estesero progressivamente a tutte le colonie che istituirono comitati di corrispondenza per stabilire una linea d'azione comune a tutte le colonie colpite dagli stessi provvedimenti.

I coloni avvertivano, ormai, qualunque atto deciso dalla madrepatria come un'intromissione insopportabile e ingiusta nella vita delle colonie.

Fu questo il sentimento comune che animò la resistenza organizzata e unitaria, ad esempio con la creazione di alcune organizzazioni popolari come i *Sons of Liberty*, comitati per coordinare le iniziative di protesta nelle colonie e il boicottaggio del commercio inglese.

Il dissenso era sostenuto a partire dal noto principio di derivazione inglese “*No Taxation Without Representation*” e si manifestò con tumulti, boicottaggio, atti intimidatori e organizzazioni segrete di protesta.

A Boston si passò all'azione nel 1774, con la famosa reazione dei coloni alla legge sul tè, conosciuta come *Boston Tea Party*, in cui alcuni giovani coloni, travestiti da indiani, andarono all'arrembaggio di alcuni battelli inglesi, buttando in mare 18.000 libbre di tè.

La risposta inglese fu dura e intransigente, diretta a riportare le colonie alla completa obbedienza attraverso l'emanazione delle cosiddette leggi intollerabili del 1774, indirizzate a punire Boston (con la chiusura del porto e con l'obbligo di rimborsare il valore del tè gettato a mare) e tutto il Massachusetts (privato della propria autonomia con la sostituzione dei funzionari americani con quelli inglesi). Questi atti votati dal Parlamento inglese, in particolare quelli che imponevano tasse ai coloni, erano ormai unanimemente visti come arbitrari e dispotici in quanto nessun rappresentante dei coloni faceva parte del Parlamento di Londra dove venivano votati. Era proprio nella tradizione inglese che il principio “nessuna tassa senza rappresentanza” era stato elaborato e sostenuto e le tredici colonie, intrise come erano di cultura illuministica e consapevoli che la partecipazione e il consenso dei contribuenti nella determinazione delle imposte erano uno dei pilastri fondamentali della libertà inglese, fin dalla *Magna Charta Libertatum* del 1215, rifiutarono di pagare qualunque tassa fosse approvata senza il loro concorso e quindi proposero, in alternativa, di inviare i propri

---

<sup>72</sup> Contribuì ad acuire il malcontento anche il *Quebec Act*, che il Parlamento inglese emanò nel 1774 e che riconosceva come appartenenti al Canada le terre a nord dell'Ohio, verso le quali da tempo tendevano a espandersi i coloni americani.

rappresentanti al Parlamento di Londra o di essere esonerati dal pagamento di qualunque tassa diversamente stabilita<sup>73</sup>. Il governo di Londra rifiutò le richieste di ritiro di tutte le ordinanze liberticide avanzate dai coloni riuniti nel primo Congresso continentale nel settembre del 1774 e lo scontro aperto divenne, a questo punto, inevitabile. Ancora, però, non era emersa la volontà chiara e unanime di staccarsi dalla madrepatria; le posizioni, seppur non concordanti, dei 54 delegati delle colonie, erano, tutto sommato, ancora moderate, in quanto si limitavano a rivendicare la piena autonomia amministrativa dei coloni nei propri affari interni e a imporre il boicottaggio sistematico delle merci inglesi, anche a quegli Americani ancora lealisti alla corona o che non l'avessero praticato spontaneamente. Era ancora prevalente, da parte dei coloni americani, la concezione dell'impero britannico come una sorta di confederazione di entità politiche fra loro indipendenti, tenute insieme solo dalla comune soggezione alla Corona inglese e non anche al parlamento di Westminster, una sorta di *Commonwealth*. Le distinte entità politiche che costituivano l'impero dovevano essere vincolate, unicamente, al rispetto di quelle leggi emanate dalle rappresentanze legislative elettive di ognuna di esse. Al contrario, il Parlamento londinese non riteneva possibile rinunciare alla propria suprema autorità legislativa in ogni angolo dell'impero.

Questa controversia di natura costituzionale sarà decisiva per il distacco delle colonie dall'impero britannico e per lo sviluppo del costituzionalismo americano.

Il processo di radicalizzazione dello scontro era ormai in pieno svolgimento e la battaglia di Lexington, nell'aprile del 1775, dava inizio alla guerra d'indipendenza.

Sarà il secondo Congresso continentale, riunitosi sempre a Filadelfia, fra il maggio del 1775 e il marzo 1781, a costituire, di fatto, una prima ed embrionale forma di governo nazionale degli Stati Uniti, avendo i rappresentanti delle 13 colonie ivi riuniti, deliberato sia l'inizio della guerra che l'organizzazione di un esercito continentale di volontari, *Continental Army*, affidandone il comando al generale George Washington, che coordinò gli sforzi militari delle 13 colonie riuscendo a conseguire la vittoria finale.

---

<sup>73</sup> C.H. McIlwain, "La rivoluzione americana: un'interpretazione costituzionale", Il Mulino, Bologna, 1965.

## 2.2 La Dichiarazione d'Indipendenza: primo atto della storia degli Stati Uniti d'America

In piena guerra, durante il secondo Congresso continentale, fra le varie risoluzioni adottate all'unanimità dai delegati delle 13 colonie, di importanza cruciale è, ovviamente, la Dichiarazione d'indipendenza, adottata il 4 luglio del 1776, il primo grande atto costitutivo/fondativo degli Stati Uniti come popolo, in cui venne proclamata la propria libertà e indipendenza dalla Gran Bretagna<sup>74</sup>.

La Dichiarazione di Indipendenza fu stilata dalla cosiddetta commissione dei cinque (composta da Benjamin Franklin, John Adams, Roger Sherman, Robert Livingstone e Thomas Jefferson, principale redattore della prima bozza), nominata dal Congresso continentale e incaricata della redazione di un documento che sancisse l'indipendenza totale dall'impero inglese. Questo rappresenta un momento importantissimo non solo per la storia degli Stati Uniti (che celebrano il 4 luglio la Festa dell'Indipendenza), ma anche nella storia delle democrazie di tutto il mondo, in quanto costituirà un modello per altri documenti analoghi e una fonte d'ispirazione fortissima per tutte le successive costituzioni liberali e democratiche. Nonostante gli americani, all'epoca, non avessero ancora acquisito compiutamente il senso dell'unità nazionale né creato le istituzioni appropriate e un governo unitario, il Congresso continentale, in questa occasione, si comportò come un governo delle colonie unite in embrione, votando per l'indipendenza, voluta e raccomandata ai propri delegati dalle varie colonie. La Dichiarazione d'indipendenza viene così considerata il vero atto di nascita degli Stati Uniti d'America, ancor prima della Costituzione del 1787, nonostante, nel testo della Dichiarazione, si faccia costantemente riferimento più a Stati liberi ed indipendenti che ad una entità collettiva comune. L'importanza di questo documento è indiscutibile, non solo perché segnò il vero inizio della Rivoluzione (per quanto vi fossero già stati scontri fra i coloni ribelli e l'esercito inglese), ma per i principi di portata universale in essa solennemente proclamati e per essere il primo cruciale passo nel processo di fondazione di una nuova Nazione.

Il valore fondamentale della Dichiarazione sta soprattutto nel trasferimento sul piano della lotta politica e, in seguito, dell'organizzazione statale, di motivi fino ad allora rimasti sul piano teorico-filosofico; si tratta, infatti, di principi dottrinari e culturali

---

<sup>74</sup> D.J. Mahoney, "The declaration of Independence as a Constitutional Document", in *The Framing and Ratification of the Constitution*, MacMillan, New York, 1987.

messi al servizio di una vera ribellione armata. L'impatto e l'influsso di questo documento sarà elevato se si considera che avrà anche profonde ripercussioni sui prossimi eventi francesi e in particolare sulla stesura della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789). Inoltre, essa rappresenta la prima cosciente e vittoriosa reazione alla dominazione, allo sfruttamento coloniale e all'assolutismo dispotico che il re Giorgio III, definito dai ribelli un tiranno, intendeva stabilire nelle colonie. Nella dichiarazione vengono esposte le motivazioni che indussero le colonie a desiderare e dichiarare la propria indipendenza dall'impero inglese. Scopo fondamentale era infatti quello di fornire al mondo intero una chiara giustificazione morale e legale alla ribellione e alla secessione. In gran parte si tratta di un lungo elenco delle ingiustizie commesse contro i coloni dal 1763, attribuite a Re Giorgio III, accusato di aver cercato di stabilire una tirannia assoluta e intollerabile nelle colonie, animate idealmente da uno spirito di libertà e orientate strategicamente alla salvaguardia dei propri interessi, spesso di natura economica.

Ma la fama della Dichiarazione si basa soprattutto sul suo breve preambolo, un'eloquente dichiarazione della filosofia politica che stava alla base dell'affermazione di indipendenza dei coloni, legittimandola agli occhi del mondo, e che costituiva il fondamento ideologico e culturale della loro stessa esistenza e distinta identità<sup>75</sup>.

Il contenuto della Dichiarazione coniugava, in maniera originale, alcune idee di stampo illuministico-liberale, in particolare di derivazione lockiana<sup>76</sup>, facendone una sintesi da applicarsi concretamente alla realtà politica. In essa ritroviamo, miscelati promiscuamente, elementi caratteristici di tre generi di scrittura politica distinti: la dichiarazione d'indipendenza, la dichiarazione dei diritti e il manifesto politico<sup>77</sup>.

Il grande patrimonio di idee e principi che, a partire dalla Dichiarazione d'Indipendenza, forgerà e rispecchierà la cultura politica e giuridica nordamericana, senza dubbio tributaria della matrice culturale europea, soprattutto anglosassone, si rifà, fra gli altri, al pensiero di Locke, Rousseau e Montesquieu.

Si tratta del pensiero giusnaturalistico moderno dei diritti naturali dell'uomo collegato ad un certo deismo illuminista, ma anche del contrattualismo e del repubblicanesimo, della centralità del principio della divisione dei poteri e della funzione del governo

---

<sup>75</sup> B. Bailyn, G.S. Wood, *“Le origini degli Stati Uniti”*, Il Mulino, Bologna, 1987.

<sup>76</sup> T. Bonazzi, *“Un Costituzionalismo rivoluzionario. Il Demos Basileus e la nascita degli Stati Uniti”*, in *“Filosofia Politica”*, dicembre 1991, n.2, pp.283 ss. E' evidente il riferimento all'opera di J. Locke, *“Due trattati sul governo”* (UTET, Torino, 2010) e al diritto del popolo, qui teorizzato, di ribellarsi all'autorità costituita qualora questa trascuri o calpesti il conseguimento dei fini per i quali il popolo l'ha istituita e ha riposto in essa un potere fiduciario.

<sup>77</sup> D. Armitage, *“La Dichiarazione d'indipendenza. Una storia globale”*, Utet, Torino, 2008.

garantista delle libertà dei cittadini, dell'individualismo e del comunitarismo, del diritto alla ribellione e all'autodeterminazione e autonomia di popoli ed individui.

Questi molteplici elementi di continuità rispetto alla tradizione filosofico-culturale europea, e inglese soprattutto, trovano nell'interpretazione americana una sintesi originale, una versione autonoma e autentica, una combinazione inedita in grado di discostarsi e differenziarsi dalla matrice culturale ereditata dal Vecchio continente.

La Dichiarazione superava, manifestamente, come portata e contenuto, una semplice notificazione pubblica di secessione.

I concetti in essa formulati ispirarono un fervore generale alla rivoluzione, anche nel sentimento popolare, rafforzando, in particolare, la forte convinzione che i governi debbano esistere per i popoli, e non i popoli per i governi<sup>78</sup>.

Nella Dichiarazione troviamo la proclamazione dei diritti naturali dell'uomo come "verità di per se stesse evidenti" (discendenti dalla legge naturale e divina, unitamente al principio di uguaglianza formale) e dei fini generali e legittimi del governo: assicurare a tutti gli individui il godimento dei diritti naturali (fra questi la vita, la libertà e la ricerca della felicità). L'affermazione solenne dei diritti inalienabili e, contestualmente, dell'eguaglianza, la sovranità popolare, la partecipazione politica, l'autodeterminazione dei popoli, l'emancipazione da ogni forma di tirannia e la necessità/ legittimità del conflitto con un governo liberticida illegittimo, saranno i valori politici fondamentali di respiro universale presenti nella Dichiarazione.

Si legge, infatti, che i governi, i cui poteri derivano dal consenso dei governati, sono istituiti allo scopo di garantire i diritti inalienabili di cui tutti gli uomini sono dotati, in quanto creati uguali dal Creatore. Qualora i fini per cui i governi sono stati fondati dovessero essere da questi disattesi, sarà diritto del popolo modificarli o distruggerli e creare nuovi governi, idonei alla garanzia della propria libertà e al raggiungimento della propria sicurezza e felicità.

---

<sup>78</sup> L'idea di un governo istituito dal popolo, per le esigenze esclusive di questo, nonché di una costituzione, istitutiva di tale governo, come documento pensato, voluto e sottoscritto dal popolo e per il popolo, è originariamente presente nel famoso *pamphlet* di un rivoluzionario e intellettuale inglese noto come uno dei Padri Fondatori degli Stati Uniti d'America, Thomas Paine, "*The rights of man for the use and benefits of all mankind*", Eaton, London, 1795, p.85 e p.91. Il ruolo di Paine fu rilevante soprattutto per il suo *Common Sense* ("Senso comune", Liberilibri, Macerata, 2006), un *pamphlet* pubblicato per la prima volta il 10 gennaio 1776 e rivolto a tutti i cittadini delle colonie, mirante a convincerli della necessità di ottenere un'indipendenza immediata dall'Impero britannico; Paine ha quindi appoggiato e incoraggiato, con i suoi scritti, le rivolte dei coloni contro re Giorgio III e ha contribuito, inoltre, alla stesura della Costituzione americana. L'idea venne poi ripresa e resa famosa dal celebre discorso di A. Lincoln, nella chiusura del suo *Gettysburg Address* (19 novembre 1863): "Sta a noi il votarci qui al grande compito che ci è dinnanzi: [...] che questa nazione, guidata da Dio, abbia una rinascita di libertà; e che l'idea di un governo del popolo, dal popolo, per il popolo, non abbia a perire dalla terra". Cfr. J. Murphy, "*The Long Road to Gettysburg*", Clarion Books, New York, 1992, p.105.

Se i principi religiosi, filosofici e politici che hanno influenzato, se non forgiato, il pensiero dei ribelli, avevano indubbiamente profonde radici nella cultura europea, seppur coniugati in un'espressione originale, questi stessi principi, una volta che sono stati impiegati vittoriosamente dai coloni per legittimare idealmente la secessione e l'indipendenza dalla dominazione britannica, affronteranno un movimento inverso, ovvero l'onda lunga della guerra d'indipendenza americana si riverserà in Europa, influenzando, prima di tutto, la Francia rivoluzionaria<sup>79</sup>.

La filosofia politica della Dichiarazione susciterà le simpatie dell'opinione pubblica europea più illuminata e l'appoggio ufficiale della Francia e della Spagna che interverranno anche militarmente in appoggio delle forze rivoluzionarie americane.

Fu grazie all'aiuto ricevuto e all'abilità strategica di Washington che l'esercito continentale riuscirà ad infliggere dure perdite all'impero britannico, dalla vittoria di Saratoga (1777) fino alla sconfitta finale a Yorktown nel 1781. La Gran Bretagna, non più in grado di portare avanti la guerra, fu costretta alla resa e a iniziare i negoziati che si conclusero con la stipula del Trattato di pace di Versailles il 3 settembre del 1783.

I confini dei neonati Stati Uniti vennero fissati ad ovest dal fiume Mississippi, a nord dai Grandi Laghi (il Canada rimaneva all'Inghilterra) e a sud dalla Florida, ceduta alla Spagna.

Al di là degli esiti della guerra e del contenuto negoziale del Trattato, conta sottolineare come la rivoluzione americana costituisca uno spartiacque epocale nella storia moderna in quanto evento iniziale di una stagione di rivoluzioni liberali dalle quali emergeranno i fondamenti politici e giuridici delle democrazie contemporanee. Inoltre questa rappresenta il primo caso di lotta nazionale, dall'esito vittorioso, che spezza un legame coloniale e sigla l'atto di nascita di una futura grande potenza a livello mondiale.

Occorre ricordare che, ancor prima della Dichiarazione d'Indipendenza, il Congresso continentale aveva adottato una risoluzione, il 15 maggio 1776, che raccomandava alle colonie l'adozione di costituzioni popolari. Fu questo, in realtà, il momento cruciale in cui, per la prima volta, la sovranità della Corona inglese venne formalmente ed interamente contestata e venne proclamata, al suo posto, quella di ognuna delle tredici colonie che la proclamarono nelle rispettive nuove costituzioni.

L'indipendenza, infatti, non fu semplicemente l'atto conclusivo di una guerra di liberazione da una dominazione straniera e il contenuto di un documento contrattuale

---

<sup>79</sup> R. Kirk, *“Le radici dell'ordine americano. La tradizione europea nei valori del Nuovo Mondo”*, Mondadori, Milano, 1996.

sottoscritto da una assemblea internazionale di delegati, ambasciatori delle diverse colonie, ma, piuttosto, un processo avviato proprio a partire dall'adozione di nuove costituzioni da parte di ogni colonia, nel periodo 1774-'76.

Il principale scopo della rivoluzione era quello di assicurarsi la *indipendence-state sovereignty*<sup>80</sup>, da realizzarsi, primariamente, all'interno di ogni singola colonia dalla ben radicata e distinta individualità.

L'inizio del costituzionalismo americano - i suoi pilastri ideologici e il fulcro della sua storia - può essere rintracciato nelle costituzioni che le colonie adottarono ancor prima della conclusione della guerra. Estremamente significativo, per l'analisi giuridico-costituzionale, è infatti il processo di preparazione dei documenti costituzionali da parte di commissioni o convenzioni appositamente elette nelle colonie e la loro successiva ratifica ad opera di tutto il corpo elettorale (questo diventerà uno degli aspetti più originali del sistema di modificazione della Costituzione dei futuri Stati Uniti).

Fu questa la ragione per cui tali costituzioni iniziarono a venir considerate superiori alle leggi ordinarie approvate dalle assemblee e si prospettò più concretamente l'idea di un governo limitato e soggetto alla costituzione. Alcuni Stati riadattarono e modificarono le carte coloniali (statuti, *Charters*, emanati o concessi dalla corona inglese), altri le riscrissero completamente, ma in entrambi i casi le nuove costituzioni si basavano sui documenti coloniali che, già all'epoca, non erano modificabili per volontà dell'Assemblea legislativa (questa veniva eletta dalla comunità coloniale in base ad un diritto di voto fondato sulla proprietà).

A tali assemblee spettava il potere di emanare le leggi (queste, in epoca coloniale, dovevano rispettare i principi fondamentali della *Common law* e le leggi inglesi, pena la nullità che le Corti di giustizia coloniali avevano il compito di accertare) e soprattutto il potere esclusivo di aumentare o ridurre le tasse. Il potere esecutivo era invece esercitato dai governatori e dai loro consigli, che erano di nomina imperiale nella maggior parte delle colonie. Il governatore era comandante in capo e supremo amministratore civile e aveva la facoltà di convocare, aggiornare o sciogliere l'assemblea, nonché di porre il veto agli atti di legge emanati dalle Assemblee o porli all'attenzione del governo imperiale.

Esisteva, inoltre, un principio di accertamento giudiziario della illegittimità statutaria delle leggi affidato alle Corti coloniali<sup>81</sup> che rappresenta l'embrione della *Judicial*

---

<sup>80</sup> G.S. Wood, "The creation of the American Republic 1776-1787", North Carolina Press, Chapel Hill, 1969.

*review* che si affermerà più tardi e che costituirà una delle “invenzioni” più originali e significative che trovano attuazione pratica nel costituzionalismo statunitense. Contro le decisioni delle massime autorità giudiziarie coloniali esisteva la possibilità di attivare un ricorso al *Privy Council* di Londra che fungeva da Giudice supremo unico per tutte le colonie<sup>82</sup>.

Era questo, grossomodo, lo schema unico adottato dai governi coloniali e il punto di partenza comune per l'adozione di nuove costituzioni durante gli anni della rivoluzione o subito dopo.

Tutte le nuove costituzioni erano imperniate su alcuni principi fondamentali: sovranità popolare, governo della legge, eguaglianza dei diritti, governo rappresentativo; le differenze principali rispetto alle vecchie Carte coloniali – oltre, ovviamente, all'espulsione di ogni riferimento al re - stavano nel fatto che il governatore veniva ormai eletto dalle assemblee legislative o direttamente dall'elettorato e che i Consigli, a cui prima poteva rivolgersi per svolgere compiti a lui spettanti, vennero sostituiti da una seconda camera della legislatura, ottenuta anch'essa tramite elezioni. Tali Costituzioni<sup>83</sup> rappresentano, da un lato, il culmine dell'esperienza coloniale, riassumendone la ricca esperienza di autogoverno e rafforzando le istituzioni già esistenti e largamente basate sul consenso popolare, dall'altro esse costituirono la base su cui verranno concepiti gli Articoli di Confederazione e poi la Costituzione degli Stati Uniti<sup>84</sup>.

La creazione di governi separati, liberi e indipendenti con la secessione dall'impero inglese e la contestuale formazione dei tredici nuovi Stati sovrani fu un passo

---

<sup>81</sup> Le Corti coloniali erano composte da giudici che non godevano, come in Inghilterra, del privilegio del mandato a vita ed erano talvolta eletti dall'Assemblea legislativa.

<sup>82</sup> G. Bognetti, “*Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti, I, La Costituzione liberale*”, Giappichelli, Torino, 1998.

<sup>83</sup> Le Costituzioni che sostituirono gli Statuti regi concessi dall'alto, erano tutte votate da assemblee popolari ed erano caratterizzate da una certa “rigidità”, contenevano una lista di diritti fondamentali e configuravano una certa divisione dei poteri. Le nuove Costituzioni non contenevano, tutto sommato, radicali innovazioni rispetto ai *Charters* coloniali e il passaggio ai nuovi assetti istituzionali, dopo la proclamata indipendenza, non segnò uno strappo evidente col passato, ma piuttosto prevalse una significativa continuità. Ad esempio la lista dei diritti fondamentali “costituzionalizzati” includeva, per lo più, le libertà già garantite dalla *Common law* inglese e che le Carte coloniali avevano sottratto alla discrezionalità delle Assemblee. Le libertà civili e politiche non erano quindi da instaurare *ex novo*; non c'erano nemmeno dei veri e propri ceti privilegiati chiusi o corporazioni da eliminare.

Non si può però trascurare il fatto che il numero di sudditi “lealisti” alla Corona fu cospicuo durante tutte le fasi della ribellione alla madrepatria e che questo costituì un serio motivo di divisione all'interno delle Colonie unite nella rivoluzione, tanto da prospettare, secondo alcuni, una vera e propria guerra civile che si sarebbe svolta parallelamente alla guerra per l'indipendenza. Molti di questi notabili lealisti, fedeli a sua Maestà, furono messi al bando e costretti ad emigrare in Canada. Le loro proprietà terriere vennero confiscate, ma le violenze di questa fase non sono comunque paragonabili a quelle che insanguineranno, di lì a poco, la Francia rivoluzionaria.

<sup>84</sup> D.S. Lutz, “*The origins of American Constitutionalism*”, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1988.

importante nel processo di unificazione che, superando l'esperienza confederale, culmina, formalmente, nell'adozione della Costituzione federale del 1787.

### **2.3 L'esperienza Confederale e la *Convention* di Filadelfia**

Il percorso di unificazione statunitense consta di diverse fasi; il punto di partenza sono le 13 colonie sotto la dominazione inglese, il passaggio successivo, come abbiamo visto, è stata la conquista dell'indipendenza a seguito di una sorta di guerra di liberazione nazionale (nonostante la Nazione, come evidenziato, ancora non esistesse in alcun modo, essendo questa, semmai, il prodotto, anche se non immediato, della rivoluzione). Il carattere essenziale della rivoluzione fu infatti quello di essere una rivoluzione costituzionale<sup>85</sup> a favore della libertà e contro la tirannia e l'oppressione politica di una potenza coloniale straniera. Obiettivo primario della rivoluzione fu, appunto, la creazione di entità politiche separate, libere e indipendenti, gli Stati, che avessero una piena sovranità, e così fu.

Con la Dichiarazione d'indipendenza e la contestuale adozione di costituzioni statali scritte, nonché con il successivo riconoscimento internazionale di tale indipendenza attraverso il Trattato di pace di Versailles, la missione sembra compiuta.

Una volta che le tredici colonie originarie si trasformano in Stati liberi, capaci di autogovernarsi pienamente, affermare i propri valori costituzionali e governare in base ad essi e al consenso popolare, il processo "rivoluzionario" di trasformazione profonda sul piano giuridico-costituzionale non è in realtà affatto concluso in Nord America.

Sappiamo che la formazione di uno Stato unitario a forte decentramento (lo Stato federale) non fu per niente un processo rapido, lineare e semplice, non essendo questo nemmeno l'intento dei coloni rivoluzionari all'epoca delle prime fasi della ribellione all'Inghilterra imperiale.

Se il punto d'arrivo di questo processo è rappresentato dalla creazione dello Stato federale con la Costituzione del 1787, non possiamo, però, assolutamente trascurare l'interposizione significativa di un momento intermedio tra la costituzione di una pluralità di Stati indipendenti e la fondazione di uno Stato federale che li ricomprendesse tutti: l'istituzione di una Confederazione di Stati.

---

<sup>85</sup> N. Matteucci, *La Rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1987.

Già prima dell'indipendenza le tredici colonie avevano cominciato a riunirsi in un Congresso unitario per concertare la gestione degli affari comuni. Da subito si configurò la consapevolezza dell'utilità e necessità di unire le forze e agire insieme per la risoluzione ottimale di alcuni problemi generali, primi fra tutti i rapporti con la Madrepatria e la conduzione della guerra.

Prima occasione in cui i delegati delle diverse colonie si riunirono per discutere possibili soluzioni a problemi comuni, fu il Congresso di Albany nel 1754. In questa circostanza la questione urgente da affrontare congiuntamente era la difesa dalla minaccia dei francesi e degli indiani durante la guerra franco-indiana. Si trattò di un incontro di rappresentanti inviati dalle legislature di sette delle colonie britanniche per esaminare le migliori relazioni da tenere con le tribù di nativi americani e le misure di difesa comuni contro la minaccia francese, ma fu anche la prima volta in cui si discuteva di una possibile unione formale.

Si tratta del c.d. *Albany Plan of Union* stilato da Benjamin Franklin per la creazione di un governo unificato coloniale<sup>86</sup>. Il fallimento del piano, rifiutato dalle assemblee coloniali che non intendevano cedere il benché minimo potere anche se ad un organismo da essi stessi creato e controllato, non pose, però, fine agli incontri fra i delegati delle diverse colonie che divennero sempre più importanti e frequenti durante il primo e, soprattutto, il secondo Congresso continentale. Tale organismo ebbe un ruolo di primo piano nel processo che portò alla costituzione degli Stati Uniti d'America.

Abbiamo visto che il Congresso continentale, inizialmente, come organo di coordinamento delle colonie, si occupò delle relazioni con l'Inghilterra, sempre più problematiche e compromesse, e successivamente dell'organizzazione pratica della guerra e della proclamazione dell'indipendenza. Il suo contributo alla causa americana non finisce qui.

Il Congresso continentale<sup>87</sup>, infatti, nel giugno del 1776 istituì la "Commissione dei tredici" incaricata di redigere un piano di Confederazione stabile fra gli Stati che

---

<sup>86</sup> Il piano, illustrato e sostenuto con la famosa frase "Join or Die" della caricatura politica di Franklin, prevedeva l'istituzione di un'assemblea permanente delle colonie unite, presieduta da un governatore (esecutivo unitario) nominato dal re, responsabile delle relazioni con i nativi, della preparazione militare e dell'esecuzione delle leggi che regolavano commercio ed attività finanziaria. Istituiva un legislativo, il Gran Consiglio, da selezionare tra le legislature coloniali, il cui numero di delegati doveva essere proporzionato alle tasse pagate da ciascuna colonia. I delegati approvarono il piano all'unanimità, nonostante il piano andasse oltre lo scopo del Congresso, ma successivamente le assemblee di sette colonie lo rifiutarono per non dover rinunciare ad alcuni poteri e a causa di conflitti esistenti fra le colonie. Nonostante il fallimento del piano, molte sue caratteristiche verranno riprese e incorporate negli Articoli della Confederazione e nella Costituzione federale.

<sup>87</sup> Occorre ricordare la natura di questo organismo: una assemblea di ambasciatori degli Stati che votava all'unanimità secondo la regola ogni Stato un voto.

avevano appena raggiunto l'indipendenza. Nel novembre del 1777, dopo lunghi mesi di discussione, vennero approvati gli *Articles of Confederation* dal secondo Congresso continentale, ma la ratifica da parte di tutti gli Stati avvenne solo più tardi, e l'entrata in vigore dovette aspettare l'approvazione dell'ultimo Stato, il Maryland, il primo marzo del 1781<sup>88</sup>.

Tale Confederazione si presentava, formalmente, come un'organizzazione internazionale, un patto fra Stati sovrani che doveva dare vita, attraverso la stipula e firma di un Trattato internazionale (*The Articles of Confederation*), ad una unione stabile fra di essi per il perseguimento di specifici interessi comuni, ritenuti più efficacemente salvaguardati unendo le forze e agendo congiuntamente attraverso un soggetto sovranazionale.

La natura di questa unione era una "lega di mutua amicizia" tra gli Stati, ritenuta indispensabile a tutelare l'autonomia appena conquistata da ciascuno e, nello stesso tempo, rafforzare l'alleanza ideologica, politica e bellica che li aveva portati alla vittoria e alla conquista della libertà.

L'unione perpetua era stata istituita unicamente per il perseguimento di determinati fini ed il soddisfacimento di specifici interessi riconosciuti comuni, che difficilmente si riteneva potessero essere soddisfatti dai singoli Stati isolatamente. Gli scopi del nuovo ordinamento politico istituito con gli Articoli di Confederazione erano la comune difesa, la sicurezza delle libertà, il conseguimento di una prosperità generale e la reciproca assistenza contro qualsiasi tipo di violenza rivolta ad uno dei suoi membri<sup>89</sup>. Gli Stati conservavano la propria sovranità, libertà e indipendenza così come previsto dall'atto istitutivo, vedendosi sottratti soltanto limitati poteri politici che espressamente venivano attribuiti a un'autorità centrale e sovraordinata (limitatamente alle competenze espressamente devolute dai soggetti deleganti, gli Stati fondatori), il Congresso degli Stati Uniti<sup>90</sup>, unico organo previsto dal patto, non essendoci alcuna previsione della separazione delle funzioni.

Gli Stati potevano inviare dai due ai sette rappresentanti, ma disponevano paritariamente di un solo voto. Il Congresso era investito di funzioni importanti come la politica estera e la difesa. Tuttavia l'attività del Congresso era fortemente condizionata dagli Stati e compromessa da gravi problemi e debolezze istituzionali.

---

<sup>88</sup> M. Jensen, "*The Articles of Confederation: An Interpretation of the Social-Constitutional History of the American Revolution, 1774-1781*", University of Wisconsin Press, Madison, 1963.

<sup>89</sup> Art. III degli *Articoli di Confederazione e unione perpetua* (15 novembre 1777).

<sup>90</sup> Art. II degli *Articoli di Confederazione e unione perpetua* (15 novembre 1777).

Il Congresso era un organo monocamerale che deliberava, di regola, con la maggioranza di nove Stati su tredici e all'unanimità per le modifiche degli Articoli di Confederazione (ogni emendamento agli Articoli doveva poi passare per la ratifica da parte degli organi competenti di ogni singolo Stato, che in questo modo sentiva di salvaguardare la propria sovranità).

I delegati che gli Stati inviavano al Congresso (ogni Stato aveva il diritto di esprimere un solo voto) erano nominati, revocati e stipendiati a discrezionalità del singolo Stato di provenienza, facendone, in tal modo, cariche dal ruolo ambivalente.

La Confederazione, inoltre, non disponeva di risorse finanziarie proprie, non aveva la facoltà di imporre tasse o regolare il commercio imponendo dazi doganali ed era quindi costretta a richiedere finanziamenti agli stati per ogni sua attività, contributi che non sempre venivano elargiti. Mancava la previsione di diretti poteri di imposizione fiscale e le fonti di finanziamento della Confederazione non erano autonome, ma rappresentate dai contributi, volontari, dei vari Stati. Era previsto che tutte le spese per la comune difesa, compreso il bilancio di guerra, fossero messe a carico di un tesoro alimentato dai vari Stati in proporzione al valore delle terre possedute, ma il Congresso non aveva i mezzi per imporre le sue richieste ed esigerne il rispetto.

Non esisteva un vero e proprio organo esecutivo e i comitati *ad hoc*, i primi dipartimenti esecutivi autorizzati dal Congresso, creati per rispondere alle varie esigenze della Confederazione, non avevano il potere di imporre le proprie direttive; le decisioni prese derivavano la propria efficacia esclusivamente dalla diversa disponibilità degli Stati a sottostarvi.

Anche se la Confederazione aveva l'esclusivo potere di dichiarare guerra e concludere la pace, avendo ampi poteri in politica estera e militare, le truppe continuavano ad essere organizzate e fornite dagli Stati.

Ci troviamo ancora nell'ambito dei rapporti di diritto internazionale in quanto la Confederazione, associazione di Stati, non aveva alcun potere diretto sui cittadini, ma unicamente sugli Stati membri. Erano gli Stati gli unici soggetti che dovevano ritenersi vincolati all'osservanza delle decisioni prese dagli Stati Uniti adunati in Congresso che, come detto, mancavano però di strumenti adeguati ed efficaci per costringere gli Stati ad adempiere ai doveri confederali. Gli Articoli, inoltre, conferivano al Congresso il potere di decidere, in ultima istanza, tutte le controversie, in atto o future, sorte tra due o più Stati, relative a qualunque oggetto, in particolare ai conflitti territoriali.

Le potenzialità di sviluppo in senso federale dell'ordinamento confederale non mancavano<sup>91</sup>, ma l'incapacità del congresso ad agire anche nelle materie di sua competenza esclusiva, metteva seriamente in dubbio il funzionamento del sistema.

La nuova struttura governativa rivelò da subito la sua endemica debolezza e grave inefficienza.

Il Congresso si trovò presto a fronteggiare una situazione di forte conflittualità fra gli Stati, alimentata da disaccordi sulla divisione delle terre ad ovest e da rivalità commerciali, senza riuscire a porvi rimedio.

In una situazione così problematica, aggravata dalla presenza minacciosa dell'Inghilterra in Canada e ad ovest, e della Spagna a sud, ed essendo ormai consapevoli del malfunzionamento della Confederazione, nel 1786, venne convocato un incontro ad Annapolis con l'obiettivo specifico di emendare gli Articoli di Confederazione nella direzione di un chiaro rafforzamento dei poteri del governo centrale. L'incontro fallì ma si rimandarono i lavori ad una nuova convenzione. Si susseguirono diversi tentativi falliti di emendare gli Articoli di confederazione ma la clausola dell'unanimità, per quanto assai rispettosa della volontà degli Stati, rendeva particolarmente difficile la profonda revisione che si intendeva fare.

Soltanto durante la convenzione riunitasi a Filadelfia, da giugno a settembre del 1787, una cinquantina di delegati statali riuscì nell'impresa. Ma si andò ben oltre la semplice modifica del patto confederale, comportandosi, nella sostanza, da assemblea costituente, la Convenzione elaborò il progetto compiuto di un autentico nuovo Stato, lo Stato federale o Federazione<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> Alcuni elementi del Patto confederale verranno ripresi dalla Costituzione federale del 1787, nell'ottica di una più incisiva centralizzazione del potere. Cfr. S.Ortino, *“Introduzione al diritto costituzionale federativo”*, op. cit.

<sup>92</sup> A. D'Atena, *“Approfondimenti di diritto costituzionale”*, Giappichelli, Torino, 2012.

## Capitolo III

### I TRATTI CARATTERISTICI DELLA COSTITUZIONE FEDERALE. GENESI E PRIMI SVILUPPI

#### 3.1 Motivi ideali e obiettivi per una “*more perfect Union*”.

“La storia della Costituzione degli Stati Uniti d’America è la storia di un successo straordinario”<sup>93</sup>. I motivi di questa ineguagliabile riuscita sono diversi e tutti hanno concorso a far sì che il Nord-America passasse da colonia a superpotenza in un tempo relativamente breve.

I cambiamenti conosciuti da questo territorio sono stati enormi ma il dato straordinario è che sono rimasti tutti iscritti nel quadro costituzionale disegnato a fine settecento.

Quella che qui analizziamo è infatti la più antica Costituzione scritta oggi vigente che è stata in grado di sopravvivere ad oltre due secoli di storia, superando crisi politiche, sociali ed economiche, eventi storici dalla grossa portata come, solo ad esempio, due guerre mondiali, e mutamenti socio-culturali anche profondi, mantenendo sostanzialmente inalterate le sue strutture costituzionali fondamentali.

Sarà interessante comprendere i motivi di questo singolare trionfo costituzionale soprattutto se paragonato alla frequenza e alla portata con cui altre Costituzioni democratiche sono state modificate o perfino completamente, o quasi, riscritte, anche in un lasso di tempo molto più breve dal momento della loro prima redazione.

L’importanza della Costituzione degli Stati Uniti sta, anche, nell’aver segnato l’inizio di una nuova era nella storia del costituzionalismo e un punto di riferimento e di ispirazione costante nella storia delle democrazie moderne.

Vedremo quali sono i principi e valori che in questa Costituzione hanno trovato una loro prima espressione attuativa e che da quel momento in poi hanno iniziato ad affermarsi ed a svilupparsi anche in altri ordinamenti come elementi imprescindibili di un governo democratico, accanto, però, occorre ribadirlo, ad alcuni tratti fortemente caratterizzanti

---

<sup>93</sup> L. Levi, “*La federazione: costituzionalismo e democrazia oltre i confini nazionali*”, saggio introduttivo ad A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, “*Il federalista*” (a cura di M. D’Addio, G. Negri), il Mulino, Bologna, 1997, cit. p.9.

l'ordinamento statunitense che, unite alle peculiarità del percorso storico intrapreso, lo rendono una soluzione non semplicemente atipica, ma unica<sup>94</sup>.

Studiare la Costituzione statunitense, quindi, non significa semplicemente occuparsi di un ordinamento e un diritto straniero, ma riflettere su elementi e questioni di respiro costituzionale generale ed universale, che accomunano diversi ordinamenti occidentali contemporanei, anche se, in alcuni casi, solo a livello di dibattito dottrinale.

In tanti si interrogano, inoltre, sulla relazione esistente tra la forma di governo ideata oltre duecento anni fa e la progressiva, e apparentemente inarrestabile, ascesa degli Stati Uniti nella gerarchia del potere mondiale, che li ha portati ad occupare, da una posizione inizialmente marginale e defilata, i primi posti, se non, addirittura, ad assurgere a Stato più potente della terra<sup>95</sup>.

Lo Stato federale statunitense non è stato semplicemente il prodotto spontaneo dell'evoluzione storica dell'esperimento confederativo - nonostante sia necessario partire dall'analisi di quel precedente, dalle finalità attribuitevi alle cause del suo fallimento, per una completa comprensione dell'assetto federale successivamente congegnato -, ma il risultato di una durissima battaglia politica per attuare una profonda riforma istituzionale di una Confederazione giunta al collasso.

Vi è stato, infatti, un acceso dibattito e un duro scontro di posizioni che, soltanto dopo quattro mesi di animate e calde riunioni dei delegati statali a Filadelfia e a seguito di inevitabili compromessi e soluzioni di mediazione raggiunti, culminò con l'elaborazione nel 1787 della Costituzione degli Stati Uniti d'America. La battaglia è proseguita fino, in realtà ben oltre, alla ratifica, richiesta per l'entrata in vigore, di nove dei tredici Stati originari, avvenuta nel giro di un anno.

La famosa raccolta di articoli di giornale, *The Federalist*, fu concepita, infatti, appositamente per illustrare, sostenere e promuovere la ratifica della nuova Costituzione da parte di quegli Stati, in particolare quello di New York, in cui l'opposizione antifederalista alla Costituzione era molto forte.

Gli autori, Hamilton, Jay e Madison, tutti sotto lo pseudonimo di *Publius*, furono mossi dal forte desiderio di far comprendere a tutti i vantaggi della nuova forma di governo appena escogitata, mostrando come essa fosse il risultato di un disegno politico avente

---

<sup>94</sup> R.A. Dahl, "Quanto è democratica la Costituzione americana?", Editori Laterza, Roma-Bari, 2003, (Ed. originale "How democratic is the American Constitution?", Yale University Press, New Haven, 2001).

<sup>95</sup> L. Levi, "La federazione: costituzionalismo e democrazia oltre i confini nazionali?", op.cit.

per scopo la sconfitta delle divisioni e dell'anarchia tra gli Stati e la fine di abusi, ingiustizie e malfunzionamento dei governi statali.

La loro grande opera propagandistica ottenne l'esito da essi sperato, riuscendo a persuadere gli Stati più restii ad accettare la nuova Costituzione e diventando, ben presto, il più autorevole e completo commentario di quella Costituzione; è inoltre riuscito a mantenere vivo, fino ad oggi, l'interesse e l'attualità dei temi politici affrontati, diventando un classico degli studi sul costituzionalismo.

Per comprendere le linee fondamentali di quel disegno politico, in realtà non ideato chiaramente in anticipo, ma emerso, con difficoltà, divisioni, incertezze ed esiti di compromesso, contraddittori ed ambigui, in alcuni casi discutibili, dagli incontri dell'assemblea di Filadelfia, abbiamo cercato di inquadrare il contesto storico, politico ed ideale che ha senza alcun dubbio condizionato profondamente le scelte operate in tale sede dai 55 delegati degli Stati, uomini dall'elevato livello di cultura politica riconosciuto<sup>96</sup>.

Il testo approvato, dopo duri dibattiti e opposte vedute, consta solo di sette articoli che fanno della Costituzione statunitense un documento scritto relativamente breve<sup>97</sup>.

Tra gli elementi costitutivi fondamentali del quadro politico-istituzionale disegnato dalla Costituzione del 1787, il nuovo modello di Stato federale, sicuramente, ne rappresenta la chiave di lettura e la colonna portante principale<sup>98</sup>.

La Costituzione prevede, infatti, un governo federale centrale dotato di una propria sovranità, parallela, distinta e complementare a quella dei singoli Stati membri.

Il nuovo ordine politico scaturito dal patto costituzionale, rivelatosi particolarmente duraturo e stabile rispetto al più turbolento e incerto processo di democratizzazione conosciuto, molto successivamente, in Europa, si è dimostrato capace, attraverso quella particolare strutturazione federale dello Stato e del potere, all'epoca inedita, di tenere legate due esigenze potenzialmente antitetiche. L'innovazione sta difatti nell'aver

---

<sup>96</sup> Lo stesso Jefferson definì la Convenzione addirittura "un'assemblea di semi-dei" in "Jefferson to Adams", 30 agosto 1787, in L. Cappon (a cura di), "Adams-Jefferson Letters", Chaper Hill, University of North Carolina Press, 1959, voll, p.196.

<sup>97</sup> I primi dieci emendamenti alla Costituzione, conosciuti come il *Bill of rights*, furono approvati dal Congresso e ratificati dal numero richiesto di Stati per l'entrata in vigore già nel 1791. Lo scopo di questi articoli, fortemente voluti dalle forze antifederaliste del Paese, preoccupate dalla sentita minaccia rappresentata dal nuovo governo centrale per l'indipendenza e i diritti degli Stati e dei propri cittadini, fu quello di ribadire la natura limitata dei poteri devoluti al *federal government* attraverso l'affermazione delle libertà individuali intese come vincoli e limiti per lo Stato centrale e non anche per gli Stati membri.

<sup>98</sup> La centralità del federalismo nella Costituzione non viene inficiata dall'apparente scarsa, sommaria, indiretta o implicita trattazione che in essa riceve. Oltre al X Emendamento, infatti, e a pochi altri riferimenti fatti ai divieti imposti direttamente al potere degli Stati, la Costituzione è interamente dedicata alla disciplina complessiva e generale del *federal government*.

saputo coniugare efficacemente, tramite la flessibilità propria delle istituzioni federali, da una parte la necessità di costituire un nuovo Stato, forte e autorevole, che fosse in grado di fronteggiare le molteplici minacce rispetto alle quali il precedente ordine confederale si era dimostrato affatto risolutivo e strutturalmente debole e, dall'altra, la ferma volontà di preservare l'autogoverno delle singole comunità statati e locali e gli amplissimi spazi di autonomia di cui esse godevano fin dall'epoca coloniale, poi accresciuti e formalizzati con le conquiste rivoluzionarie<sup>99</sup>.

La Costituzione, come anticipato, fu il frutto di una serie considerevole di compromessi, inevitabili se si considera l'estremo livello di conflittualità fra volontà e interessi differenti e divergenti espressi dai rappresentanti dei diversi Stati e quindi non può essere vista come corrispondente ad un disegno politico preciso, concepito integralmente a monte di quel processo decisionale di natura sostanzialmente costituente.

L'accordo finale sulla nuova forma di governo federale fu faticosamente raggiunto in primo luogo dalle due correnti politiche rivali nella Convenzione, i federalisti e gli antifederalisti. L'esito conciliatorio fu conseguito, cioè, fra chi voleva creare uno Stato unitario ed eliminare, o quantomeno ridurre fortemente, il potere dei tredici Stati e chi, all'opposto, premeva per un miglioramento efficientistico della Confederazione senza però limitare la sovranità insopprimibile degli Stati.

Il compromesso federale scaturito dalla composizione di queste forze rivali rappresenta uno degli elementi fondamentali e innovativi della Costituzione, probabilmente quello centrale.

Il federalismo, infatti, rappresenta indubbiamente una chiave di lettura importantissima per l'intera storia costituzionale e politica degli Stati Uniti.

È intorno a questo tema fondamentale che nascono, già durante i lavori della Convenzione, i contrasti fra le diverse interpretazioni del rapporto tra Stato federale e Stati membri che proseguiranno anche dopo l'approvazione della Costituzione, andando ad animare i due fronti politici ideologicamente contrapposti dell'epoca, i federalisti-centralisti, come Hamilton, e gli antifederalisti-autonomisti, come Jefferson.

Lo scontro politico fra chi promuoveva la necessità di un accentramento dei poteri in capo alla federazione e chi, viceversa, vi si opponeva strenuamente in nome della salvaguardia dei diritti degli Stati e delle libertà dei cittadini, non raggiungerà mai un

---

<sup>99</sup> L.M. Bassani, *“Dalla rivoluzione alla guerra civile. Federalismo e Stato moderno in America 1776-1865”*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009.

punto definitivo di mediazione e composizione, ma si riproporrà ripetutamente nella storia degli Stati Uniti. La Costituzione deve essere infatti considerata “come l’inizio, ma non la fine, di una ricerca della sovranità popolare che dura fino ad oggi”<sup>100</sup>; la Costituzione rappresenta, in altri termini, una mappa che contiene le indicazioni generali per la ricerca continua dell’equilibrio federale, equilibrio che non può essere imposto una volta e per sempre ma solo indicato nella sua fisionomia fondamentale e quindi risulta necessariamente dinamico e incerto.

Si tratta, quindi, di un conflitto insoluto e probabilmente irrisolvibile, che si riflette, inevitabilmente, anche nelle diverse sensibilità politiche e impostazioni interpretative dei giudici della Corte Suprema, la cui giurisprudenza, come vedremo, sarà il frutto di un confronto-scontro altrettanto continuo fra opposti orientamenti sulle modalità d’interpretazione della Costituzione e sul significato precettivo da attribuire alle clausole costituzionali, che non potrà che riguardare anche, in moltissimi casi, l’interpretazione e conseguente protezione e applicazione del principio federale.

Al centro di questa analisi ci sarà, quindi, la giurisprudenza della Corte Suprema, in particolare l’interpretazione che ha autorevolmente elaborato riguardo al principio federale e alla sua concreta modalità di attuazione.

Fondamentale sarà collocare il ruolo assunto ed esercitato dalla Corte Suprema nel delicato ed instabile quadro istituzionale della separazione dei poteri e del loro necessario e reciproco controllo e bilanciamento, altro pilastro fondamentale della nuova struttura costituzionale.

Lo studio dell’ordinamento costituzionale statunitense non può prescindere dalla comprensione della funzione di indispensabile chiusura del sistema di controllo diffuso di costituzionalità esercitato dalla suprema Corte<sup>101</sup>. È un compito problematico e dagli effetti prorompenti e difficilmente prevedibili quello di dare significato cogente ed *erga omnes* ai precetti costituzionali, spesso indeterminati e lacunosi<sup>102</sup>, ed oggi, in alcuni casi, inevitabilmente datati. Questi precetti ruotano tutti, in maniera più o meno esplicita, specifica e diretta, intorno al carattere federale dell’ordinamento che rappresenta il tratto centrale e basilare della strutturazione dei poteri dell’ordinamento nord-americano.

---

<sup>100</sup> B. Ackerman, “*We the People. Transformations*”, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1998, cit.p.88.

<sup>101</sup> P. Tesaurò, “*Lezioni di diritto pubblico americano*”, Liguori editore, Napoli, 1976.

<sup>102</sup> A.T. Reigada, “*Interpretazione costituzionale. Una riflessione*”, CEDAM, Padova, 2012.

Uno dei tratti più significativi e inediti del nuovo assetto costituzionale ideato a Filadelfia risiede nel carattere flessibile delle istituzioni federali che è stato anche uno dei principali motivi del successo di quell'esperimento. Abbiamo visto come la volontà dei delegati a Filadelfia fu esplicitamente diretta a porre rimedio a tutti i difetti, le inefficienze e i limiti che il modello confederale aveva quasi subito manifestato e che lo stavano portando ad un imminente ed inevitabile collasso.

Gli *Articles* avevano creato infatti una lega fra Stati assolutamente indipendenti e sovrani e non un vero e proprio governo ad essi sovraordinato.

Mancava un reale potere che fosse al di sopra degli Stati e fosse in grado di governarli (nelle materie attribuite alla sua competenza). Questo creava la debolezza e l'inefficienza dell'organizzazione comune, di questa prima forma di unione fra gli Stati che, definita come una stabile lega di amicizia, non era altro che un'organizzazione internazionale con tutti i caratteri e i limiti del caso<sup>103</sup>. Il Congresso, unico organo previsto dagli Articoli di Confederazione, senza l'ausilio di alcun organo esecutivo e giudiziario, agiva in pratica da semplice conferenza diplomatica senza alcuna autonomia d'azione.

I difetti della Confederazione erano tali da non permettere al sistema di garantire la pacifica convivenza fra gli Stati, tra i quali, al contrario, emersero preoccupanti dispute territoriali e accese rivalità economiche e commerciali. Lo scopo di affrontare e risolvere insieme i problemi comuni legati principalmente alla difesa esterna, con la creazione di un fronte unitario compatto, e all'ordine e alla sicurezza interni, fu disatteso, generando generale preoccupazione anche sul mantenimento della pace.

Allo stesso tempo gli interessi di natura economica<sup>104</sup>, legati alla finanza, all'industria e al commercio, di promozione di una dinamica economia di mercato, di tutela dei diritti di proprietà privata, di libera iniziativa economica, di sicurezza dei commerci e dei contratti non riuscirono ad essere adeguatamente soddisfatti e garantiti.

Per questi motivi di grave insuccesso la dissoluzione dell'unione confederale appariva ormai inevitabile in quanto dimostratasi ampiamente incapace di svolgere i compiti che erano stati ad essa affidati e per i quali era stata appositamente istituita.

Fu proprio per porre rimedio a tutti gli evidenti e gravi motivi di malfunzionamento e disfunzione del sistema confederale che i delegati di tutti gli Stati decisero di riunirsi per modificare l'atto istitutivo della Confederazione.

---

<sup>103</sup> G. Morelli, "Nozioni di diritto internazionale", CEDAM, Padova, 1958.

<sup>104</sup> C. Beard, "Interpretazione economica della Costituzione degli Stati Uniti d'America", Feltrinelli, Milano, 1959.

Come sappiamo quei delegati andarono ben oltre a quel mandato originario, dando corso, con un atto “rivoluzionario”, ad una effettiva assemblea costituente che riscrisse la Costituzione di uno Stato completamente nuovo, lo Stato federale<sup>105</sup>.

L’elemento del federalismo, o meglio il carattere federale del nuovo ordinamento, occupa un posto di primo piano nell’esperienza costituzionale statunitense e nel relativo dibattito dottrinale, tanto da potere essere assunto come chiave di lettura delle vicende e dinamiche costituzionali dell’intera storia degli Stati Uniti.

È proprio attraverso il prisma del federalismo e del connesso problema dell’allocazione del potere e della sovranità che possono essere analizzate e comprese le tensioni e le problematiche politicamente scottanti e significative del passato e del presente nord-americano.

A partire dalla configurazione originaria del principio federale che ha sorretto la scelta fatta dai *Founding Fathers* a Filadelfia, è possibile ricostruire e ripercorrere il percorso evolutivo del federalismo “all’americana”, segnalandone le tappe fondamentali e i momenti di svolta delle diverse fasi di sviluppo. Sarà possibile leggere l’intera storia costituzionale statunitense attraverso e all’interno della storia e dell’evoluzione del suo federalismo, ovvero di quel principio che da concetto teorico ideale acquisisce nell’esperienza statunitense una natura squisitamente pratica-efficientistica.

È per risolvere problemi condivisi concreti e superare gli ostacoli al soddisfacimento degli interessi comuni ai diversi Stati che questi ultimi rinunciarono a porzioni specifiche ma significative della propria sovranità a favore di un nuovo governo centrale che prendesse il posto dell’inefficiente e fragile Confederazione. È principalmente di natura pragmatica più che filosofica-ideale, quindi, la scelta federale compiuta dai rappresentanti degli Stati indipendenti riuniti a Filadelfia con l’obiettivo di porre rimedio effettivo a tutti i motivi di malfunzionamento, inefficienza e inerzia del sistema Confederale. Questo era stato istituito appositamente con la finalità di gestire, vantaggiosamente per tutti gli Stati, affari e problemi comuni alle diverse realtà statali, nonostante fossero per molti aspetti disomogenee.

Stati pienamente sovrani che decisero di attribuire, devolvendoli, dei poteri specifici ad entità altre, la Confederazione debolmente prima, e la Federazione in maniera più incisiva poi, unicamente per ambiti e questioni limitate e circoscritte che si riconoscevano difficilmente e poco proficuamente gestibili a livello di singolo Stato<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> B. Ackerman, *We the people: Transformations*, Harvard University Press, Cambridge, 1998.

<sup>106</sup> E.S. Morgan, *The birth of the republic*, University of Chicago Press, Chicago, 1953.

Preoccupazioni e obiettivi pratici, di natura efficientistica spinsero i partecipanti alla famosa *Convention* a stilare un documento solenne che configurasse una unione più stretta fra essi che andasse a sostituire completamente il precedente esperimento istituzionale confederale.

Abbiamo detto come gli interessi comuni alla base del nuovo patto costituzionale fossero in gran parte gli stessi di quelli messi a fondamento del precedente progetto confederale o discendessero, come conseguenze più o meno dirette, dal fallimento di quell'esperienza.

Gli Stati decisero di rinunciare a porzioni limitate di potere - nonostante la forte gelosia nei confronti della piena indipendenza, recentemente e faticosamente conquistata -, esclusivamente perché erano consapevoli che avrebbero perseguito gli interessi, riconosciuti comuni, più efficacemente unendo le forze in alcuni specifici ma complessi ambiti.

La consapevolezza della relativa e allarmante debolezza di ogni Stato preso singolarmente in alcuni particolari e cruciali settori di governo, derivante dalle *performances* negative rese durante gli anni di indipendenza, portò a ritenere indispensabile o quantomeno fortemente auspicabile un'unione più forte, stabile e stretta fra gli Stati sovrani per fronteggiare problemi comuni particolarmente importanti ed ampi, complessi e delicati come, ad esempio, la difesa, il mercato, la moneta e i rapporti internazionali<sup>107</sup>.

La Federazione nasce, quindi, per intervenire risolutivamente su questioni e materie di vasto respiro ma nello stesso tempo circoscritte e specifiche (federalismo a devoluzione limitata).

C'è poi chi sottolinea la natura principalmente economica dei motivi all'origine della scelta federale, collegandoli alla volontà strumentale di costruire e salvaguardare un mercato unico, efficiente, non distorto e competitivo a livello internazionale, assicurandone i relativi diritti privati di proprietà, di libera iniziativa economica, di sicurezza e affidabilità dei contratti e dei commerci<sup>108</sup>. Di sicuro non è possibile negare la componente fortemente pragmatica ed efficientistica che caratterizza la Costituzione statunitense, ma senza relegarla al solo ambito economico.

Accanto ad un certo afflato ideale e ad un particolare sostrato filosofico- politico che, raccogliendo e rielaborando un variegato e ampio bagaglio di idee e concetti di diversa

---

<sup>107</sup> S. Ortino, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, Giappichelli, Torino, 1993.

<sup>108</sup> G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti, I, La Costituzione liberale*, op. cit.

provenienza e impatto, informa la Costituzione e i suoi principi fondamentali, ci sono più o meno chiari elementi di natura pratica e sostanziale, corrispondenti poi ai tanti compromessi che si dovettero accettare per pervenire a soluzioni che ottenessero il necessario grado di condivisione per venire adottate.

Non fu un'operazione semplice e priva di ostacoli quella di proporre soluzioni che mettessero tutti gli Stati d'accordo, riuscendo a mediare fra posizioni anche apertamente confliggenti. I contrasti di opinioni, proposte e interessi solo superficialmente e momentaneamente vennero superati con l'adozione e ratifica della Costituzione ma in realtà rimasero lungamente irrisolti e latenti fino ad esplodere nella guerra civile e in parte si protrassero anche oltre.

Nonostante l'immane richiamo alla volontà popolare sovrana, spesso solo come espediente retorico, la realtà dei fatti testimonia come il popolo statunitense, in verità, all'epoca della redazione della Costituzione non ancora compiutamente configurato o omogeneamente compattato in una solidale comunità nazionale, non fosse unanimemente favorevole alle decisioni prese dai rappresentanti degli Stati nella *Convention* di Filadelfia. Nei primi anni di vita, infatti, il nuovo Stato federale ha sperimentato momenti di elevata conflittualità e profonda incertezza anche in merito alla stessa possibilità di sopravvivenza del nuovo Stato<sup>109</sup>.

La constatazione della precarietà, quantomeno iniziale (almeno fino alla guerra civile), del progetto federale avvalorava la tesi friedrichiana della dinamicità del federalismo come processo e non come assetto stabile dei poteri, dato una volta per tutte, in uno Stato composto<sup>110</sup>. In questo processo, storicamente situato, di formazione, consolidamento e ristrutturazione dello Stato federale, le traiettorie e le tendenze evolutive possono essere anche confliggenti e contraddittorie, e necessitano un ripensamento continuo dell'equilibrio ottimale fra i diversi centri di potere in un sistema ad alto pluralismo istituzionale e sociale come gli Stati Uniti.

In questo percorso dinamico-evolutivo tutti gli attori istituzionali e non, a diverso titolo, entrano in gioco e contribuiscono ai periodici aggiustamenti degli assetti organizzativi e funzionali dello Stato. Un ambiente fluido è quello disegnato dalla Costituzione federale che da subito si dimostra sensibile ai cambiamenti di volta in volta richiesti da un contesto altrettanto instabile e mutevole.

---

<sup>109</sup> S.Ortino, Op. cit.

<sup>110</sup> C. Bologna, "Stato federale e national interest. Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense", BPU, Bologna, 2010.

A fronte di una rigidità costituzionale formalmente insormontabile, vive nell'ordinamento un grado di variabilità ancor più insopprimibile e connaturato allo stesso carattere federale dell'ordinamento. In questa materiale mutevolezza e flessibilità si inserisce l'operato decisivo della Corte Suprema che arbitra il gioco dei poteri, ne fa rispettare le regole di base prestabilite e ne monitora le rispettive mosse e strategie, censurando quelle irregolari, arbitrarie o inammissibili.

Il sentito timore di abusi e ingiustizie, soprattutto a danno dei diritti e delle libertà personali, spinse i delegati ad escogitare un sofisticato sistema di divisione dei poteri che fosse permanentemente combinato ad un capillare e sistematico bilanciamento e controllo reciproco fra gli stessi. Tutti i poteri dell'ordinamento risultano così indipendenti e nello stesso tempo interdipendenti, istituzionalmente divisi ma anche collegati, autonomi seppure reciprocamente interconnessi.

Le relazioni fra i poteri, anche se costituzionalmente previste, hanno la sostanziale possibilità di mutare ed evolvere nel tempo, adattandosi alle situazioni del contesto, sfruttandone le opportunità o subendone i vincoli.

Relazioni fluide e instabili caratterizzano non solo la divisione dei poteri sull'asse orizzontale, fra Congresso, Presidente e Corte Suprema, ma anche e soprattutto sul piano verticale, fra Stato federale e Stati membri.

La coesistenza di una pluralità di ordinamenti necessitava la previsione di un organo giurisdizionale in grado di giudicare e comporre gli eventuali conflitti di competenza fra i diversi livelli di potere con l'obiettivo di mantenerne i rapporti, seppur oscillanti, sempre all'interno dell'ampia cornice costituzionale<sup>111</sup>.

Compito della Corte Suprema, a partire dalla storica sentenza *Marbury v. Madison* del 1803, diventa quello di dare effettività al principio della supremazia della Costituzione (espresso nella *Supremacy Clause* dell'articolo VI e implicito nel carattere rigido della stessa, ovvero nel procedimento aggravato di revisione previsto dall'articolo V), la legge fondamentale del Paese, al vertice della gerarchia delle fonti, espressione della volontà popolare, intesa come potere superiore costituente, che deve prevalere, in caso di contrasto, su tutti i poteri costituiti ad essa subordinati. La Corte, a partire da questa sentenza, pietra angolare della funzione di *judicial review of legislation*, acquisisce il potere di decidere, in caso di conflitto, se il patto federale sia stato rispettato o meno, e nel caso in cui valutasse l'esistenza di un contrasto insanabile fra norme di diverso

---

<sup>111</sup> M. Comba, "Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il judicial federalism negli Stati Uniti", Jovene, Napoli, 1996.

livello o un'infrazione costituzionale, è in grado di annullare atti normativi e provvedimenti amministrativi giudicati non conformi a Costituzione.

La Corte Suprema è arbitro nei *Structural cases*<sup>112</sup>, in tutti quei conflitti che investono le competenze, i rapporti e gli equilibri fra i poteri - separati e coordinati- disciplinati in Costituzione nei primi tre articoli (dedicati rispettivamente al legislativo, esecutivo e giudiziario federale). La Corte, attraverso la sua opera di controllo, censura illegittime invasioni di competenza fra i poteri separati, assicura che il meccanismo dei *checks and balances* funzioni efficacemente e garantisca controlli reciproci e limiti all'esercizio di ogni potere, il tutto per la difesa della libertà dei cittadini dall'esercizio arbitrario del potere stesso.

La funzione che in questa sede più ci interessa riguarda il potere di definire, sempre e solo in caso di conflitto portato innanzi al suo giudizio<sup>113</sup>, il confine tra i due ordini di poteri che a livello verticale e territoriale coesistono in una Federazione, stabilendo quindi i limiti competenziali tra governo federale e governi degli Stati federati.

Ha, in questi casi, una certa forma di “competenza delle competenze”<sup>114</sup>, il potere di ristabilire l'equilibrio costituzionale fra i poteri, a volte ridefinendone i parametri del bilanciamento. È attraverso l'opera di interpretazione delle norme costituzionali e di quelle su cui verte il giudizio di conformità costituzionale che i giudici della Corte Suprema riescono a svolgere il loro importantissimo ruolo di garanzia imparziale del rispetto della Costituzione da parte di ogni organo dello Stato.

In un ordinamento federale come gli Stati Uniti, è il pluralismo dei poteri a determinare l'evoluzione del sistema, ad essere quindi protagonista del *federalizing process*, ad indicare periodicamente traiettorie di sviluppo e opportuni adattamenti degli assetti

---

<sup>112</sup> A. Sperti, “Corti Supreme e conflitti tra i poteri. Spunti per un confronto Italia-Usa sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale”, Giappichelli, Torino, 2000.

<sup>113</sup> L'articolo III della Costituzione, facendo riferimento a *cases and controversies*, permette alla Corte Suprema di elaborare la teoria in base alla quale le corti federali possono pronunciarsi soltanto su questioni presentate in un contenzioso fra le parti, ovvero quando il ricorso di un soggetto – essendo prevista la sola forma di controllo di costituzionalità incidentale e non anche in via principale – è posto all'interno di una controversia concreta passibile di risoluzione giudiziale. Il requisito della *litigation* esclude, dunque, l'*abstractness*, cioè la possibilità di un ricorso fatto nei confronti di un atto normativo che solo potenzialmente, in via astratta ed ipotetica, possa ledere i diritti e le libertà degli individui. Le pronunce della Corte Suprema e delle Corti federali possono provenire soltanto da un contesto di *adjudication*. Vi è comunque il potere del giudice, nella fase propriamente di *adjudication*, di decidere un caso sussumendo la fattispecie concreta in quella astratta. La circostanza che le decisioni scaturiscono da controversie concrete incontra la possibilità di estrapolare da esse principi e valori generali di lungo periodo; la tensione che si crea tra contingenza del caso ed enunciazione di principi destinati a durare nel tempo crea quell'ambivalenza del sistema giudiziario statunitense, sospeso tra particolarismo ed universalismo. Si veda a riguardo: A. Sarat e J.B. Grossman, “Courts and conflict resolution: problems in the mobilization of adjudication”, in *American Political Science Review*, 1975, vol.69, pp.1200-1217.

<sup>114</sup> L. Levi, “La federazione: costituzionalismo e democrazia oltre i confini nazionali”, saggio introduttivo a A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, “Il federalista”, il Mulino, Bologna, 1997.

originari; il delicato equilibrio fra i poteri multipli di uno Stato composto, seppur quando costituzionalmente previsto, viene continuamente rimodulato e ristabilito attraverso i rapporti concreti che si instaurano tra i poteri stessi.

Un equilibrio, quindi, che viene ricalibrato in base ai reali rapporti di forza o cooperativi che si determinano nella composita arena politica-istituzionale tra i diversi centri di poteri.

La bilancia può oscillare in base al peso variabile assunto nel tempo da ogni potere, ma l'angolo di oscillazione consentito non dovrebbe mai spingersi oltre un certo limite corrispondente alla cornice dei principi fondamentali e delle garanzie costituzionali.

Un processo federale vive, in breve, delle complesse e poco prevedibili dinamiche costituzionali che lo attraversano e che ne caratterizzano l'alternativo sviluppo.

L'evoluzione conosciuta dall'ordinamento statunitense ci consegna l'immagine di una realtà statale che in maniera inedita è riuscita a sviluppare il suo carattere federale senza andare troppo spesso a rimaneggiare le leggi fondamentali, almeno non nei suoi elementi principali. La struttura costituzionale dell'ordinamento ha sperimentato momenti di svolta, fasi di profonda trasformazione ma anche tempi lunghi di aggiornamento graduale e sottile in cui apparentemente tutto rimaneva fermo e lo spirito di conservazione e di complessivo mantenimento dello *status quo* prevaleva sulla volontà/necessità di rinnovamento.

In realtà anche i periodi di forte conservatorismo celavano, o tentavano di soffocare, il lento e impercettibile fermento di cambiamento che a mano a mano si diffondeva nelle istituzioni e/o nella popolazione e preparava il terreno al successivo cambiamento o, perfino, ad una "rivoluzione costituzionale", il più delle volte avvenuta a Costituzione invariata.

L'evoluzione dell'ordinamento costituzionale non ha seguito un moto rettilineo e lineare, facilmente intellegibile e privo di stop, almeno apparenti o temporanei, momentanee marcie indietro o brusche accelerazioni.

Il ruolo delle corti in generale e della Corte Suprema in particolare, si è iscritto appieno in questo movimento curvilineo e oscillatorio, agendo alternativamente da strumento di conservazione sociale<sup>115</sup>, ostacolando lo spirito riformatore dei soggetti pubblici o della

---

<sup>115</sup> E. Lambert, "Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti: l'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi", Giuffrè, Milano, 1996.

società civile, ma anche ricoprendo il ruolo di *updating statutes*<sup>116</sup>, di strumento di cambiamento socio-politico e baluardo contro il rischio di *constitutional petrification*.

La portata e la direzione delle trasformazioni non sempre risultano prevedibili in anticipo e in molti casi appaiono contraddittori o ambigui anche a posteriori.

La storia costituzionale degli Stati Uniti è indubbiamente una storia particolarmente ricca e multiforme in cui conservazione e progresso si sono scontrati e alternati come protagonisti di uno scenario poliedrico e cangiante.

La tenace e rinforzata difesa della Costituzione, che relativamente presto è diventata oggetto negli Usa di una imparagonabile venerazione e un reverenziale rispetto, in alcune fasi ha ceduto relativamente il posto, ma senza mai venir formalmente meno, alla sua materiale revisione. Tutti i soggetti costituzionali e non, quindi anche l'opinione pubblica e le forze politiche ed economiche del Paese, acquisiscono un ruolo non trascurabile, che occorre quindi analizzare per poterlo comprendere e collocare correttamente nel quadro d'insieme, nello svolgimento storico del *federalizing process* e in generale nelle dinamiche costituzionali<sup>117</sup>.

La molla del cambiamento può essere attivata anche da uno solo di questi soggetti, ma prima o poi dovrà incontrare il favore o l'assenso di tutti o la maggior parte degli altri per sortire concretamente e a livello generalizzato gli effetti sperati.

Non è possibile quindi imputare gli aggiornamenti e le revisioni costituzionali sostanziali unicamente ad uno specifico organo costituzionale o ad un unico livello di governo o ad uno specifico soggetto istituzionale e non.

Le modificazioni più significative e durature dell'ordinamento hanno necessitato un certo grado di convergenza e allineamento, più o meno volontario e rapido, tra gli orientamenti e le condotte di tutti i poteri e i soggetti dello Stato.

Ma questa corrispondenza non sempre è stata pacificamente e velocemente raggiunta, anzi, spesso le forze in campo hanno dovuto scontrarsi apertamente per pervenire ad un minimo consenso sul percorso da seguire (la Guerra Civile ne è l'esempio più vistoso ma non l'unico).

Un articolato sistema di doppia divisione del potere – verticale e orizzontale – combinato ad un sistema capillare di controlli, freni e bilanciamenti reciproci tra gli stessi, è stato pensato dai *Framers* come un doppio argine di garanzia contro i rischi di

---

<sup>116</sup> S.G. Calabresi, "A Common law for the age of statutes", Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1982.

<sup>117</sup> A. La Pergola, "Tecniche costituzionali e problemi delle autonomie garantite. Riflessioni comparatistiche sul federalismo e sul regionalismo", CEDAM, Padova, 1987.

abusi e arbitri, considerati tendenze connaturate al potere stesso, il rimedio più idoneo contro due pericoli simmetrici, l'anarchia e il dispotismo<sup>118</sup>.

Ogni potere è stato configurato, sul piano strutturale e funzionale, in maniera del tutto indipendente da ogni altro ma, nello stesso tempo, si volle assicurare la sua necessaria limitazione e parziale dipendenza, attraverso un controllo e controbilanciamento sistematico esercitato da ciascun potere sull'esercizio di ogni altro. Il potere che limita il potere attraverso la Costituzione e il suo sistema di garanzie.

Il pericolo maggiore da scongiurare era quello di una indebita concentrazione di potere in un solo organo o livello di governo, circostanza nefasta che avrebbe rappresentato una degenerazione in dispotismo o tirannide e lesa inevitabilmente le libertà del popolo sovrano.

Il potere, ripartito tra governo federale e governi degli Stati federati, era ulteriormente diviso per ogni livello di governo in tre diversi rami: legislativo, esecutivo e giudiziario. Tale frammentazione estrema del potere<sup>119</sup> era stata pensata dai Padri fondatori come il più efficace strumento di contenimento del potere e di vigilanza su possibili eccessi e di immediata restaurazione dell'ordine e dell'equilibrio qualora violati, nonché come meccanismo che assicurasse la partecipazione e il controllo sistematici del popolo sui propri governanti, rendendolo in tal modo l'autentico padrone del proprio destino<sup>120</sup>.

Lo Stato federale trae origine dal *foedus*, il patto originario, rappresentato dalla Costituzione federale del 1787, stipulato dalle ex colonie britanniche diventate pienamente sovrane, con lo scopo di affidare ad un governo centrale forte la realizzazione di specifici obiettivi che per la loro stessa natura e dimensione erano ritenuti difficilmente gestibili a livello di singolo Stato.

È questa la *ratio* originaria sottesa alla Costituzione, che disciplina e dà senso alla divisione del potere fra *federal government* e governi Statali e che corrisponde alla teoria degli *enumerated powers* attribuiti al nuovo governo. Durante l'acceso dibattito della Convenzione di Filadelfia, i delegati scelsero, per motivi di opportunità ed efficienza gestionale, quali specifiche materie affidare alla federazione, includendole in un catalogo di competenze enumerate. Tutte le altre, la maggior parte, non esplicitamente attribuite al governo centrale e non vietate ai governi statali, rimanevano

---

<sup>118</sup> Si veda J. Madison il Federalista n.10, in "Il Federalista", op.cit.

<sup>119</sup> R. Bin, "L'ultima fortezza", Giuffrè, Milano, 1996. L'autore parla nei termini di "polverizzazione dei poteri" cit p.15.

<sup>120</sup> J. Madison, "Il Federalista" n.28, in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, "Il federalista", op.cit.

nella potestà piena degli Stati o del popolo in base al noto meccanismo della residualità (X Emendamento).

Gli Stati mantengono quindi la possibilità di disciplinare, anche in maniera molto differenziata, importanti e ampi settori della vita sociale. L'esistenza stessa dei diversi Stati, ovviamente, non può che rispecchiare e riprodurre il carattere variegato e plurale della società statunitense.

Il criterio dell'enumerazione delle competenze prevede l'attribuzione, in senso devolutivo, al governo federale della potestà legislativa su determinate e relativamente poche materie<sup>121</sup>; il potere esecutivo nasce di risulta, con il compito pressoché esclusivo di applicare fedelmente le decisioni prese dal Congresso federale, senza possibilità di andare oltre e agire autonomamente in ambiti differenti e ulteriori rispetto a quelli espressamente attribuiti al legislativo federale.

Nonostante la natura pattizia e derivata dell'ordinamento federale nato dall'adozione della Costituzione del 1787 da parte di Stati sovrani, circostanza questa che dà riprova del loro carattere originario, il nodo della sovranità viene risolto attribuendo al popolo e non agli enti statali, la sovranità originaria e il potere costituente. L'unico vero sovrano è considerato il popolo che deliberatamente sceglie di dar vita e forma, grazie al superiore potere costituente che detiene, alla sovranità statale e a quella federale. Una doppia sovranità che deriva quindi da un unico vero sovrano originario, il popolo. Da questo principio discendono sia la Costituzione federale che le Costituzioni statali, tutte interpretate come promananti dalla volontà del popolo sovrano, considerato nella sua interezza o nelle sue articolazioni.

Si assiste così ad un inedito processo di sdoppiamento del potere, della sovranità e della cittadinanza che spezza le tradizionali categorie monolitiche della scienza politica che attribuiva loro il carattere dell'assolutezza, dell'indivisibilità e della esclusività.

Il pluralismo congenito che caratterizza il federalismo può essere ridotto, o meglio ricondotto, ad un dualismo<sup>122</sup> di fondo che vede i due livelli di sovranità, statale e

---

<sup>121</sup> Le materie di competenza federale dovevano essere, nelle intenzioni dei costituenti, poche e ben definite, ma indubbiamente avevano un peso consistente; esse comprendevano principalmente la politica estera, la difesa, la dichiarazione di guerra e l'organizzazione dell'esercito, la regolazione del commercio internazionale e tra gli Stati, la politica monetaria e l'imposizione tributaria, le politiche dell'immigrazione e di naturalizzazione e la costruzione di servizi postali.

<sup>122</sup> Il dualismo può essere individuato non solo nel doppio livello di governo, statale e federale, e di sovranità, ma anche nella doppia cittadinanza e nella doppia obbedienza che ciascun cittadino deve contemporaneamente al suo Stato e alla Federazione. Da un dualismo discende altro dualismo! Il dualismo può inoltre essere individuato all'interno del governo federale stesso, fra gli organi politici, nel rapporto intenzionalmente paritario tra Congresso e Presidente che possiedono una legittimazione democratica indipendente e non sono legati da rapporti fiduciari e di dipendenza. Il dualismo si spinge a fondo anche del potere legislativo che vede il Congresso formato da due Camere, un bicameralismo

federale, viaggiare su due piani distinti e paralleli, inizialmente e per lungo tempo, senza possibilità di incontrarsi (così è stato durante il periodo liberal-ottocentesco del federalismo duale che rispecchia abbastanza fedelmente un'immagine bicefala del potere o, per usare un'altra metafora, una *layer cake*).

Il modello di divisione dei poteri tra autorità coordinate ed indipendenti<sup>123</sup> dava vita ad un ordinamento in cui nessun livello istituzionale poteva concentrare in sé il potere e dirsi la voce esclusiva del popolo sovrano.

Il federalismo, come modello costituzionale ideato al fine di risolvere importanti problemi della convivenza politica, può essere considerato un'invenzione americana scaturita, come precedentemente sottolineato, più da "un'improvvisazione" *in itinere* che da una dottrina politica chiara, preesistente ed organica<sup>124</sup>.

Il *federalizing process* porta con sé, si dispiega ed esprime in una molteplicità di aspetti, soggetti, orientamenti, problematiche, tensioni e metamorfosi ordinamentali ed extraordinamentali. Tutta questa mole di elementi e variabili rendono difficile se non impossibile qualsiasi tentativo di riduzione/semplificazione della complessità e del pluralismo di manifestazioni storiche ed evolutive del fenomeno per mezzo di teorie fisse e classificazioni sistematiche.

Ci troviamo davanti ad una materia particolarmente fluida e sfuggente che ancora oggi non trova una univoca chiarificazione, anche perché, come sottolinea lo storico Gordon Wood, la Costituzione e tutti gli aspetti in essa contenuti, rappresentano il risultato dell'esperienza storica<sup>125</sup> e di sviluppi successivi e incrementali manifestatisi solo nel corso del tempo.

Cercherò di analizzare il fenomeno federale negli Stati Uniti assumendo come punto di riferimento e di osservazione privilegiato l'orientamento giurisprudenziale seguito, dalle origini fino ad oggi, dalla Corte Suprema.

Il mio tentativo sarà di ripercorrere, per grandi linee, le principali tappe evolutive del federalismo statunitense, attraverso una rassegna delle sentenze più significative rese in tale ambito dalla Suprema Corte nel corso della storia costituzionale degli Usa.

---

(tendenzialmente paritario con significative eccezioni corrispondenti soprattutto all'istituto dell'*advice and consent* del Senato) dalla doppia espressione della rappresentanza, sia del popolo che degli Stati. Anche il sistema politico si caratterizza per un forte dualismo partitico; il bipartitismo, scaturito in parte dal sistema elettorale maggioritario, caratterizza l'arena politica sia a livello statale che federale. Doppio è naturalmente il sistema giudiziario.

<sup>123</sup> A.V. Dicey, "Introduction to the study of the Constitution", Mc-Millan, Londra, 1915.

<sup>124</sup> C. Warren, "The making of the Constitution", Little, Brown and Co., Boston, 1928.

<sup>125</sup> G.S. Wood, "The Fundamentalists and the Constitution", in "New York Review of Books", 18 febbraio, 1988.

Cercherò nel corso dell'indagine di non trascurare le diverse contingenze del contesto storico, le influenze e reazioni degli altri organi e soggetti dell'ordinamento e l'impatto complessivo impresso sul sistema costituzionale dalle pronunce analizzate.

Tale percorso di ricerca vorrà mettere in luce, in maniera più chiara possibile, il ruolo complessivamente esercitato dalla Corte Suprema nel processo federale o di federalizzazione statunitense e proporrà una serie di riflessioni critiche sulle problematiche legate alla democraticità della funzione di controllo di costituzionalità da essa esercitato.

### **3.2 La fase di prima attuazione della Costituzione federale. Il dualismo della sovranità**

Ancor prima della storica sentenza *Marbury v. Madison* del 1803 che diede l'avvio ufficiale alla *judicial review* della Corte Suprema, in base quindi ad una decisione giurisprudenziale d'interpretazione creativa della Costituzione e non all'attuazione fedele di una chiara ed inequivocabile previsione costituzionale, è importante ricordare la sentenza *Chisholm v. Georgia* del 1793.

A pochi anni dalla nascita del nuovo Stato federale la Corte si trova a pronunciarsi su un tema importante, ben presto accesamente dibattuto, come l'immunità statale, questione intimamente connessa al federalismo e che, come questo, si snoda lungo l'intera storia dell'Unione. Già a partire da questa sentenza emergono alcuni caratteri fondamentali del funzionamento del neonato ordinamento, dei rapporti e delle dinamiche che si possono innescare in esso tra i diversi poteri della nuova Repubblica composta in cui sono presenti e attivi diversi centri di produzione legislativa. Si presenta fin da subito il tema controverso della sovranità che dottrina e giurisprudenza hanno in numerose occasioni decostruito e ricostruito senza, ancora oggi, giungere ad un punto fermo e definitivo.

La sovranità<sup>126</sup> viene intesa da alcuni come un costrutto senza significato<sup>127</sup>, o comunque come una categoria non più applicabile ad un'esperienza costituzionale come quella statunitense in cui la sovranità è di fatto frammentata e condivisa tra Stati e Federazione. Quest'ultima è capace, come gli Stati che la compongono, di rivolgersi

---

<sup>126</sup> L. Ferrajoli, "La sovranità nel mondo moderno", Laterza, Bari-Roma, 2004; R. Bin, "La sovranità nazionale e la sua erosione", in A. Pugiotto (a cura di), "Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali", Jovene, Napoli, 2013, pp.369 -381.

<sup>127</sup> T. Zick, "Are the States sovereign?" in *Washington University Law Quarterly*, vol.83, n.1, 2005, pp.229-337.

direttamente ai cittadini, circostanza particolarmente significativa in quanto determinante il carattere bifronte e duale della sovranità, nonché la qualità nazionale e non più internazionale, dell'unione fra gli Stati.

La giurisprudenza della Corte Suprema su questa tematica, come su molte altre, ha manifestato nel tempo discontinuità anche marcate. L'orientamento originario della Corte è stato quello di individuare una doppia sovranità sia nella Federazione che negli Stati, ma limitatamente alle rispettive sfere di competenza.

Questa novità di prospettiva ha rappresentato una rottura netta con la tradizione europea della sovranità che la configurava rigidamente come attributo ascrivibile indivisibilmente, in via quindi unitaria ed esclusiva, ad un unico soggetto statale.

Venne invece mantenuta la regola ereditata dalla *Common Law* inglese dello Stato immune da azioni intentategli da privati. In base alla *sovereign immunity doctrine*<sup>128</sup> il sovrano non può commettere illeciti (*King can do no wrong*) e non si può quindi agire in giudizio contro di lui, soprattutto non è consentito richiedergli alcun risarcimento per danni ritenuti da esso cagionati. La vecchia regola inglese dell'immunità della Corona venne conservata e adattata al nuovo e diverso contesto repubblicano.

La Corte Suprema, al contrario, negando tale immunità nella sentenza shock *Chisholm v. Georgia* del 1793, credette di rispettare la *rule of law* ed esprimersi in maniera conforme allo spirito della Costituzione nata per tutelare i diritti patrimoniali dei cittadini.

Decretò, in quella occasione, la convenibilità in giudizio dinanzi ad una Corte federale di uno Stato membro da parte di un cittadino di un altro Stato<sup>129</sup> per mancato pagamento di un debito. La sentenza suscitò immediatamente un agguerrito dissenso che portò in breve tempo – nel 1798 - all'adozione del XI Emendamento, il primo dopo il *Bill of rights* (approvato nel 1791). Scopo dell'emendamento fu quello di rigettare e superare quanto stabilito dalla Corte Suprema in *Chisholm* e rinsaldare così il principio dell'immunità dello Stato-sovrano. In base alla regola generale ripristinata dall'apposito emendamento, ogni Stato, in quanto sovrano, è immune da qualsiasi azione iniziata nei suoi confronti da privati, a meno che, con opportuna disposizione di legge, non consenta

---

<sup>128</sup> G. Bognetti, "Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti, I, La Costituzione liberale", op. cit.

<sup>129</sup> L'articolo III della Costituzione prevede i casi di *diversity jurisdiction* nella giurisdizione d'appello (regolabile con eccezioni e norme specifiche fissate dal Congresso) della Corte Suprema.

di essere convenuto in giudizio rinunciando così espressamente (in via generale o particolare, con specifico *waiver*) alla propria immunità<sup>130</sup>.

Fu il rischio di aggravii dei bilanci statali a spaventare la classe politica e a ritenere inammissibile tale evenienza, soprattutto perché imputabile a sentenze di condanna da parte di un Giudiziario federale indipendente che si guardava inizialmente con gran sospetto e timore. In armonia con l'immagine originaria dello Stato piccolo, anche le spese statali dovevano rimanere piccole e contenute ed essere sempre deliberate dai rappresentanti del popolo sovrano. Fu per un preminente interesse all'integrità finanziaria dello Stato che si decise di escludere espressamente la possibilità di assoggettarlo automaticamente all'onere del risarcimento decretato per via giudiziale a favore di privati cittadini che lamentassero un danno cagionato da una lesione di un diritto.

Il principio dell'immunità venne più volte rimaneggiato dalla Corte che estese il divieto di chiamare in giudizio uno Stato, e gli stessi Stati Uniti, davanti a una Corte federale anche qualora a farlo fosse un proprio cittadino (*Hans v. Louisiana* 1890). La Corte, ribadendo che l'immunità dalla giurisdizione federale è un aspetto connaturato alla sovranità statale<sup>131</sup>, ha inoltre stabilito la possibilità che uno Stato possa decidere di far valere la propria immunità anche nei confronti delle proprie Corti statali, perfino per la violazione della legge federale, senza che il Congresso possa imporgli di convenire in giudizio (*Alden v. Maine* 1999).

Il divieto dell'XI Emendamento ha subito, sempre ad opera della Corte, anche notevoli ridimensionamenti. La dottrina dell'*Ex parte Young* (1908), in particolare, ha cercato di proteggere le situazioni soggettive dei privati, lasciando loro aperta la possibilità di rivendicare l'accertamento della responsabilità personale del funzionario statale per i danni cagionati nei loro confronti. La responsabilità civile dei funzionari dello Stato compensa, in parte, l'irresponsabilità generale dello Stato e permette ai cittadini di chiamare i funzionari statali a rispondere personalmente, anche per i risarcimenti economici, dei danni loro causati dall'azione amministrativa illegittima<sup>132</sup>. È questa la strada percorribile dal privato cittadino per sanzionare la condotta illecita del pubblico ufficiale preso singolarmente e per vedersi risarcito il pregiudizio patrimoniale subito,

---

<sup>130</sup> *Ibidem*.

<sup>131</sup> *Hans v. Louisiana*, 134 U.S. 1 (1890).

<sup>132</sup> M. Gorlani, "Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali", Giuffrè, Milano, 2004.

pur compiuto dal funzionario in nome dello Stato<sup>133</sup>. Non si volle in nessun modo riconoscere un diritto universalmente giustiziabile al risarcimento a vantaggio dei privati ingiustamente lesi da una condotta statale illegittima e per questo motivo si approvò l'emendamento che ribaltava completamente la pronuncia della Corte che inizialmente si era mossa nella direzione opposta. A confermare l'andamento anche fortemente oscillante della Corte Suprema su questo argomento, ricordiamo che nel 1976, con la sentenza *Fitzpatrick v. Bitzer*, si arriva a riconoscere al Congresso l'autorità di superare l'XI Emendamento nell'esercizio dei suoi poteri, in particolare nell'applicazione del XIV Emendamento.

In *Semiole Tribe of Florida v. Florida* (1996) la Corte ha capovolto un proprio precedente - *Pennsylvania v. Union Gas Co.* del 1989 – negando al Congresso la possibilità di abrogare l'immunità dello Stato protetta dell'XI Emendamento, agendo in nome dei poteri conferiti dalla *Commerce clause*. Bisogna tuttavia tenere presente che uno Stato, ai sensi dell'Art. III, co.2 della Costituzione, può essere chiamato in giudizio davanti ad una Corte federale da un altro Stato o dagli Stati Uniti, senza possibilità di opporre l'eccezione dell'immunità statale che quindi viene riconosciuta solo, in via generale, nei confronti dei privati cittadini. Per aggirare il mancato *waiver* degli Stati alla propria immunità è possibile, tuttavia, far agire, al posto dei privati cittadini rispetto ai quali vige in via generale il divieto, i procuratori federali verso i quali non è possibile opporre alcuna immunità.

Il nodo della sovranità popolare bidimensionale, della doppia sovranità che sarebbe posseduta, limitatamente alla propria sfera d'azione costituzionalmente individuata, da entrambi i livelli di governo, statali e federale, porta con sé il problema, fra i tanti non risolti legati alla struttura federale degli Stati Uniti, della c.d. “*dual sovereign rule*”<sup>134</sup>.

La sovranità popolare si esprime legittimamente attraverso circuiti indipendenti, negli Stati e nella Federazione, creando così i presupposti della legittimità di una doppia sanzione penale – statale e federale – per una medesima condotta. Non si tratta di una ipotesi meramente teorica in quanto la stessa Corte Suprema si è più volte pronunciata a riguardo e solo dopo numerose e dibattute pronunce è riuscita a stabilizzare

---

<sup>133</sup> Lo stesso principio della responsabilità del funzionario conosce importanti eccezioni come per i giudici e i legislatori che godono di un'immunità pressoché assoluta per gli atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni.

<sup>134</sup> A.J. Calogero, “*Double jeopardy and multiple sovereigns: a Jurisdictional theory*”, in *Washington University Law Review*, n.4, 2008-09.

giurisprudenzialmente la definizione della c.d. “*dual sovereign rule*”<sup>135</sup> che apre la strada alla inevitabilità, non esclusivamente concettuale, del fenomeno dei doppi processi (e della conseguente possibilità che uno stesso soggetto possa essere sanzionato due volte in base alle leggi di due distinti ordinamenti – statale e federale – con eguale legittimazione giuridica a procedere giurisdizionalmente all’accertamento e alla punizione dell’illecito).

Tale fenomeno si presenta qualora la medesima condotta di uno stesso soggetto integri gli estremi di due reati diversi, uno previsto dalla legislazione statale e l’altro da quella federale, non attivandosi in questi casi, per esplicita statuizione della Corte, il principio pur costituzionale, del *double jeopardy* (V Emendamento del *Bill of Rights* che, analogamente al principio del *ne bis in ibidem*, proibisce la perseguibilità per due volte, di uno stesso imputato, per uno stesso reato).

La dinamica federalista dell’assetto costituzionale statunitense che vede i due livelli di sovranità viaggiare su due piani paralleli e indipendenti, non sempre garantisce, come nelle intenzioni dei *Framers*, una doppia garanzia per il cittadino che godrebbe di una doppia e rinforzata protezione assicurategli simultaneamente dal proprio Stato e dalla Federazione. L’eventualità, talvolta allarmante, del *dual prosecution*, scaturendo dalla riaffermazione intransigente dell’autonomia statale e federale e della loro irrinunciabile sovranità nelle rispettive sfere di competenza, sembra far prevalere le istanze federali sulle garanzie individuali<sup>136</sup>. Così come nel caso della responsabilità (esclusivamente) personale per danni del funzionario statale che esenta lo Stato di appartenenza nel cui nome agisce da qualunque responsabilità al risarcimento viene anteposto e privilegiato l’interesse statale (dello Stato “piccolo”) all’integrità finanziaria rispetto alla protezione delle situazioni soggettive dei privati potenzialmente lesi nei propri diritti, similmente con la possibilità lasciata aperta di *dual prosecution* si preferisce lasciare non interamente protetti i privati in nome di una autonomia statale che assurge a sovranità.

Già da queste prime analisi della giurisprudenza, sostanzialmente, costituzionale della Corte Suprema emergono le questioni di fondo che animano l’ampio e ancora attuale dibattito teorico sull’equilibrio istituzionale e sul ruolo, complesso e controverso, esercitato dalla Corte Suprema nel mantenimento di questo delicatissimo equilibrio

---

<sup>135</sup> Si vedano la decisione *Houston v. Moore* del 1820 (18 U.S. 1) e i casi *Bartkus v. Illinois* (359 U.S. 121) del 1959 e *Abbate v. U.S.* (359 U.S. 187) dello stesso anno.

<sup>136</sup> La struttura federale degli Usa prevede la coesistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici, autonomi ed indipendenti - ma legati da un particolare vincolo federale che trova espressione nella Costituzione degli Usa -, ciascuno dei quali è dotato di una propria normativa penale, sostanziale e processuale, e anche un’autonoma organizzazione giudiziaria. Si veda E.A. Farnsworth, “*Introduzione al sistema giuridico degli Stati Uniti d’America*”, Giuffrè, Milano, 1979.

all'interno del sistema federale statunitense, caratterizzato ad ogni livello dalla ripartizione del potere e dal necessario e reciproco bilanciamento dei soggetti che lo esercitano, riflesso di una generalizzata cultura dei *checks and balances*.

Federalismo, divisione dei poteri – in abbinamento ad un sistema penetrante di *checks and balances* -, e *judicial review* si compenetrano in una particolare dialettica, sempre in corso e variabile, che configura il *trend* storico dell'evoluzione giuridica negli Stati Uniti.

Il mondo giuridico degli Stati Uniti appare da subito molto dinamico e incline al cambiamento<sup>137</sup>; alla tradizionale *common law*, ad esempio, si sono aggiunti un sempre più corposo diritto legislativo e, a partire dalla fine dell'ottocento e con un poderoso sviluppo durante e dopo il *new deal*, un altrettanto consistente diritto amministrativo. Anche in ambito giuridico gli Stati Uniti affiancano, in forma dialettica, un forte attaccamento alla tradizione con uno spirito innovativo altrettanto energico.

La funzione di *judicial review* della Corte Suprema, non espressamente prevista dalla Costituzione che dedica al potere giudiziario un articolo – il terzo – incompleto e sommario, dà conto di un potere originariamente considerato il meno pericoloso, non avendo né forza né volontà ma soltanto giudizio<sup>138</sup>, ma che in breve tempo riesce a conquistare così tanta autorità da fare della Corte di gran lunga la “più potente che il mondo abbia mai conosciuto”<sup>139</sup>. Ripercorrere il processo di consolidamento, avvenuto soprattutto per via giurisprudenziale più che legislativa, del ruolo della Corte nell'assicurare un equilibrio tra esigenze di continuità e necessità di cambiamento, ci consegna un'immagine della funzione della *judicial review* come una particolare forma di *judicial law-making*, capace di conquistare un posto di fonte primaria del diritto al pari della legislazione<sup>140</sup>. In questo percorso non facile la Corte Suprema ha affrontato con successo uno scontro durissimo con gli Stati membri della Federazione e le loro

---

<sup>137</sup> L'evoluzione del diritto statunitense, bisogna sottolinearlo, non procede per brusche e totali conversioni da un modello ad un altro e il nuovo non soppianta mai completamente ciò che è tradizionale ma, piuttosto, si accosta ad esso in una logica competitiva tra modelli o principi diversi. Ogni elemento caratterizzante il sistema costituzionale degli Usa si sviluppa lungo un percorso complesso e dinamico che non si lascia descrivere in termini lineari ma concorrenziali.

<sup>138</sup> A. Hamilton, nel Federalista n.78, (in “*Il Federalista*”, op.cit.) descrive il potere giudiziario come “il meno pericoloso per i diritti politici sanciti in Costituzione”. L'autore prosegue affermando che: “il giudiziario non può influire né sulla spada né sulla borsa, non può dirigere né la forza né la ricchezza della società e non può addivenire a nessuna decisione veramente risolutiva. Esso non ha forza né volontà ma soltanto giudizio e dovrà ricorrere all'aiuto del governo perfino per dare esecuzione ai propri giudizi”.

<sup>139</sup> A.M. Bickel, “*The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*”, Yale University Press, New Haven, 1986, cit. p.1. L'*incipit* di questa famosa opera di Bickel è: “The least dangerous branch of the American government is the most extraordinarily powerful court of law the world has ever known”.

<sup>140</sup> C. Wolfe, “*The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge-made law*”, Basic Books, New York, 1986.

Corti Supreme che inizialmente si opponevano con forza alla giurisprudenza vincolante dei giudici supremi relativa al significato e alla portata della Costituzione, contestando soprattutto la possibilità d'impugnazione delle loro sentenze. È stato l'esito di questo conflitto e non l'applicazione di disposizioni costituzionali inequivocabili a far sì che la giurisprudenza costituzionale della Corte Suprema finisse per far testo e venir riconosciuta vincolante a tutti i livelli dell'ordinamento.

Si passa, in un tempo relativamente breve, dalla convinzione di una debole incidenza del Giudiziario nella vita politico-giuridica del popolo statunitense, riflessa nella incompleta strutturazione del potere giudiziario federale in Costituzione, ad una effettiva centralità del giudice della Corte Suprema come decisore ultimo in fatto di costituzionalità e quindi come asse portante del sistema politico-costituzionale degli Stati Uniti.

Anche l'assetto federale dei poteri dell'ordinamento non possiede dei contorni costituzionali precisi e fissi tali da evitare quel continuo scontro/contesa tra Stati e governo federale che si sviluppa lungo l'intera storia politico-costituzionale degli Stati Uniti e che vede in primo piano il ruolo arbitrale esercitato dalla Corte Suprema nel fornire, di volta in volta, l'ultima parola<sup>141</sup>.

Nonostante il *federal government* sia un'istituzione dai poteri specifici e limitati, soggetta ai vincoli esposti in una Costituzione scritta che oltretutto l'ha creata, è la Corte Suprema – organo indipendente del *federal government* - che si fa arbitro ultimo nel definire e ridefinire il principio federale e la sua corretta e concreta applicazione, e nel far rispettare i confini delle rispettive competenze dei due livelli di potere.

L'attività della Corte non si ferma qui, ma si spinge ben oltre la disciplina formale dei rapporti istituzionali fra organi e livelli di potere, tocca infatti molto spesso questioni calde della vita quotidiana dei cittadini americani, come il tema dei diritti e delle libertà individuali, riuscendo a farsi garante di interessi e bisogni variabili della società statunitense. Nonostante la dichiarata astensione dell'intervento della Corte in ambiti riservati alla discrezionalità normativa degli organi politici – in base alla dottrina della *political question*, parte integrante delle *doctrines of justiciability* di matrice giurisprudenziale<sup>142</sup> che regolano la selezione, sempre discrezionale, dei casi (lo *standing to sue*: i criteri di legittimazione ad agire in giudizio ed essere parte in causa) e

---

<sup>141</sup> M.R. Ferrarese, "Dal verbo legislativo a chi dice l'ultima parola: Le corti costituzionali e la rete giudiziaria", in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 63, 2011.

<sup>142</sup> P. Bianchi, "La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi", Giappichelli, Torino, 2000.

agiscono quale strumento di *self-restraint* (esaltando le virtù passive della Corte<sup>143</sup>) e di garanzia del principio fondamentale della *separation of powers* -, l'attività d'interpretazione costituzionale della Corte Suprema è riuscita in molte occasioni ad intervenire in ambiti e su problematiche normalmente riservati alla potestà di Presidente e Congresso. L'affacciarsi, in diverse circostanze, del *judicial activism* sulla scena politica statunitense, in connessione ad un generale fenomeno di *litigation explosion* – riflette un attivismo giudiziario che vede il giudice farsi *policy-maker*, assumere decisioni dalla pregnante valenza politica, operare consapevoli scelte tra possibili alternative, ideologicamente connotate, e allontanarsi dal ruolo di neutro esecutore di regole poste da altri soggetti democraticamente eletti e responsabili di fronte all'elettorato.

L'idea di un tecnicismo giudiziale che obbliga il giudice a scelte predeterminate cede il passo, in non pochi frangenti, a decisioni palesemente di *judicial public policy* che riflettono la capacità inventiva-creativa, sostanzialmente discrezionale e politica, del ruolo di interpreti della legge e della Costituzione esercitato dalla Corte Suprema<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> V. Barsotti, “*L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema*”, Giappichelli, Torino, 1999.

<sup>144</sup> C. Pinelli, “*Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*”, in Riv. Dir. Cost., 2008, pp.12 ss.

## Capitolo IV

### IL PERFEZIONAMENTO DELL'UNIONE: LA GUERRA CIVILE E L'EVOLUZIONE DELL'ORDINAMENTO FEDERALE

#### 4.1 La rigidità dei poteri enumerati e la flessibilità dei poteri impliciti

Abbiamo messo in evidenza come la Costituzione federale del 1787 rappresentasse, in origine, la risposta pratico-risolutiva ai difetti emersi durante l'esperienza deludente della Confederazione. L'accordo sostanziale faticosamente raggiunto, di natura pragmatica e compromissoria, era orientato, infatti, a risolvere in maniera nuova ed originale, il problema di come creare una organizzazione unitaria dotata di poteri effettivi sufficienti agli scopi assegnati alle nuove istituzioni del *federal government*, senza però danneggiare l'ampia autonomia da mantenere in capo agli Stati federati.

Nonostante la Costituzione affidasse alla Federazione la titolarità e il corrispondente esercizio di un numero limitato e specifico di poteri e competenze, lasciando agli Stati "mano libera" in un gran numero di ambiti competenziali esclusivi, tutti quelli trattenuti secondo una logica residuale - che sarà poi uno dei caratteri idealtipici fondamentali assegnati alla forma di Stato federale -, sarà la Costituzione stessa a permettere quel processo di espansione dei poteri federali, che non ha mai smesso di muoversi seppur non con un movimento lineare o unidirezionale.

Il testo costituzionale, a motivo della sua natura di documento intenzionalmente fondamentale e quindi collocabile in una posizione superiore nella gerarchia delle fonti giuridiche, e dovendo necessariamente accontentare gli interessi multipli e differenziati rappresentati nella *Convention*, risulta disciplinare soltanto su un piano ampio e generale, con formule in molti casi indeterminate, la struttura e il funzionamento complessivi di un nuovo governo, all'epoca una vera scommessa dall'esito incerto e difficilmente prevedibile<sup>145</sup>.

Questa strutturale incompletezza, data dalla presenza di clausole aperte, discende dal carattere fondamentale del documento costituzionale, dalla sua origine necessariamente "compromissoria" e dalla sua natura volutamente pragmatica, ed è stata motivo di

---

<sup>145</sup>A.T. Reigada, "Interpretazione costituzionale. Una riflessione", op.cit.

controverse o contrapposte interpretazioni costituzionali, non solo quelle prodotte dalla giurisprudenza costituzionale ma anche quelle promosse da altri soggetti istituzionale che non sempre accettarono di buon grado il contenuto e gli effetti delle pronunce della Corte Suprema<sup>146</sup>.

La *ratio* sottesa alla teoria fondamentale degli *enumerated powers*<sup>147</sup> era strategicamente e chiaramente orientata a proteggere ed assicurare ampi spazi di autonomia agli Stati, timorosi di possibili eccessi e soprusi del potere del governo centrale a danno dei propri diritti sovrani e soprattutto delle libertà dei propri cittadini che, a differenza della precedente organizzazione confederale, ora potevano essere destinatari diretti di politiche nazionali imposte loro da un governo distante che potenzialmente avrebbe potuto ledere i loro diritti o quantomeno ignorare i loro interessi e bisogni.

La Costituzione stessa ha permesso diverse letture, principalmente, semplificando, una restrittiva ed una corrispondente ed opposta estensiva dei poteri, rispettivamente della Federazione e degli Stati, offrendo contemporaneamente gli argomenti giuridici ugualmente legittimi per rivendicare sia l'attribuzione di nuove competenze al *Federal government* sia, al contrario, il rispetto tassativo dell'ampia sovranità statale.

La Federazione, in base al disegno costituzionale risultato dal faticoso compromesso di Filadelfia, sarà alla base, fin dagli albori della nuova Repubblica, di un acceso e ininterrotto contrasto interpretativo su diversi punti, primo fra tutti la questione dei confini delle proprie competenze.

Secondo l'approccio interpretativo dell'*original understanding*<sup>148</sup>, rinominato dai repubblicani *strict constructivism*<sup>149</sup>, la Federazione venne investita soltanto dei poteri esplicitamente devoluti in Costituzione e sottratti alla competenza degli Stati, mentre tutti gli altri poteri rimanevano implicitamente oggetto di assoluta riserva statale.

Dopo aver elencato espressamente le materie affidate al nuovo organo centrale, al Congresso (Art. I sez.8), lasciando intendere la chiara volontà di non concedere agli

---

<sup>146</sup> M.J. Perry, "*Constitutional rights, moral controversy and the Supreme Court*", Cambridge University Press, New York, 2008.

<sup>147</sup> Cfr. E.S. Corwin, "*The Constitution and what it means today*" (Princeton University Press, New Jersey, 1938), Trad.it.: "*La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*", Nistri-Lischi Editori, Pisa, 1958.

<sup>148</sup> Si veda L. Levy, "*Original intent and Framers Constitution*", Mcmillan Publishing Co., New York, 1988.

<sup>149</sup> H.J. Powell, "*The original understanding of Original Intent*", in *Harvard Law Review*, n. 98, 1985. Il termine di *strict constructionism* fu utilizzato la prima volta da Nixon in campagna elettorale, nel suo impegno preso di nominare giudici supremi che intendessero interpretare il diritto senza crearlo. Da questo momento in poi fu impiegato per designare la corrente dei giuristi conservatori.

organi della Federazione poteri ulteriori rispetto a quelli enumerati in Costituzione, sempre nell'articolo dedicato alla funzione legislativa del Congresso si stabilisce, con la *necessary and proper clause* o clausola dei poteri impliciti, che esso detiene la facoltà di porre in essere tutte le leggi necessarie ed opportune per l'esercizio dei poteri enumerati, appena citati, e di tutti quegli altri poteri che, senza specificare, la Costituzione conferisce al governo degli Stati Uniti per l'espletamento adeguato delle sue funzioni.

Tale clausola così aleatoria e indefinita è stata da subito oggetto di scontro e motivo di dubbio poiché sembrava consentire in maniera evidente un ampliamento degli spazi d'intervento della Federazione oltre quanto esplicitamente previsto in Costituzione che al contrario, come noto, fissava nello stesso tempo, attraverso un principio chiaro di residualità, la presunzione di competenza a favore degli Stati.

La clausola in esame mise in allerta soprattutto le forze antifederaliste che temevano un suo possibile utilizzo quale *sweeping clause*<sup>150</sup> (norma passatutto), capace cioè di offrire al governo federale il potere pressoché illimitato di interferire, intervenendo autoritativamente, negli spazi di autonomia statale, comprimendoli indebitamente.

L'interpretazione di tale disposizione diventa immediatamente oggetto di una *querelle* costituzionale, soprattutto nel momento in cui esplose la contrapposizione tra la tesi di Hamilton e quella di Jefferson<sup>151</sup> sulla costituzionalità della legge che istituiva la Banca degli Stati Uniti d'America. Secondo Jefferson la clausola in questione concedeva al Congresso solo quei poteri necessari e imprescindibili all'esercizio dei poteri enumerati, ossia soltanto quei poteri in assenza dei quali le competenze attribuitegli sarebbero risultate inefficaci, inattive e vane. Per Hamilton, al contrario, la legittimità di un potere implicito si riscontra nella relazione naturale che si instaura con uno degli obiettivi riconosciuti al governo federale (e che sono enunciati, in maniera ampia, generale ed indeterminata, nel preambolo della Costituzione). Sarà la Corte Suprema ad esser chiamata a dirimere la controversa questione nel 1819, nel caso *McCulloch v. Maryland*, primo esempio, inoltre, di applicazione della *preemption*.

La controversia portata innanzi alla Corte partiva dal rifiuto di un cassiere della banca federale<sup>152</sup> (di una delle agenzie della banca nazionale presenti sul territorio) a pagare le tasse statali imposte dal Maryland sull'attività di transazione e stampa delle banconote.

---

<sup>150</sup> È lo stesso Hamilton, nel saggio n. 33, ad utilizzare tale espressione, tuttora impiegata dalla dottrina: cfr. A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *“Il federalista”* (a cura di M. D'Addio, G. Negri), cit.p.330.

<sup>151</sup> Cfr. L.H. Tribe, *“American Constitutional Law”*, The Foundation Press, New York, 1988.

<sup>152</sup> Si tratta della seconda Banca nazionale istituita nel 1816 sotto la presidenza Madison. La prima venne fondata nel 1791 per iniziativa di Hamilton, primo Segretario del Tesoro sotto la presidenza Washington

La risposta della Corte<sup>153</sup> rappresenta una pietra miliare nella definizione dei rapporti tra Stati e Federazione. Nella sentenza viene stabilito che il governo federale, essendo gravato di grandi responsabilità in settori strategici, seppur limitati, per l'interesse e la prosperità della nazione, deve avere necessariamente a disposizione tutti i mezzi appropriati e utili per perseguire efficacemente gli scopi attribuiti. Se i fini sono giudicati costituzionalmente legittimi e i mezzi utilizzati risultano idonei al perseguimento efficace di quei fini, il potere del Congresso non potrà essere ostacolato dalle regole emanate in contrasto da uno Stato che quindi ne impediscano l'attuazione (le leggi federali hanno infatti, in base alla *Supremacy Clause*, la preminenza nei confronti delle leggi statali contrastanti, il che implica, anche, una certa sfera di immunità dalle azioni statali che in qualche modo pregiudichino l'effettiva superiorità federale).

L'interpretazione della *necessary and proper clause*, per come elaborata dalla Corte in *McCulloch*, potenzialmente, se utilizzata in maniera spregiudicata per legittimare qualsiasi intervento federale, avrebbe potuto pregiudicare fortemente la separazione dei poteri e l'essenza stessa del sistema federale, trasformando la clausola, di fatto, in un titolo competenziale autonomo in grado di ampliare a dismisura il terreno normativo dei poteri enumerati e annullare di fatto la riconosciuta autonomia degli Stati.

In realtà le implicazioni di tale definizione furono di minor impatto rispetto alle previsioni iniziali, decisamente allarmistiche.

La clausola, infatti, fu oggetto di una limitata attenzione nella dottrina statunitense ed anche la stessa Corte Suprema preferì, nella maggior parte dei casi, utilizzare altre

---

che vedeva nel suo governo anche la presenza di Jefferson come Segretario di Stato il quale, in aperto contrasto con Hamilton, manifestò il suo dissenso alla creazione di una banca federale.

<sup>153</sup> Per un approfondimento della sentenza e in generale del ruolo del *Chief Justice* Marshall a capo della Corte Suprema nei primi e cruciali anni di vita della Federazione (dal 1801 al 1835) cfr. W.F. Swindler, *"The Constitution and the Chief Justice Marshall"*, Dodd, Mead & Company, New York, 1978. Significative le parole del giudice Marshall in *McCulloch v. Maryland* (17 U.S. 316): "La Costituzione è stata pensata per durare negli anni futuri e, di conseguenza, per essere adattata alle differenti crisi delle questioni umane". Viene da subito evidenziata una delle più note caratteristiche della Costituzione statunitense: l'evolutivezza. Questa, a sua volta, discende dall'alto livello di astrazione, dalla brevità-semplificazione e dall'elasticità della Costituzione, caratteristiche queste che le permettono di adattarsi più agevolmente - a fronte di un procedimento formale di revisione costituzionale particolarmente gravoso e complesso (Art.V) e grazie al valore di fonte di diritto che assumono le pronunce delle corti in un sistema di *Common Law* - alle nuove condizioni di una società in perenne cambiamento. Sarebbe quindi la stessa Costituzione rigida a contemplare la possibilità di evitare la rigidità sostanziale, l'inflessibilità e l'immodificabilità del contenuto delle disposizioni in essa contenute e che nel corso delle epoche incorrono nel rischio di pietrificazione. In quanto documento scritto ormai in un lontano passato, la Costituzione deve potersi armonizzare con le richieste e le caratteristiche dei tempi presenti. Questa implicita capacità di adattamento-aggiornamento costituzionale secondo modalità informali di armonizzazione dettata dai tempi, sarebbe da considerarsi, a parere di molti, una risorsa che gli stessi estensori della Costituzione vollero attribuirle in maniera lungimirante per garantirne una lunga vigenza.

clausole per “forzare” i limiti delle competenze federali, in particolare quelli sul commercio.

La clausola dei poteri impliciti, seppur non sia stata spesso adoperata espressamente come parametro di base per pronunce favorevoli ad un'interpretazione estensiva dei poteri enumerati<sup>154</sup>, sicuramente ha rappresentato il fondamento di tale espansione competenziale in modo implicito, sottinteso o indiretto.

Più spesso, infatti, l'interpretazione estensiva dei poteri federali si è basata sulla rilettura di altre clausole, come, ad esempio, la *Commerce Clause*, l'*Enforcement Clause* soprattutto del XIV Emendamento (1868) con il suo *due process of law* ed *equal protection clause* e lo *Spending Power* del XVI Emendamento (1913).

La Corte può esercitare la funzione di *judicial review* non soltanto nei confronti di azioni federali, così come stabilito per la prima volta in *Marbury v. Madison*, ma anche rispetto alle condotte statali. Nel caso *Fletcher v. Peck* del 1810, infatti, per la prima volta la Corte Suprema ha dichiarato incostituzionale una legge statale per contrasto con la *Contract Clause* dell'Art I, Sez 10.

Pochi anni dopo, nel 1816, la Corte si è pronunciata nel caso *Martin v. Hunter's Lesse* stabilendo la propria prerogativa a riesaminare i giudizi su questioni costituzionali resi dalle più alte corti statali, proclamando, nello stesso tempo, la validità della sez.25 del *Judiciary Act* del 1789 che assegnava alla Corte Suprema l'*appellate jurisdiction* sulle decisioni delle Corti supreme statali.

La competenza della Corte a svolgere la funzione di *judicial review* anche sulle sentenze delle massime corti statali su questioni vertenti la Costituzione federale o leggi federali, venne riaffermata in *Cohen v. Virginia* nel 1821. Non fu quindi per niente facile ed immediato il processo di costruzione e consolidamento del ruolo della Corte Suprema nel sistema costituzionale. Essa dovette “inventare” e far valere il suo ruolo sia nei confronti degli altri poteri dello stesso *federal government* di cui faceva parte e che in diverse occasioni rivendicarono l'autorità a giudicare autonomamente la costituzionalità delle leggi, lamentandosi di un'attività della Corte lesiva del principio della separazione dei poteri, sia nei confronti degli organi statali e delle loro corti che denunciavano il pericolo di vedersi invadere i propri spazi garantiti di autonomia.

---

<sup>154</sup> Non mancano però i casi in cui l'ampiezza delle competenze enumerate è stata notevolmente forzata tramite la *necessary and proper clause* come, ad esempio, in *Wood v. Miller* (333 U.S. 138) del 1948 e *United States v. Oregon* (336 U.S.643) del 1961. Cfr D.E. Engdahl, “*The necessary and proper clause as an intrinsic restraint on federal lawmaking power*”, in *Harv.J.L. & Pub.Pol'y*, 1998, XXII.

La Corte portò a buon fine la sua battaglia, riuscendo ben presto a far accettare il fatto che le proprie decisioni si imponessero a tutti i livelli e a tutti i soggetti dell'ordinamento, anche se non venne mai definitivamente meno l'eventualità che le proprie pronunce innescassero reazioni estremamente ostili nelle istituzioni e/o nella società civile, che anzi in molti casi diedero corso ad attriti, resistenze e contrasti.

La Corte dovette quindi combattere su due fronti, federale e statale, per riuscire, nel silenzio, o quasi, della Costituzione, a costruirsi un ruolo cardine nel sistema costituzionale, sia per la preservazione del giusto bilanciamento fra i poteri separati degli organi della federazione, sia per la garanzia dell'altrettanto delicato e indispensabile equilibrio federale tra governo centrale e governi statali che nel corso del tempo si dimostrerà variabile e conflittuale<sup>155</sup>.

La Corte, d'altronde, ha sia strutturato, in gran parte autonomamente, le modalità, le regole e i vincoli del proprio funzionamento, utilizzandoli tendenzialmente in maniera strumentale a diversi interessi contingenti e in base a valutazioni generali di convenienza politica e sociale, stabilizzando condizioni, funzione ed effetti delle proprie pronunce, ed ha altresì definito, periodicamente, la logica e i principi a fondamento del riparto competenziale fra Federazione e Stati, nonché fra Presidenza e Congresso<sup>156</sup>.

Inoltre, nello svolgimento della propria attività di controllo costituzionale degli atti pubblici, statali e federali, la Corte ha contemporaneamente affrontato questioni rilevanti come i diritti politici e civili dei cittadini e in particolare delle minoranze.

La Corte Suprema ha dichiarato, strutturato e consolidato principalmente da sé il proprio ruolo<sup>157</sup> - superando di volta in volta le obiezioni e contestazioni provenienti dal versante istituzionale e/o sociale - individuandolo nel compito di "leggere", precisare e imporre in maniera vincolante il significato delle disposizioni costituzionali, molte delle quali dal contenuto incerto e, una volta che tale significato viene individuato e proclamato, adoperarlo come parametro del giudizio per sindacare la validità costituzionale di tutti gli atti dei poteri dello Stato.

Attraverso l'attività di interpretazione ha in qualche modo delineato la fisionomia e il funzionamento complessivo dell'intero ordinamento giuridico-costituzionale.

---

<sup>155</sup> S. Breyer, *"Making our democracy work. A judge's review"*, Alfred A. Knopf, New York, 2010.

<sup>156</sup> R.M. Valelly, *"American Politics. A very short introduction"*, Oxford University Press, New York, 2013.

<sup>157</sup> Il Congresso, sulla base del potere riconosciuto dalla stessa Costituzione, può influire in maniera significativa sulla struttura e le competenze del sistema giudiziario federale e, in parte, della stessa Corte Suprema. Con il *First Judiciary Act* del 1789 - che sarà oggetto, alla Sez. 13, del giudizio d'incostituzionalità in *Marbury* - inizia ad adempiere a questo compito.

In una prima fase della giurisprudenza della Corte ha sicuramente prevalso una tendenza a salvaguardare e rafforzare il “*national interest*” e le istanze unitarie del federalismo statunitense nato, come sappiamo, per aggregazione, mentre buona parte dei processi federali contemporanei emergono piuttosto per “disaggregazione”, attraverso il rilancio delle autonomie<sup>158</sup>.

Nonostante la struttura federale del governo statunitense fu ideata per rispondere pienamente alle esigenze del modello liberale dello Stato minimo<sup>159</sup> che rivendica una quanto più netta separazione tra società civile e stato-apparato - nell’interesse dominante della prima che richiede al secondo un atteggiamento rigidamente improntato al *laissez-faire*, che si limiti a garantirne gli inviolabili diritti di libertà –, nell’attività giurisprudenziale della Corte è possibile evidenziare, soprattutto nel periodo iniziale di vita del nuovo ordinamento, il tentativo chiaro di potenziare alcuni strumenti di tutela delle istanze unitarie a disposizione del governo federale<sup>160</sup>.

Si pensi, ad esempio, alla decisione *Gibbons v. Ogden* del 1824 in cui i giudici della Corte fornirono per la prima volta un’interpretazione fortemente estensiva del *commerce power* discendente dalla *Commerce clause* (Art I, sez 8, c 3). In tale occasione la Corte, ancora presieduta dal *Chief Justice* Marshall, ha riconosciuto al Congresso il potere di governare il commercio interstatale come quella competenza a disciplinare tutte le relazioni<sup>161</sup> intercorrenti tra più di uno Stato, ammettendo di fatto di normare anche su fattispecie relative al commercio intra-statale. La Corte in questa decisione ha esteso l’ampiezza della competenza federale sul commercio interstatale fino ad includervi anche la regolazione economica di attività puramente interne agli

---

<sup>158</sup> G.F. Ferrari, “*Federalismo, regionalismo e decentramento del potere in una prospettiva comparata*”, in *Le Regioni*, n.4, 2001, p.589-647.

<sup>159</sup> R. Nozick, “*Anarchia, Stato e Utopia*”, Il Saggiatore, Milano, 2000.

<sup>160</sup> E.S. Corwin, “*The twilight of the Supreme Court: a history of our constitutional theory*”, Yale University Press, New Haven, 1934. Corwin è il primo a formulare una definizione completa di *dual federalism* come quel regime di netta separazione di competenze fra federazione – dotata solo di poteri enumerati e finalità circoscritte – e Stati, enti equiordinati rispetto alla federazione; ciascuno nella propria sfera è sovrano ed eguale. I rapporti tra centro e periferia sono in questa fase più improntati alla competizione che alla collaborazione, la tensione predomina sulle forme di cooperazione pur presenti in forma ridotta fin dall’inizio. Per approfondire la tesi della natura da sempre cooperativa del federalismo statunitense vedi D.J. Elazar, “*The American partnership: intergovernmental co-operation in the nineteenth-century United States*”, University of Chicago Press, Chicago, 1962.

<sup>161</sup> In *Gibbon v Ogden* 22 U.S. 1 (1824) la Corte utilizza infatti il termine *intercourse*. La *ratio* della decisione è quella di permettere alla federazione di garantire efficacemente la libera circolazione di persone e cose e a tal fine le è permesso di adottare discipline uniformi in tutta la federazione, estendendosi, in tal modo, il suo potere normativo al di fuori delle fattispecie interstatali, potendo intervenire anche su quelle interne agli Stati. L’occasione per l’intervento della Corte è stato il contrasto fra una disciplina legislativa dello Stato di New York, che garantiva il monopolio per la gestione dei battelli a vapore sulle acque dello Stato a due soli operatori, e la normativa federale che aveva concesso una licenza federale a Gibbons per gestire un servizio analogo.

Stati ma che nel mercato comune statunitense possono produrre effetti sul commercio interstatale<sup>162</sup>.

In questa sentenza troviamo inoltre i temi ricorrenti che la Corte utilizzerà nell'interpretazione del *commerce power* che, come gran parte dei poteri riconosciuti al governo federale - i quali, in un gioco a somma zero, risultano simultaneamente e inevitabilmente sottratti alla potestà dei governi statali, almeno nella logica duale -, verranno definiti, nelle varie fasi della giurisprudenza della Corte Suprema, utilizzando diversi approcci che riusciranno a determinare, a fronte di un dettato costituzionale invariato, anche delle modifiche radicali nel portato normativo e nel significato precettivo delle disposizioni interpretate.

La Corte Suprema ha quindi la facoltà, a differenza di tutte le corti federali inferiori e le corti del sistema giudiziario statale, di derogare al principio tipico di un sistema di *Common law*, quello dello *stare decisis*.

La Corte ha un doppio potere, non solo può stabilire in maniera imperativa e universalmente valida il significato della Costituzione, delle leggi e dei trattati federali - *the supreme law of the land* -, censurando qualunque atto dei poteri pubblici o comportamento privato scaturente da una decisione normativa - legge, atto amministrativo o sentenza - non solo di livello federale ma anche statale, che risulti in contraddizione rispetto alla Costituzione, o meglio al significato ad essa attribuito, attraverso l'attività d'interpretazione giudiziale, dalla Corte stessa, ma ha anche la decisiva ed esclusiva facoltà di modificare, fino a capovolgere completamente, i propri precedenti pronunciamenti<sup>163</sup>.

L'*overruling* della Corte Suprema, pur quando non esplicitamente e formalmente utilizzato, rappresenta, di fatto, lo strumento principale attraverso cui si è resa possibile la periodica rilettura delle clausole costituzionali, in particolare delle competenze di federazione e Stati e quindi l'evoluzione del federalismo statunitense e in generale dell'intero ordinamento giuridico-costituzionale.

Attraverso l'analisi dell'evoluzione dell'orientamento interpretativo adottato di volta in volta dalla Corte Suprema - dalla maggioranza dei giudici che in essa si succedono per morte, dimissioni o *impeachment* - nella sua attività di controllo costituzionale, è possibile delineare e comprendere tutti i maggiori cambiamenti intervenuti nella forma

---

<sup>162</sup> L.H. Tribe, "American Constitutional Law", Foundation Press, New York, 1988.

<sup>163</sup> L.H. Tribe, M.C. Dorf, "Leggere la costituzione. Una lezione americana" il Mulino, Bologna, 2005.

di Stato e nella forma di governo degli Stati Uniti e ricostruire le tappe del suo *federalizing process* fino ad oggi.

La Costituzione, nonostante la sua “veneranda età”, è ben lungi dall’essere lettera morta o una norma fissa, soggetta a pietrificazione, priva di aderenza alla realtà che deve governare o dall’essere ignorata come cimelio simbolico; l’inspiegabile vitalità costituzionale è dovuta al dinamismo dell’attività della Corte Suprema d’interpretazione “adattiva” ed evolutiva del contenuto delle disposizioni costituzionali, la cui lettera è ancora quella dei *Founding Fathers* di fine ‘700, ma il cui significato è periodicamente riletto e “aggiornato” ai nuovi contesti dai giudici supremi.

La Costituzione, grazie all’attività interpretativa e nomofilattica “creativa” della Corte diventa una norma vivente, in uno sviluppo continuo alimentato dalla vitalità del pluralismo, del sistema di divisione, controllo e bilanciamento reciproco dei poteri – che si configura sia a livello federale che statale – il quale, presupponendo un’interazione dinamica e continuativa fra soggetti dotati di potere, può attivare il cambiamento che deve trovare comunque conferma definitiva nella lettura ufficiale che è la Corte Suprema a dover fornire come arbitro ultimo delle trasformazioni costituzionali.

I primi orientamenti giurisprudenziali della Corte presieduta dal giudice Marshall<sup>164</sup> hanno prodotto decisioni di stampo filo-federale, ovvero hanno fornito delle interpretazioni estensive delle clausole costituzionali sui poteri federali, in particolare la *commerce clause*, rafforzando gli strumenti costituzionali utilizzabili dalle istanze centripete per affermare l’ampiezza e la prevalenza del *national interest* sugli *State rights*.

Probabilmente tale propensione giurisprudenziale iniziale verso un decisivo potenziamento dei poteri del nuovo governo centrale, memori della endemica debolezza e impotenza del precedente sistema confederativo, rispondeva anche ad una scarsa attività legislativa del Congresso che aspettò dei decenni prima di utilizzare pienamente i poteri attribuitigli dalla Costituzione.

Da una parte l’iniziale e bassa, se non, in alcune materie, quasi nulla, produzione normativa congressuale, come nell’ambito della competenza sul commercio rifletteva l’intento originario dei *Framers* di creare un legislativo dalla produzione lenta e accidentata, rispondente a sua volta ai principi di un costituzionalismo di stampo irrinunciabilmente liberale che postula uno Stato “piccolo”, non interventista,

---

<sup>164</sup> Cfr. F. Frankfurter, “*The commerce clause under Marshall, Taney and Waite*”, University of Nord Carolina Press, Chapel Hill, 1937.

soprattutto in ambito economico e sociale, dall'altra parte però tale tendenza apparve, probabilmente, la strategia più idonea a far cadere le resistenze e i timori che in molti nutrivano nei confronti del neonato governo federale in quanto possibile attentatore dell'autonomia e dei diritti degli Stati e dei propri cittadini.

L'avversione di chi, come Madison, intendeva impedire l'eccesso destabilizzante delle leggi<sup>165</sup>, soprattutto quelle federali, che al contrario dovevano essere poche e stabili per ridurre al minimo i rischi connessi ad un centralismo pronunciato che consentisse alla federazione di intervenire con troppa facilità e rapidità e, quindi, poca riflessione anche in ambiti riservati alla potestà normativa statale e locale, ebbe il sopravvento sulla volontà di chi, all'opposto, voleva dotare di sufficienti ed adeguati strumenti d'intervento il nuovo governo centrale.

Un certo atteggiamento prudentiale di *self-restraint* legislativo era stato, oltretutto, strumentalmente assunto per evitare le prevedibili critiche e proteste in cui il nuovo governo sarebbe potuto incorrere se da subito avesse dato prova di un attivismo eccessivo.

La generale cautela con cui il Congresso iniziò a svolgere i compiti istituzionalmente attribuitigli, anche quando la Costituzione non lasciava molto spazio a dubbi interpretativi in merito alle competenze del *federal government*, fece scaturire un orientamento giurisprudenziale della Corte Suprema opposto e attivista<sup>166</sup>, volto a proteggere e a fortificare la neonata federazione e questo significò, per molti, depotenziare parzialmente gli Stati; tale tendenza della Corte Suprema chiaramente pro-federazione durò almeno fino al momento in cui vennero superati i maggiori rischi di un dissolvimento dell'Unione perché ancora fragile e contestata da molti oppositori e pertanto dall'incerto futuro o allorquando il Congresso iniziò a legiferare con maggiore frequenza, utilizzando più incisivamente i suoi poteri, in particolare quello sul commercio, a partire dal 1887 con l'approvazione dell'*Interstate Commerce Act*.

Una certa dottrina, difatti, afferma con convinzione che solo dopo la conclusione della guerra civile gli Stati Uniti riuscirono a completare pienamente il passaggio da confederazione a Stato federale e a confermarne, in maniera quindi irreversibile, l'indissolubilità<sup>167</sup>. È solo a partire dalla seconda metà dell'Ottocento che inizia infatti a formarsi e a crescere il sistema amministrativo federale con la nascita delle prime

---

<sup>165</sup> G.Bognetti, "Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti, I, La Costituzione liberale", op. cit.

<sup>166</sup> L. Fisher, "American Constitutional Law", Carolina Academic Press, Durham (North Carolina), 2001.

<sup>167</sup> Cfr. G.Lombardi, "Lo Stato federale. Profili di diritto comparato", Giappichelli, Torino, 1987.

agenzie federali e commissioni indipendenti<sup>168</sup>, ed è sempre a seguito della guerra civile che le finalità della federazione iniziano ad ampliarsi notevolmente includendo anche la tutela, fino ad allora tradizionalmente interna agli Stati, dei diritti civili<sup>169</sup>.

Come vedremo, grazie agli emendamenti ricostruttivi (XIII, XIV e XV) e all'orientamento interpretativo adottato dalla Corte Suprema, il governo di Washington, dall'essere visto soltanto come potenziale despota oppressore, capace di comprimere le libertà dei cittadini degli Stati, si trasformò in garante dei diritti di tutti i cittadini dell'Unione.

#### **4.2 Il *turning point* della guerra civile e la vittoria della *national theory***

La guerra di secessione rappresenta un momento fondamentale di svolta nella storia costituzionale americana, segna infatti il punto di cambiamento fra i più significativi e marcati dell'intero percorso storico e costituzionale degli Stati Uniti d'America.

È considerato, a ragione, l'evento che ha trasformato profondamente e alla radice la fisionomia e la natura stessa dell'Unione. Prima di allora erano ancora molte le questioni aperte, le divergenze e i contrasti soprattutto nella definizione dei ruoli e dei rapporti tra federazione e Stati.

I connotati fondamentali dello Stato federale ancora non erano stati fissati, e probabilmente mai potranno esserlo in maniera definitiva, e molte erano le questioni che risultavano ambigue ed incerte, quindi potenzialmente o fattualmente conflittuali.

Le problematiche basilari irrisolte circa la natura giuridica dell'Unione e le sue finalità vennero in gran parte definite e stabilizzate a partire dall'esito della guerra civile, la più sanguinosa dell'Ottocento<sup>170</sup>. Se si riconosce che alla base di ogni federazione esiste e vive una tensione fondamentale fra le ragioni dell'unità e quelle della separatezza, essendo il federalismo la risposta al bisogno di popoli e comunità politiche di unirsi per il miglior perseguimento di fini comuni, restando tuttavia separati, è alle soglie dello scoppio della guerra civile che si mettono seriamente in dubbio le ragioni dell'unità per

---

<sup>168</sup> Vedi P. Tesaurò, *“Le Independent Regulatory Commissions. Organi di controllo dei pubblici servizi negli Stati Uniti”*, Jovene, Napoli, 1966.

<sup>169</sup> S. Skowronek, *“Building a new American State. The expansion of national administrative capacities 1877-1920”*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982.

<sup>170</sup> L.M. Bassani, *“Dalla rivoluzione alla guerra civile. Federalismo e Stato moderno in America 1776-1865”*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009.

la salvaguardia degli interessi profondamente differenziati, perfino inconciliabili, del Sud dell'Unione.

È in questa turbolenta fase storica e politica che vengono violentemente a galla tutti i nodi insoluti circa le origini, il carattere giuridico e le finalità legittimamente perseguibili dalla federazione e il suo rapporto con gli Stati.

Si apre uno scontro senza precedenti che dal piano teorico accende lo scontro armato.

A partire dalle risoluzioni di Kentucky e Virginia con cui, nel 1799, si dichiararono nulle alcune leggi federali – gli *Alien and Sedition Acts* del 1798 con cui si colpiva la propaganda jeffersoniana favorevole alla Rivoluzione francese e che saranno successivamente dichiarati incostituzionali dalla Corte Suprema – si fece strada la teoria della *nullification* che a breve Calhoun svilupperà in maniera organica, inserendola nella sua elaborazione teorica dello stato federale<sup>171</sup>.

Tale teoria sarà in seguito alla base della *compact theory* e sosterrà le ragioni sudiste della guerra civile, contrapponendosi all'opposta *national theory* dei federalisti del Nord.

In base alla *compact theory* la Costituzione rappresentava nient'altro che un trattato o contratto fra Stati indipendenti, liberi e sovrani, che volontariamente, tramite la stipulazione e firma di tale accordo, racchiuso e siglato nel documento costituzionale scritto del 1787, decisero di devolvere l'esercizio di taluni specifici e circoscritti poteri – gli *enumerated powers* – alla federazione, creatura quindi nata dallo stesso *constitutional compact*.

In questo modo si negava la possibilità di configurare una sovranità condivisa dai due livelli di governo e la si attribuisce unitariamente e indivisibilmente alle parti contraenti, gli Stati. Questi ultimi, quindi, sarebbero gli unici soggetti titolari della sovranità e quindi i soli a poter legittimamente valutare la costituzionalità e quindi validità di una legge federale nel loro territorio, potendone in caso contrario decretarne autonomamente la nullità. L'Unione risultava così il prodotto del patto tra gli Stati e non anche tra i cittadini e la sua stessa esistenza, derivata e vincolata, dipendeva interamente dalle deleghe di potere che gli Stati decretarono in Costituzione e che avevano sempre la piena facoltà di modificare o sottrarre<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> M.L. Salvadori, “Potere e libertà nel mondo moderno. John C. Calhoun: un genio imbarazzante”, Laterza, Bari-Roma, 1996. Nel 1828 Calhoun pubblicò in forma anonima (essendo all'epoca vicepresidente degli Usa) la *South Carolina Exposition and Protest* (in realtà due documenti) in cui espone ampiamente la teoria della *nullification*.

<sup>172</sup> C. Calhoun, “Disquisizione sul governo e Discorso sul governo e la Costituzione”, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1986.

La natura rigorosamente contrattualistica e volontaria dell'Unione che riconosce negli Stati gli unici soggetti originari e sovrani nonché le sole parti contraenti del patto di associazione tra di essi<sup>173</sup>, porta a dedurre l'esistenza di un diritto di interposizione statale tra federazione e cittadini che permette ad ogni singolo Stato di annullare la validità di una legge federale qualora ritenesse lesa la propria sovranità e i diritti dei propri cittadini.

La prima applicazione pratica della teoria della *nullification* si ebbe in South Carolina nel 1828 nei confronti della c.d. "tariffa dell'abominio" che penalizzava pesantemente l'economia agricola e schiavista del sud avvantaggiando quella industriale e manifatturiera del nord.

La contestazione dei dazi stabiliti dal governo federale da parte dei governi degli Stati del Sud rese evidente l'esistenza di interessi ormai inconciliabili nell'Unione e l'estrema difficoltà da parte del governo federale di gestirli in maniera unitaria e imparziale, accontentando le differenti parti.

Al di là dell'incontro e dal diverso peso di ragioni differenti, di ordine economico, morale-culturale e politico-costituzionale, che causarono l'*escalation* che dalla forte contrapposizione portò alla rottura dell'unità, prima economica e culturale poi anche giuridica, del paese, fra un Nord abolizionista e unionista e un Sud schiavista e confederato, ciò che più conta è l'esito di questo conflitto che segna in maniera netta un prima e un dopo nella storia costituzionale degli Stati Uniti.

La guerra civile risolse due questioni cruciali rimaste fino ad allora in bilico: da una parte segnò la fine dell'esistenza legalmente riconosciuta e moralmente accettata della schiavitù e dall'altra confermò la supremazia del governo federale<sup>174</sup> che si vide riconosciuto un consistente ampliamento dei propri obiettivi anche nell'importante ambito della tutela dei diritti civili, tradizionalmente terreno di esclusiva competenza statale.

---

<sup>173</sup> In base alla *compact theory* del "federalismo autentico" di J. Calhoun, il "*We, the people*" andrebbe letto più correttamente come "*We, the States*" essendo la stessa Costituzione, all'articolo VII, a stabilire che la ratifica di nove Stati su tredici sarebbe stata sufficiente a far entrare in vigore il patto esclusivamente tra gli Stati che l'avessero ratificata. Da tale disposizione e dall'*amending power* (art. V che conferisce il potere di emendare la Costituzione ad una maggioranza di tre quarti degli Stati, una super-maggioranza quale massima autorità costituzionale) si evincerebbe la natura contrattuale dell'Unione e quindi il riconoscimento implicito di un diritto costituzionale alla secessione qualora il patto venisse anche solo in parte violato o modificato senza il proprio necessario consenso. Alla decisione di annullamento può far seguito la secessione, come l'atto di ritirarsi e fuoriuscire dall'Unione, svincolandosi da ogni obbligazione precedentemente sottoscritta se le condizioni iniziali del patto non vengono più osservate o i suoi termini stravolti in modo tale da mutare l'oggetto stesso dell'associazione.

<sup>174</sup> L.H. Tribe, "*American Constitutional Law*", Foundation Press, New York, 1988.

Sappiamo che l'istituto della schiavitù fu inserito in Costituzione attraverso espressioni che inequivocabilmente ne ammettevano la legittimità e ne garantivano il sicuro esercizio (art IV sez 2 e art V parte finale). Il riconoscimento a livello costituzionale della schiavitù, più o meno esplicito che sia, rappresenta in maniera evidente e drammatica una palese e grave deviazione dai principi liberali che si volevano a fondamento del nuovo ordinamento e che questo doveva appositamente garantire. Si tratta di un grosso cedimento rispetto ai principi egualitari a presupposto della teoria liberale dominante ma rappresentò un passaggio obbligato per non vedersi rifiutata in partenza l'approvazione della Costituzione che quindi dovette inevitabilmente piegarsi anche agli interessi schiavisti degli Stati del Sud e includerli nel compromesso costituzionale.

L'esito del conflitto fece prevalere e convalidò la *national theory*<sup>175</sup> mettendo definitivamente a tacere la rivale *compact theory*; come diretta conseguenza della vittoria teorica e militare dei sostenitori di una Unione perpetua nata da un atto solenne del popolo sovrano nella sua interezza. Si innescò, a partire da questo momento, un progressivo, e apparentemente inarrestabile e sempre più marcato, rafforzamento del governo centrale. Negli anni immediatamente successivi alla conclusione della guerra di secessione (tra il 1865 e il 1870) il Congresso si impegnò ad approvare i c.d. *civil war amendments* detti anche emendamenti ricostruttivi (il XIII, il XIV e il XV emendamento) con cui, oltre ad abolire la schiavitù e a concedere il diritto di voto agli afroamericani precedentemente sotto una condizione servile, viene attribuito al legislativo nazionale il potere di far rispettare i diritti fino ad allora esclusi dalla possibilità di disciplinamento e garanzia da parte del livello federale<sup>176</sup>.

È in particolare attraverso il XIV Emendamento del 1868, con la garanzia in esso prevista del *due process* e dell'*equal protection of law* nei confronti di tutti i cittadini dell'Unione, che il governo federale riesce a sfondare le rigide barriere competenziali che separavano in maniera netta, rigida e tendenzialmente insormontabile lo spazio d'azione e d'intervento dei due livelli di governo che, in base all'intento originario attribuito ai *Framers*, non avevano alcuna possibilità di incontrarsi e condividere potere e competenze ma agivano, e potevano farlo, solo separatamente ed indipendentemente l'uno dall'altro, ognuno nelle sue rispettive sfere.

---

<sup>175</sup> *Ibidem.*

<sup>176</sup> R.K. Carr, "Federal protection of civil rights", Cornell University Press, Ithaca (New York), 1947.

Gli emendamenti menzionati non saranno però in grado di agire automaticamente ed immediatamente in favore di questa svolta decisiva nei rapporti fra federazione e Stati, ma sarà piuttosto il lavoro d'interpretazione di tali disposizioni svolto dalla Corte Suprema che, come in altre occasioni, ha assunto un ruolo chiave decisivo in questo processo di trasformazione sostanziale della fisionomia stessa e del concreto funzionamento del federalismo statunitense. Quest'ultimo, ancora una volta, risulta dallo sviluppo storico delle dinamiche costituzionali che si innescano fra i poteri e soggetti plurali dell'ordinamento che, governato da un capillare e complesso sistema di *checks and balances*, riesce ad evolversi in forme imprevedute e mai definitive<sup>177</sup>.

La storia costituzionale degli Stati Uniti dimostra e avvalorata, anche in questa occasione, la natura processuale, dinamica ed evolutiva del federalismo, che sfugge a qualsiasi compiuta e definitiva comprensione o definizione. Si tratta di un processo tuttora in corso che pone in continuazione interrogativi, dubbi e problematiche all'interprete, non solo il giudice, chiamato di volta in volta a dotare di senso, inteso sia come significato attuale e puntuale che come direzione proiettata nel futuro, alle disposizioni costituzionali, e ai principi in esse racchiusi, spesso indeterminate, vaghe, generali o astratte, necessitanti, quindi, di specificazione concretizzante.

È importante, quindi, riuscire ad entrare più a fondo negli ingranaggi, non sempre facilmente intelleggibili o quantomeno corrispondenti in pieno al semplice dato formale che dovrebbe descriverli e controllarli, del concreto funzionamento del sistema federale, comprenderne i meccanismi decisivi per scoprire, alla fine, come siano complessi, variabili e dipendenti in gran parte da un insieme di elementi contingenti, vincoli ed opportunità, che favoriscono una certa tendenza, centripeta o centrifuga, e un certo soggetto o livello istituzionale che riesce di fatto a prevalere nell'intreccio di rapporti tra federazione ed enti federati e a determinare la direzione di sviluppo, temporanea e revisionabile, del *federalizing process* e dell'ordinamento giuridico-costituzionale nel suo complesso<sup>178</sup>. L'importanza del ruolo della Corte Suprema e della sua attività interpretativa e di controllo di costituzionalità - fondamentalmente discrezionale, di volta in volta guidata da una valutazione di costi e opportunità politici contingenti del proprio intervento, nonché dall'orientamento politico, ideologico e culturale della maggioranza del collegio dei nove giudici supremi - è fuori da ogni dubbio, soprattutto

---

<sup>177</sup> R. Cordray, "The Supreme Court's role in American Federalism", in "Restoring the balance to the American federal system. A report of the proceedings of the 1995 States' Federalism Summit", The Council of State Governments, Lexington (Kentucky), 1996.

<sup>178</sup> M. Comba, "Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il judicial federalism negli Stati Uniti", op.cit.

nella sua incisiva capacità di determinazione, indirizzo/impulso o convalida/approvazione delle fondamentali traiettorie di sviluppo ordinamentale e giuridico.

In questo modo, anche nelle vicende della guerra civile, la Corte, presieduta all'epoca dal giudice Taney, ha assunto un ruolo determinante nell'acuire la contrapposizione politica, infiammare gli animi e preparare così la strada all'apertura delle ostilità militari, con la storica decisione presa a maggioranza in *Dredd Scott v. Sandford*<sup>179</sup> che aveva minato quella volontà di convalidare la concezione egualitaria di chi si dichiarava nemico del regime schiavista dominante nel Sud e premeva per una sua completa abolizione dall'intero Paese. A fondamento di tale pronuncia, dal significato e dai risvolti politici dirimpenti, la Corte diede come sempre motivazioni di ordine giuridico-costituzionale, in termini di sovranità duale, attinenti quindi alla struttura imprescindibilmente federale dell'ordinamento che impediva alla federazione di intervenire e dirimere questioni rientranti nella potestà residuale, esclusiva ed intoccabile degli Stati, come quelle emerse dalla vicenda – vertente il riconoscimento o meno dello *status* di uomo libero allo schiavo Scott a motivo della sua lunga permanenza in uno Stato non schiavista - giunta innanzi alla Corte.

Le vicende belliche che fecero paventare concretamente il rischio della disgregazione dell'Unione, prodotta dalla secessione degli Stati del Sud confederati, furono anticipate, subendo un'accelerazione, dalla sentenza *Scott* e seguite, segnandone la chiusura, da un'altra storica sentenza, *Texas v. White*<sup>180</sup>.

Se nella prima delle due pronunce la Corte riconferma quell'impostazione originaria che postula l'esistenza degli Stati in forma indipendente e separata dalla federazione nonché la loro sovranità inviolabile nell'ambito dei poteri, la gran parte, ad essi costituzionalmente riservati, con la seconda sorge una nuova interpretazione della Costituzione che rimarca il carattere nazionale più che federale degli Stati Uniti e ne rilegge la storia costituzionale individuandone le radici e il fondamento nell'epoca coloniale.

La giurisprudenza costituzionale cambia l'interpretazione prevalente della natura giuridica e dell'origine culturale dell'Unione per rimarcarne il ruolo storicamente unificante e precedente, o quantomeno compresente, alla costituzione degli Stati.

---

<sup>179</sup> 60 U.S. 19 (1856).

<sup>180</sup> 74 U.S. 700 (1868).

Questo nuovo e opposto orientamento giurisprudenziale segna, a distanza di pochi anni, un cambiamento di rotta nell'inquadramento dell'equilibrio bilanciato delle relazioni tra federazione e Stati, nonché l'avvio dell'epoca del liberalismo c.d. maturo<sup>181</sup>.

La versione "aggiornata" del federalismo è stata strumentale, in quanto ne forniva la necessaria copertura costituzionale, ad un intervento federale più penetrante ed incisivo che, richiesto, all'epoca, dalle urgenze della gravissima crisi generata dalla guerra e dalla successiva difficile ricostruzione, ha fatto avanzare e prevalere la dimensione nazionale nella dinamica dei poteri plurali dell'ordinamento.

La contrapposizione fra Nord e Sud, scaturita dal combinarsi di motivazioni sia economiche che ideologiche, rispecchia le tensioni permanenti fra uguaglianza giuridica e federalismo – come diritto alla differenza –, manifestatesi in forme concrete e violente proprio durante la guerra civile, fra i contrapposti schieramenti che spaccavano il Paese su questioni, come detto, non esclusivamente politico-istituzionali ed economiche ma anche su principi etico-morali ed interessi che toccavano al cuore il valore della libertà e della giustizia.

Questa profonda crisi del sistema venne superata attraverso uno di quei *constitutional moments*<sup>182</sup> ackermaniani in cui il popolo si riappropria di un sostanziale potere costituente e della sovranità che gli appartiene, per attribuire nuovi contenuti, nuove priorità e nuovi contorni al sistema costituzionale, si delineano quindi nuovi significati prevalenti, si affacciano nuovi soggetti o cambiano in parte le relazioni e gli equilibri fra quelli esistenti, si utilizzano strumenti giuridici inediti o "riletti" e, in breve, si profilano nuovi scenari costituzionali<sup>183</sup>.

La federazione, a partire dalla vittoria bellica, inizia a giocare un ruolo nuovo, sempre più da protagonista nel nuovo equilibrio tra sovranità federale e statale che progressivamente si viene a creare<sup>184</sup> e che assumerà forme maggiormente cooperative, interattive e fluide.

---

<sup>181</sup> G. Bogneri, "Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. Vol. 1: La Costituzione liberale", op.cit.

<sup>182</sup> B. Ackerman, "We the people. Transformations", Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1998. Cfr. anche M. Goldoni, "La costituzione vivente di Bruce Ackerman", in *Quaderni costituzionali*, n.1, 2009.

<sup>183</sup> Ad avvalorare il profondo e generalizzato cambiamento di paradigma attivatosi a partire dalla conclusione della guerra civile vi è anche, ad esempio, il fenomeno, che prima d'allora sarebbe stato bollato come inammissibile, della massiccia delegazione normativa fatta dal Congresso e poi anche dal Presidente a favore di soggetti terzi, all'epoca inediti, come le agenzie o commissioni amministrative indipendenti istituiti con legge delega dal legislativo.

<sup>184</sup> B. Friedman, "The will of the people. How public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution", Farrar, Straus and Giroux, New York, 2009.

I mutamenti costituzionali intervenuti a seguito della Guerra civile, corrispondenti solo in minima parte alle modificazioni costituzionali formali introdotte dagli emendamenti post-bellici, derivano piuttosto da un sostanziale depotenziamento dell'applicazione, fino ad allora abbastanza rigida, fedele e costante, della teoria dei poteri enumerati, limitati, della federazione e conseguentemente da una fattiva riduzione degli spazi riservati all'autonomia statale, il tutto espressione di una tendenza orientata ad un maggiore centralismo.

Con la vittoria dell'esercito federale guidato dal presidente Lincoln, figura di grande rilievo nel dispiegarsi delle vicende belliche e nel loro esito finale<sup>185</sup>, si inaugura una nuova stagione del costituzionalismo statunitense che attesta idealmente la conclusione del processo di unificazione iniziato in epoca coloniale e solo formalmente conclusosi con l'approvazione della Costituzione del 1787.

Con la centralità assunta all'indomani della guerra dal Congresso nell'opera di ricostruzione del tessuto costituzionale e istituzionale della Repubblica federale la cui sopravvivenza fu messa seriamente a repentaglio dagli Stati ribelli e secessionisti del Sud, si dà attuazione e convalida alla *nathional theory* e alla caratterizzazione dell'Unione come indissolubile e perpetua. È in questi termini che si esprime la Corte Suprema in *Texas v. White* tre anni dopo la conclusione della guerra, in cui suggella il significato della vittoria, capovolgendo la prospettiva adottata nel proprio precedente in *Dredd Scott*, che aveva preceduto e in un certo senso innescato o accelerato lo scontro, rispecchiando in maniera rigida e intransigente lo schema duale dei rapporti tra poteri.

La nuova formula federalista è quella proclamata dalla Corte in *Texas* in cui definisce, nello stesso tempo, indistruttibile l'Unione e altrettanto indistruttibili gli stati che la compongono<sup>186</sup>.

Si fa strada inoltre il concetto di cittadinanza federale e gli emendamenti ricostruttivi, in particolare il XIV, con i loro *enforcement clause* finali, legittimano l'intervento federale positivo a garanzia dei diritti civili di tutti i cittadini dell'Unione. Il XIV Emendamento sarà infatti utilizzato dalla Corte, seppur in maniera oscillante e variabile, come lo strumento principale per incorporare il catalogo dei diritti del *Bill of Rights* ed imporne il rispetto agli Stati<sup>187</sup>. Viene così completamente capovolta l'ottica che aveva portato

---

<sup>185</sup> J. McPherson, *Battle cry of freedom. The civil war era*, Oxford University Press, New York, 1988.

<sup>186</sup> *Texas v. White*, 74 U.S. 700, 725 (1869).

<sup>187</sup> A.R. Amar, *The Bill of Rights and the Fourteenth amendment*, in *Yale Law Journal*, 1992, CI, pp.1193 ss.

ad approvare il famoso *Bill* come quel catalogo di diritti valido esclusivamente contro le possibili e grandemente temute violazioni messe in atto dal livello federale.

Una volta che il fenomeno drammatico della schiavitù aveva evidenziato i rischi in cui si poteva incorrere lasciando la disciplina dei diritti degli individui esclusivamente agli Stati e si rese quindi necessario un intervento a carattere unitario del Congresso nella promozione e difesa dei diritti costituzionali, in questo modo “nazionalizzati”, anche la Corte Suprema acquisisce di conseguenza un ruolo nuovo, unificante e di garanzia dei confini, parzialmente ma significativamente rimodellati, della sovranità di ciascun livello istituzionale, fornendo lo strumento principe di chiusura istituzionale al sistema federale<sup>188</sup>, plurale, perennemente in movimento e in tensione.

#### **4.3 Il liberalismo maturo e la *Lochner Era***

Il momento di profonda crisi costituzionale generato dalla guerra civile, dai suoi presupposti, sviluppi ed effetti, venne superato dall'intervento, per la prima volta da protagonista attivo, della Federazione, non soltanto nelle operazioni belliche ma soprattutto nella successiva e complicata fase di ricostruzione, che richiese e giustificò l'avvio di un'opera incisiva di rafforzamento della dimensione nazionale su quella statale, l'inizio di un maggiore interventismo dello Stato centrale in nuovi ambiti, in risposta a nuove necessità, non solo quelle ricostruttive, e in sintonia alle nuove interpretazioni del ruolo e delle finalità assegnate al governo federale che sorressero e legittimarono una tendenza al centralismo.

La guerra ha spaccato e distrutto il paese, ha compromesso il futuro dell'Unione mettendone a nudo difficoltà e debolezze, ma alla fine è stata anche in grado di agire da strumento collante per la nuova ripartenza costituzionale<sup>189</sup>.

La crisi è stata di enorme portata ed altrettanto penetrante è stato l'intervento messo in atto dal *federal government* per farvi fronte e superarla.

È stata la consapevolezza delle possibili conseguenze negative e dei rischi, sul piano del mantenimento dell'unità giuridica, prodotti dal rispetto intransigente dell'equilibrio duale dei poteri, dall'applicazione rigorosa della teoria dei poteri enumerati,

---

<sup>189</sup> M. Gorlani, “*Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*”, op.cit.

dall'inflessibilità nell'intendere gli spazi d'intervento dei due livelli, a legittimare, in questa fase, un'azione unitaria e più incisiva del livello federale.

La guerra aveva evidenziato gravi problematiche, prime fra tutte la fragilità e precarietà di un governo federale la cui autorità e supremazia ancora non venivano unanimemente accettate ma spesso viste con sospetto e disappunto. La contestazione aveva raggiunto il suo picco massimo con la guerra, sfociando in rifiuto totale dell'esistenza stessa e della legittimità ad agire in forma sovraordinata della federazione; la delegittimazione che colpì il governo di Washington durante la guerra civile mise in moto, come risposta risolutiva, un processo graduale ma incisivo di accentramento del potere e di ampliamento della capacità d'intervento del governo centrale in ambiti che fuoriuscivano da quelli esplicitamente fissati in Costituzione. Si tratta di un cambiamento costituzionale marcato ma che, ovviamente, non si verificò tutto d'un tratto né coincise semplicemente con le modifiche formalmente apportate in Costituzione tramite, i pur importanti, emendamenti ricostruttivi postbellici.

Ad esempio, l'eliminazione della schiavitù, il riconoscimento del diritto di voto agli afroamericani, l'affermazione del principio di uguaglianza, pur costituzionalizzati, rimasero a lungo su un piano esclusivamente formale, ovvero non coincisero prontamente con un riconoscimento effettivo, intransigente e giustiziabile, dei *privileges and immunities* riconosciuti a tutti i cittadini dell'Unione, a prescindere dall'appartenenza razziale e statale. Nonostante l'impegno preso dalla federazione all'indomani della guerra, con l'approvazione degli emendamenti, nell'assicurare il godimento pieno e generalizzato dei diritti civili e politici da parte di ogni cittadino dell'Unione, tale compito non fu adeguatamente soddisfatto, almeno non nel breve periodo.

Difatti, riuscì a permanere molto a lungo, nel sistema istituzionale e nel tessuto socio-culturale, un profondo sentimento razzista e un atteggiamento discriminatorio che si dimostreranno difficilmente estirpabili interamente.

Ci vorrà un'altra "rivoluzione" costituzionale, quella avvenuta un secolo dopo, principalmente per via giurisprudenziale, ad opera della Corte Suprema presieduta dal giudice Warren, per riuscire a portare a termine il processo di trasformazione formalmente iniziato con le modifiche costituzionali apportate e gli interventi legislativi intrapresi a conclusione della guerra civile.

L'applicazione dei principi dell'*equal protection* e del *due process*, quindi, pur consacrati in Costituzione, la quale, fra l'altro, incaricava espressamente e direttamente

il Congresso di emanare tutta la normativa necessaria allo scopo della loro incondizionata garanzia, svincolandolo così da limiti stringenti, dovette attendere quasi un secolo per trovare una prima e decisiva concretizzazione attuativa.

L'idea di eguaglianza, già solennemente e enfaticamente presente nel preambolo della Dichiarazione d'indipendenza, nella famosa frase "noi crediamo che tutti gli uomini sono nati uguali", in realtà rimase per oltre un secolo mera dichiarazione di principio, convivendo di fatto con gravi, ripetute e lecite (in quanto legalmente previste o ammesse) forme di discriminazione e negazione della libertà.

Basti pensare alla nota sentenza *Plessy v. Ferguson* del 1896 che ridusse enormemente la portata degli emendamenti approvati a conclusione della guerra civile, costituzionalizzando pratiche discriminatorie come la segregazione razziale anche nei luoghi pubblici attraverso l'enunciazione per via giudiziale del principio antieguitario per eccellenza del *separat but equal*. Se con la guerra civile si erano sostanzialmente capovolti i ruoli fra centro e periferia, con l'attribuzione alla federazione di una posizione prevalente e dell'importante compito di garantire l'uguaglianza di tutti nel godimento di un nucleo irrinunciabile di diritti fondamentali, introducendo in questo modo un concetto di cittadinanza nazionale la cui attuazione doveva essere uniforme su tutto il territorio americano, sarà solo coll'attivismo giurisprudenziale di stampo progressista della Corte Warren, negli anni '50 e '60 del Novecento, a dare impulso concreto al processo di sradicamento di ogni forma di discriminazione legalizzata nel Paese. Tale *imput* giudiziale, fece da catalizzatore a un più generalizzato e incisivo processo di tutela nazionale dei diritti civili e politici da parte di Presidente e Congresso, e aprì la strada, nella società civile, alla rivendicazione e alla lotta per i diritti civili delle minoranze.

Con la guerra civile si perfezionò l'Unione, ossia si portò a compimento il processo di unificazione e quindi si completò definitivamente la costruzione della Nazione americana e si spinse decisamente in avanti il consolidamento della federazione che iniziò ad assumere un posto centrale e sovraordinato nei rapporti, inizialmente paritari, con gli Stati.

A partire da questa tappa cruciale della storia costituzionale statunitense, i cambiamenti, non solo istituzionali, cominceranno a farsi più rapidi e incisivi, fino ad arrivare al successivo *turning point* rappresentato dal *New Deal* che modificherà profondamente la forma di stato e di governo degli Stati Uniti.

La questione, poi, introdotta con i *civil war amendments*, dell'introduzione più esplicita di una cittadinanza federale, intesa come quel catalogo comprensivo dei diritti riconosciuti nel *Bill of Rights* – in origine validi, come limiti al potere a garanzia dei cittadini, solo nei confronti della federazione – da garantirsi in maniera unitaria in tutto il Paese anche rispetto alle condotte statali, fu in realtà ampiamente dibattuta e controversa nella giurisprudenza della Corte.

Non fu un processo rapido, completo e pacifico quello dell'incorporazione, tramite il XIV Emendamento e la sua interpretazione variabile, della garanzia della generalità dei diritti del *Bill of Rights* nei confronti degli Stati. Non fu per nulla facile, cioè, riuscire ad obbligare gli Stati a rispettare il *Bill of Rights* nato esplicitamente come argine al solo potere della federazione di incidere, condizionare e limitare i diritti.

La stessa Corte Suprema, a pochi anni di distanza dall'approvazione del XIV Emendamento, ne limiterà fortemente la portata, circoscrivendone l'utilizzo alla sola lotta alla schiavitù. Nonostante l'intento degli estensori del XIV Emendamento fosse quello di creare una *national citizenship* in grado di nazionalizzare i diritti elencati nel *Bill of Rights*<sup>190</sup> e quindi assegnare al governo federale un vero mandato costituzionale per la protezione unitaria e indifferenziata, ovvero a prescindere dallo Stato di provenienza, dei diritti individuali, la Corte ne compresse le enormi potenzialità negando la legittimità dell'incorporazione, prima *in toto*<sup>191</sup>, poi in parte<sup>192</sup>, per giungere, infine, alla più compiuta incorporazione della maggior parte dei diritti, avvenuta ad opera della Corte Warren negli anni '60<sup>193</sup>.

La Corte aveva escluso la *privilege clause* del XIV emendamento come strada per imporre agli Stati il rispetto dei diritti civili del *Bill of rights*. Il catalogo dei diritti verrà invece richiamato da un'altra parte dell'emendamento, ovvero dal *due process of law*,

---

<sup>190</sup> La finalità dichiarata del XIV Emendamento era quella di superare ciò che la Corte aveva stabilito nella sentenza *Barron v. Mayor and city Council of Baltimore* del 1833, ovvero la negazione esplicita dell'applicabilità del *Bill of Rights* agli Stati.

<sup>191</sup> Nella decisione nota come *Slaughter House Cases* (83 U.S. 36) del 1873 la Corte lega il XIV emendamento unicamente alla lotta alla schiavitù, circoscrivendo notevolmente il portato normativo dei *civil war amendments*, ribadendo la pienezza dei poteri statali nelle materie non ricomprese nei poteri enumerati federali e negando una lettura degli emendamenti come concedenti nuove competenze alla federazione. Gli Stati, quindi, mantengono la stessa generale potestà di governo, il *police power*, che detenevano prima dell'approvazione degli emendamenti.

<sup>192</sup> Nella decisione nota come *Civil Rights Cases* (109 U.S. 3) del 1883 la Corte nega al Congresso, dichiarando incostituzionale il *Civil Rights Act* del 1875, la possibilità di disciplinare, attraverso il XIV emendamento, le condotte dei privati (tale lettura viene ribadita nel più recente caso *United States v. Morrison* del 2000). È chiarificato, inoltre, che la competenza del Congresso, discendente dall'emendamento in questione, è limitata soltanto a rimediare a leggi statali discriminatorie, modificandole o annullandole ma non include la facoltà di adottare misure positive anche quando colmino delle lacune legislative statali.

<sup>193</sup> B. Schwartz, "*The great rights of mankind. A history of American Bill of Rights*", Oxford University Press, New York, 1977.

che vieta agli Stati di privare qualunque individuo della vita, della libertà e della proprietà senza che i pubblici poteri seguano delle procedure formali di garanzia (*procedural due process*) e forniscano adeguate e legittime giustificazioni per le limitazioni di tali diritti (*substantive due process*)<sup>194</sup>.

Dopo un iniziale e totale rifiuto dell'utilizzo della dottrina dell'*incorporation*, la Corte inizia gradualmente ad aprirsi al suo riconoscimento parziale e condizionato<sup>195</sup>.

La questione che rimarrà a lungo ampiamente dibattuta sarà in che misura il catalogo dei diritti del *Bill of Rights* sia da considerarsi richiamato dal XIV emendamento, possa essere incorporato nella sua *due process clause* e quindi debba farsi valere anche nei confronti degli Stati. Si ci interrogherà lungamente se le garanzie previste dal *Bill* siano tutte parimenti essenziali da dover essere tutelate in maniera uniforme anche nei confronti dell'azione statale, o se soltanto alcune di esse siano fondamentali alla protezione della giustizia e della libertà insita nel *due process*. L'orientamento prevalente nelle pronunce della Corte sarà corrispondente ad una incorporazione selettiva<sup>196</sup> in base alla quale i giudici della Corte con, di fatto, ampia discrezionalità, assumono il compito di valutare, di volta in volta, in base alla *case by case rule*, quali libertà siano meritevoli di tutela nei confronti degli Stati, nonché la presunta violazione del *due process*; in questo modo viene lasciato nelle mani della Corte Suprema il compito di definire, in ogni singolo caso, i confini della tutela federale dei diritti, potendoli, di fatto, liberamente dilatare o restringere. Per i sostenitori di una riduzione dell'eccessiva discrezionalità lasciata alla Corte, insita nella teoria dell'incorporazione totale<sup>197</sup> - prevalsa durante il periodo "rivoluzionario" pro-diritti della Corte Warren che riuscì nel suo intento riformatore e progressista, tranne per alcune eccezioni -, si voleva creare un catalogo uniforme di diritti validi per ogni cittadino dell'Unione, nei confronti

---

<sup>194</sup> E. Chemerinsky, "Constitutional law", Aspen Law and Business, New York, 2001.

<sup>195</sup> Il primo caso in cui la Corte inizia chiaramente a considerare e discutere del processo dell'incorporazione, riconoscendone la validità, almeno per alcuni dei diritti tutelati nei primi otto emendamenti del *Bill of Rights*, è *Twining v. New Jersey* (211 U.S. 78) del 1908. In questa occasione viene riaperta la questione, contestata ma comunque lasciata in sospeso, della nazionalizzazione del *Bill of Rights*; si riconosce l'esistenza di alcuni diritti, in esso contenuti, dal carattere inalienabile che li collocherebbe a fondamento dei principi stessi di libertà e giustizia. Per tale natura inderogabile ed essenziale sono da incorporare nelle garanzie del *due process* e quindi necessitano di esser tutelati anche contro azioni statali. Tale sentenza, nonostante neghi, nel merito, l'applicabilità del V emendamento agli Stati, apre la strada a future decisioni in cui verrà ammessa un'applicazione via via più vasta della dottrina dell'*incorporation*, fino a toccare il *quantum* massimo nel corso degli anni sessanta, grazie, soprattutto, all'attivismo progressista della Corte Suprema presieduta da Warren che, congiuntamente alle iniziative di Congresso e Presidente, nonché alla mobilitazione della società civile, farà ricordare questi anni come la *Civil Rights Revolution*.

<sup>196</sup> B. Schwartz, op.cit.

<sup>197</sup> Fra i maggiori fautori di tale teoria il giudice Black in un'opinione concorrente nel 1968 (*Duncan v. Louisiana*).

di ogni livello di governo. Alla base di tale orientamento vi era la convinzione della necessità che il *Bill of Rights* fosse interpretato e applicato in maniera uniforme su tutto il territorio degli Stati Uniti, indipendentemente, occorre sottolinearlo ancora una volta, dal livello di governo nei confronti del quale doveva esser fatto valere. La funzione della Corte diventa quindi quella di imporre un'unica interpretazione delle disposizioni del *Bill of Rights*, una lettura omogenea e indifferenziata sul territorio federale dei diritti di ogni cittadino. Dovendo assegnare alle disposizioni costituzionali riguardanti i diritti il medesimo significato e dovendole, attraverso l'avvenuta incorporazione degli stessi nel *due process* del XIV Emendamento, far valere nei confronti di ogni livello di governo, la Corte Suprema poteva anche cassare le leggi statali che non vi si attenessero.

Ancora una volta, però, le corti statali, in particolare le corti supreme, contestarono il potere della Corte Suprema federale di imporre le proprie interpretazioni a tutti i livelli, in particolare quelle del *Bill of rights*, rivendicando contestualmente un proprio diritto a fornire letture ermeneutiche differenti derogando, solo *in melius*, secondo il principio del *favor libertatis*, alle interpretazioni rese dalla Corte Suprema sul contenuto uniforme dei diritti<sup>198</sup>.

L'idea di una doppia cittadinanza dal contenuto differente e complementare viene definitivamente superata. Inoltre, c'era chi sosteneva perfino la necessità di una *total incorporation plus*<sup>199</sup> o *refined incorporation*<sup>200</sup> in base alle quali, non solo il catalogo dei diritti compresi nel *Bill of Rights* andava interamente garantito dalla federazione in maniera indifferenziata sul territorio nazionale contro le possibili violazioni statali, ma anche quei diritti non esplicitamente contenuti nel *Bill* e quelle libertà non testualmente riconosciute a livello costituzionale potevano necessitare ugualmente riconoscimento e protezione generalizzati.

Occorre ricordare che in più occasioni la Corte Suprema ha precisato e circoscritto il potere del Congresso discendente dal XIV emendamento e dal suo *enforcement clause*, come quel potere esclusivamente correttivo, un *remedial power*, che lo autorizzava ad intervenire nei confronti della legislazione statale solo nel caso in cui fosse evidente una

---

<sup>198</sup> Tale teoria, detta *new judicial federalism*, sostiene la possibilità, da parte delle corti supreme statali, di distaccarsi dalle letture dei diritti fornite dalla Corte Suprema nel caso in cui ciò significhi un maggior livello di tutela dei diritti in questione. A formularla la prima volta fu il giudice Brennan nel 1977, in risposta agli orientamenti restrittivi in tema di diritti, emersi durante gli anni della Corte, tendenzialmente conservatrice, presieduta da Burger.

<sup>199</sup> Due opinion dissenzienti nel caso *Adamson v. California* del 1952, firmate dai giudici Murphy e Rutledge, sostengono la necessità di adottare tale teoria.

<sup>200</sup> A.R. Amar, *"The Bill of Rights: creation and reconstruction"*, Yale University Press, New Haven, 1998.

violazione dei diritti costituzionali per come tassativamente definiti dalla Corte Suprema, senza alcuna autorità riconosciutagli di dare contenuto diverso ai diritti, quindi venendo anche esclusa la possibilità di fornirne una definizione più ampia e quindi un maggior livello di protezione (*City of Boerne v. Flores*, 1997)<sup>201</sup>. Il potere congressuale di *enforce* non può essere quindi *substantive* ma solo repressivo o di surroga nei confronti di normative statali che violino in maniera manifesta i diritti dal contenuto vincolativamente definito dalla Corte Suprema. Vedremo più avanti come le interpretazioni in molti casi “creative” prodotte, nel periodo “democratico”, dalla Corte Warren, di stampo progressista, abbiano fornito una speciale garanzia costituzionale ai principi della democrazia formale e ai diritti fondamentali, civili e politici, lasciando però alla piena discrezionalità dei poteri politici, Presidente e Congresso, la disciplina dell’economia e dei rapporti sociali.

Se la giurisprudenza costituzionale è intervenuta nella definizione di alcuni principi connessi con la forma di governo democratica, non l’ha altrettanto fatto con la forma di stato.

È per questo differente atteggiamento della Corte che inizia a farsi più evidente la configurazione e l’esistenza di una Costituzione in senso più ampio, sostanziale, priva di copertura giustiziabile fornita dalla giurisprudenza costituzionale ma comunque dotata di una particolare stabilità e importanza nella strutturazione e nel funzionamento concreti dell’ordinamento, a fianco ad una Costituzione formale che comprende le clausole in essa testualmente contenute per come lette e interpretate autorevolmente dalla Corte Suprema.

Alcune delle modificazioni costituzionali più significative sono avvenute non tanto attraverso il procedimento costituzional-formale, speciale ed aggravato, dell’emendamento ex art V, ma aggirando, di fatto, il carattere rigido della Costituzione, e modificandola per mezzo, soprattutto, della giurisprudenza costituzionale della Corte Suprema dal carattere evolutivo. Queste modifiche, pur avvenute al di fuori delle procedure formali prescritte in Costituzione, hanno acquisito una valenza parimenti costituzionale, tanto da essere racchiuse ugualmente nella Costituzione formale “vivente” e coperte dalla relativa garanzia.

Altre modifiche, pur consistenti e durature, sono avvenute, invece, attraverso importanti leggi ordinarie e prassi esecutive-amministrative e sono andate ad inserirsi nel quadro

---

<sup>201</sup> M.W. McConnell, “*Institutions and interpretation: a critique of City of Boerne v. Flores*”, in <<*Harv.L.Rev.*>>, 1997, CXI.

della Costituzione materiale, come alcuni dei rapporti tra i poteri politici e tra questi e la società civile, che si inseriscono sul piano del diritto vivente, come prassi del “diritto in azione”<sup>202</sup>, ma rimanendo sprovviste delle garanzie che la Corte è in grado di assicurare tramite la sua lettura autoritativa che le collega e le ancora a clausole costituzionali formali.

È il caso questo della Costituzione “economica e sociale” che emerge e si consolida a partire dal *New Deal* e che si caratterizza per un moderato interventismo dello Stato centrale che può ora correggere e integrare il robusto capitalismo statunitense di base.

Ma occorre andare per ordine. Prima di arrivare ad analizzare i maggiori fattori di cambiamento che hanno condotto dalla versione “liberale” a quella “democratica”<sup>203</sup> della Costituzione statunitense è utile fare alcune premesse sul periodo immediatamente precedente, quello che intercorre tra la fine della guerra civile e il *New Deal*.

Questa fase rappresenta il momento di perfezionamento della Costituzione liberale, che raggiunge il suo stadio di maturazione e pieno compimento ma che nello stesso tempo preannuncia e dà i primi timidi segnali del cambiamento di paradigma che avverrà di lì a breve.

La stagione politico-istituzionale della ricostruzione post-bellica, vede una prima chiara collocazione del livello di governo federale al vertice dei poteri dell’ordinamento della repubblica statunitense. Diventa in questa fase evidente e indiscutibile il ruolo unificante e prevalente dell’Unione che interviene anche sull’architettura costituzionale degli Stati, decretando la fine del sistema schiavista attraverso l’accettazione da parte degli Stati del Sud del XIII emendamento. Questi stessi Stati però si ritennero comunque liberi di emanare leggi speciali e discriminatorie in materia civile e penale nei confronti dei neri – i *Black Codes* -, restringendone pesantemente i diritti rispetto a quelli goduti dai bianchi.

Per porre rimedio a tale eclatante e radicata ingiustizia il Congresso approvò il *Civil Rights Act* nel 1866 e il testo del XIV emendamento che, come evidenziato, per la straordinaria generalità della clausola *del due process*, prospettava un’applicazione centralizzata potenzialmente a vasto raggio e un ampliamento di fatto consistente delle competenze del *federal government* a danno dell’autonomia garantita degli Stati. Questi sono i titolari di un generale ed esteso *police power* che gli consente di regolare e limitare, di fatto liberamente, le situazioni giuridiche soggettive per motivi legati al

---

<sup>202</sup> G. Bognetti, “Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti, II, La Costituzione democratica”, Giappichelli, Torino, 2000.

<sup>203</sup> *Ibidem*.

benessere della collettività. L'adozione del XIV emendamento avrebbe sicuramente inciso, limitandolo, sul *police power* statale ritenuto intoccabile dalla federazione e questo spiega perché il consenso degli Stati, richiesto per l'approvazione definitiva, nell'immediato venne a mancare. Il Congresso così decretò per legge la costituzione di governi controllati dai militari e l'occupazione militare di quegli Stati ribelli durante la guerra civile e recalcitranti all'ingresso dell'emendamento, appena approvato dal Congresso, nel diritto costituzionale vigente (la ratifica statale dell'emendamento era stata posta, inoltre, come condizione alla riammissione dei rappresentanti degli Stati secessionisti al Congresso).

Questa misura estrema, sulla cui legittimità costituzionale la Corte Suprema dovette rinunciare ad esprimersi<sup>204</sup> (il Congresso ostacolò con ogni mezzo a che la Corte si pronunciasse nel merito, approvando anche una legge che ne privava la giurisdizione sui casi riguardanti la questione), fece ottenere il voto positivo al XIV emendamento, celando la sostanziale coercizione sottostante a quel formale e regolare consenso.

È legittimo ritenere che tale sostanziale irregolarità all'origine dell'approvazione del XIV emendamento, che occultò la mancanza di un consenso autentico da parte di alcuni Stati, circostanza questa che ne avrebbe compromesso, se non bloccato, l'entrata in vigore, spinse tacitamente la Corte Suprema a dare un'interpretazione fortemente restrittiva delle sue disposizioni, quantomeno nel periodo immediatamente successivo alla sua adozione e poi successivamente in modo discontinuo. La Corte interpretò gli emendamenti del dopo-Guerra Civile in modo da impedire esplicitamente il possibile ampliamento delle competenze legislative dello Stato centrale rispetto a quelle originariamente assegnategli dalla Costituzione. Se si considerano i principi enunciati in termini generalissimi e le clausole esecutorie contenuti negli emendamenti, gli effetti centralizzatori ed uniformizzatori degli stessi sarebbero potuti essere decisamente notevoli e produrre un concreto restringimento dell'autonomia garantita degli Stati.

La giurisprudenza della Corte Suprema impose a tal fine precisi e stringenti limiti a questo probabile utilizzo centralizzatore ma nello stesso tempo si riservò in maniera esclusiva la competenza ad individuare i principi giuridici supremi di giustizia soltanto la cui violazione, da imputare esclusivamente ad una *state action*, poteva legittimare un intervento correttivo/sanzionatorio di una legge del Congresso<sup>205</sup>.

---

<sup>204</sup>(*Ex parte McCardle*, 1869).

<sup>205</sup> Le norme federali approvate dopo la conclusione della guerra civile per il riconoscimento agli ex-schiavi e in generale alle persone di colore di un bagaglio di diritti civili e politici, come il *Civil Rights Act* del 1866 ed altri atti successivi, furono dalla Corte dichiarati incostituzionali, in quanto definenti in

La Corte si definì l'unica e sovrana determinatrice dei principi supremi da utilizzare nel delicato bilanciamento che effettua nel sindacato di costituzionalità dell'intero diritto, sia dell'ordinamento federale che degli ordinamenti statali, in materia di diritti fondamentali e nella salvaguardia generale del giusto equilibrio nei rapporti fra Stato centrale e Stati membri. Inizialmente la Corte manifesta un chiaro interesse a proteggere le entità federate dalla propensione del governo centrale ad estendere i propri poteri ed interferire negli affari interni riservati all'autonoma determinazione degli Stati, come in origine era anche la disciplina dei diritti individuali.

Il caso *Lochner v. New York* del 1905 segna un'altra tappa importante nel costituzionalismo statunitense tanto da caratterizzarne un'intera fase con il suo nome (*Lochner era*) o comunque un orientamento giurisprudenziale dominante per decenni negli Stati Uniti (*Lochnerism*). Si tratta di una sentenza fra le più discusse e criticate della giurisprudenza della Corte Suprema che tocca i diritti fondamentali ricomprendendo fra essi anche le libertà economiche, nel caso di specie, la libertà contrattuale.

Secondo l'interpretazione adottata dalla Corte che include nella *liberty* protetta dal *due process* del XIV emendamento anche la libertà di contratto, la legge dello Stato di New York che fissava l'orario massimo di lavoro al giorno e alla settimana per i fornai – *Bakershop Act* – era incostituzionale. Nel bilanciamento effettuato nel *reasoning* dell'opinione di maggioranza, il giudice redattore della sentenza, Peckham, nega l'esistenza di un ragionevole nesso fra il fine della norma impugnata, la salvaguardia, attraverso l'esercizio del *police power* statale, del bene della salute pubblica, e i mezzi utilizzati allo scopo, la limitazione per legge della libertà contrattuale di datori di lavoro e lavoratori. L'orientamento della Corte, dominante in questa fase ed evidente dall'analisi della sentenza *Lochner* e di altre riguardanti leggi statali e federali che intendevano regolare diversi aspetti del rapporto di lavoro (e che furono nella maggior

---

modo diretto e positivo i diritti dei neri, andando in questo modo oltre alle facoltà rimediali d'intervento del Congresso interpretate legittime dalla Corte stessa. Le potenzialità inscritte nel XIV emendamento, relative alla possibilità di agire da barriera contro ogni tipo di discriminazione a tutti i livelli furono, inoltre, notevolmente ridotte, se non azzerate, anche dall'esclusione delle azioni discriminatorie fatte da privati dal potere correttivo/punitivo del Congresso, in base sempre a quanto stabilito dalla Corte Suprema (nella decisione nota come *Civil Rights Cases* del 1883 il cui divieto nei confronti del Congresso a disciplinare le condotte dei privati in base al XIV emendamento viene ribadito nella sentenza *United States v. Morrison* nel 2000).

parte dei casi dichiarate incostituzionali<sup>206</sup>), rispecchiava in maniera chiara l'ideologia economica conservatrice della maggioranza dei giudici.

Fedele ad una ideologia liberale e liberista e al dogma del *laissez-faire* del mercato il cui libero svolgimento doveva essere salvaguardato nei confronti di qualsiasi intervento regolativo, dirigistico e men che meno perequativo, ad opera dei pubblici poteri, statali o federali che fossero, la maggioranza dei giudici supremi invalidò molte leggi statali e federali che si proponevano di disciplinare alcuni aspetti del rapporto di lavoro, bollandole come irragionevoli e illegittime limitazioni delle libertà fondamentali e inviolabili dei cittadini. L'indirizzo prevalente seguito dalla Corte in questo periodo della sua giurisprudenza costituzionale mette in risalto diversi aspetti di cruciale importanza.

Innanzitutto *Lochner* è considerata un emblema del *judicial activism* nonché un esempio dei pericoli della *judicial review*<sup>207</sup>. *Lochner* viene identificata con la costituzionalizzazione di *judicial policy preferences*, con una giurisprudenza ideologicamente orientata che usurpa il ruolo del legislatore e che sostituisce al *judicial method* una *judicial legislation*<sup>208</sup>.

*Lochner* rappresenta la sentenza-manifesto dell'orientamento politico-ideologico dominante della Corte Suprema in questa fase storica che si esprime attraverso il *liberal argument* e rigetta ogni sforzo regolativo di Stati e federazione in ambito socio-economico, anche quando con finalità democratiche e di giustizia sociale.

L'ampiezza del margine di scelta normalmente connaturato alla discrezionalità propria dell'azione politico-legislativa risulta condizionato e compromesso dall'attività interpretativa esercitata dalla Corte Suprema che riesce ad imporre il proprio orientamento politico sulle decisioni, democraticamente prese, dei legislatori, statali e federali, democraticamente eletti.

Fra le libertà protette dal *due process* del V e del XIV emendamento, ad essere privilegiate nell'operazione di bilanciamento compiuto dalla Corte, in cui viene adottato il criterio della ragionevolezza, fra fini legittimi e mezzi adeguati agli scopi, nel periodo del liberalismo maturo troviamo sicuramente la gamma di libertà economiche legate al libero mercato e alla proprietà privata.

---

<sup>206</sup> Dal 1897 al 1937, periodo della giurisprudenza della Corte Suprema indicato come *Lochner era*, circa 200 leggi statali e federali che intendevano regolare un'ampia gamma di rapporti di mercato e di lavoro, sono state dichiarate incostituzionali.

<sup>207</sup> S. Choudhry, "The *Lochner era* and comparative constitutionalism", Berkeley Law Scholarship Repository, vol.2, n.1, 2004, pp.1-55.

<sup>208</sup> B.N. Cardozo, "The nature of the judicial process", 115, Yale University Press, New Haven, 1921.

Nella realtà giuslavorista, inoltre, vengono avvantaggiati, in maniera specifica e diretta, gli interessi degli imprenditori e datori di lavoro in genere che si vedono riconoscere dalla Corte la legittimità della stipula di *yellow dogs contracts* nonché la possibilità di ricorrere e ottenere delle *labor injunctions*. Si tratta di strumenti in grado di ostacolare pesantemente, se non di bloccare, il diritto, fra l'altro non riconosciuto, allo sciopero (corredato alla possibilità di intentare un'azione per danni da condotta sindacale anticoncorrenziale) e l'adesione ad organizzazioni sindacali, trattati, in molti casi, alla stregua di illeciti.

Questo orientamento rispecchiava quella fede assoluta nella bontà del *laissez-faire* e nell'autonomia della società civile che si garantiva attraverso la protezione della proprietà privata, della libertà assoluta del mercato, del contratto e dell'iniziativa economica privata da qualsiasi intervento regolativo dei pubblici poteri.

La Corte Suprema, però, continua a mantenersi legata in maniera inflessibile a questo filone interpretativo anche quando i poteri politici, a livello statale e federale, iniziano a manifestare le prime aperture verso nuove concezioni del ruolo dello Stato nei rapporti economici, produttivi e sociali<sup>209</sup>, un diverso paradigma delle relazioni tra stato-apparato e società civile e una nuova distinzione, meno rigida, fra pubblico e privato.

Dall'esclusione intransigente di un interventismo statale per scopi di disciplinamento dell'economia e di indirizzo dei suoi sviluppi, si è passati, già sul finire del XIX secolo, ad un timido ingresso normativo dello Stato nell'ambito dei rapporti economici privati.

Il Congresso, ad esempio, approva lo *Sherman Act* nel 1890 e il *Clayton Act* nel 1914, primi esempi di legislazione *antitrust* che la Corte Suprema interpreta in modo da renderla compatibile con la logica liberista di un sistema capitalistico espansivo e dinamico e di un modello di sviluppo dell'industrializzazione<sup>210</sup> peculiare e rapido.

---

<sup>209</sup> In ossequio alla logica liberale e individualista la libertà d'iniziativa economica privata viene equiparata, nei fatti, ad un diritto costituzionalmente riconosciuto e protetto in ogni campo della produzione e distribuzione di beni e servizi. L'economia e il mercato dovevano di norma svilupparsi in assoluta libertà a meno che l'attività economica privata venga dalla Corte Suprema valutata "*affected with a public interest*" e richieda un intervento regolativo pubblico. La Corte sarà molto severa nel riconoscere, attraverso un vaglio molto stringente e severo, la presenza degli estremi, da essa stessa individuati, che facciano ammettere la ragionevolezza di un intervento pubblico regolativo, limitativo o correttivo della tendenzialmente piena libertà del privato, in particolare in ambito economico. La Corte sarà a lungo il massimo difensore delle libertà economiche dei privati, censurando quegli interventi dei pubblici poteri che interpretasse contrari ai principi supremi che, autoritativamente e discrezionalmente, leggeva nella Costituzione, primo fra tutti quello della piena autonomia della società civile soprattutto nel mercato.

<sup>210</sup> Si tratta di processi di modernizzazione e di industrializzazione che coniugano una straordinaria espansione territoriale e demografica – dovuta soprattutto ai flussi migratori dal 1840 al 1920 – all'abbondanza di risorse naturali, alla forte propensione all'innovazione tecnologica e alla meccanizzazione (inizialmente per sopperire alla carenza di manodopera, seppur qualificata), alla costruzione di trasporti rapidi – soprattutto le grandi ferrovie – che unificavano il grande mercato, alla disponibilità e all'accumulazione di capitali, ad un generalizzato incoraggiamento all'ingegnosità e

Vengono inoltre create le prime autorità amministrative indipendenti<sup>211</sup> come la *Federal Trade Commission* e la *Interstate Commerce Commission* che si occupano di vigilare sulla concorrenza fra imprese, impedire i monopoli e regolare i trasporti nazionali.

Questi ed altri interventi normativi federali verranno fatti discendere dal potere del Congresso sul commercio interstatale che, come vedremo, a partire dalla svolta del *New Deal* assumerà un nuovo e più esteso significato.

Per quanto riguarda la politica monetaria sappiamo che questa, in Costituzione, venne attribuita in via esclusiva alla potestà del Congresso con il suo potere di coniare la moneta. Fino alla guerra civile non fu chiaro però se il Congresso avesse anche l'autorità di emettere carta-moneta ed imporne il corso forzoso.

La Corte Suprema, a riguardo, si espresse inizialmente dando un responso negativo, tuttavia, ben presto, rovesciò la sua decisione e abbandonò l'iniziale contrarietà, legittimando la stampa dei primi dollari cartacei a cui gli Stati Uniti ricorsero per far fronte alle esigenze belliche.

Per quanto riguarda la tassazione, ancora una volta, sarà la Corte a bloccare un primo tentativo federale di imposizione di una tassa progressiva sui redditi individuali, giudicandola incostituzionale in *Pollock v. Farmers' L and T.Co.* nel 1895, limitando così l'imposizione tributaria a livello nazionale alle sole imposte indirette.

La Corte si opporrà fortemente a qualsiasi apertura verso un'imposizione progressiva a fini equitativi e redistributivi della ricchezza nazionale e assumerà anche il compito di constatare l'esistenza e la validità degli scopi di pubblica utilità da riscontrare in ogni tributo, i soli che ne legittimano l'imposizione.

I primi significativi cambiamenti si hanno a seguito dell'approvazione nel 1913 del XVI emendamento che attribuisce esplicitamente al Congresso un pieno potere impositivo.

La Federazione avrà a disposizione, a partire da questo momento, di una più ampia e libera facoltà di determinazione, imposizione e riscossione dei tributi, anche in forma diretta, che le permetterà, soprattutto a partire dal *New Deal*, di ampliare a dismisura il suo *spending power* in nuovi ambiti. L'emendamento, infatti, fornirà la necessaria copertura finanziaria agli interventi regolativi federali sempre più numerosi in ambito economico e sociale.

---

all'iniziativa privata, alle politiche protezionistiche e all'introduzione del fordismo e del taylorismo all'inizio del '900.

<sup>211</sup> Degna di nota è la *Civil Service Commission* creata con legge dal Congresso nel 1883. Questa rappresenta la prima riforma dell'amministrazione pubblica con cui si introduce il *merit system* sostituendolo, in gran parte (i livelli inferiori dell'organizzazione amministrativa dello Stato centrale), al meccanismo politicizzato di accesso ai pubblici uffici dello *spoils system* e riducendo in questo modo i poteri del Presidente sulla P.A. La creazione di questa e di altre Commissioni indipendenti, via via più numerose e con più poteri, ha costituito una rottura del rigido schema tripartitico della divisione dei poteri e della dipendenza gerarchica e funzionale dell'amministrazione pubblica dal Presidente.

## Capitolo V

### IL NUOVO CORSO DELL'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE

#### 5.1 Le dinamiche costituzionali del *New Deal*: la svolta nella definizione delle sfere di competenza federale e statale

L'evoluzione dell'ordinamento federale statunitense trova nel *New Deal* rooseveltiano e nella relativa giurisprudenza della Corte Suprema – a partire dall'inversione di rotta avuta nel 1937 - un nuovo ed epocale momento di svolta<sup>212</sup>.

Come evidenziato in precedenza, a partire dalla crisi bellica e al fine di superarla, la Federazione ha assunto, nei fatti, un volto nuovo, collocandosi più distintamente al vertice dei poteri dell'intero ordinamento costituzionale e esercitando un ruolo unificante più incisivo e diffuso, anche in nuovi ambiti, precedentemente riservati alla potestà statale. Come quella crisi aveva spinto il sistema ad una reazione risolutiva centralizzatrice che aveva posto il livello federale al centro dello sforzo ricostruttivo e unitario, allo stesso modo, ma in una versione ancora più accentuata e consistente, l'impatto devastante della crisi generata nel sistema economico e finanziario a partire dal 1929, richiese un nuovo bilanciamento dei poteri tra federazione e Stati, anche in questa circostanza a tutto vantaggio della prima.

In nome delle esigenze di riequilibrio economico e sociale e in risposta alla sempre maggiore complessità e ampiezza dei problemi da fronteggiare, la federazione si fece promotrice di un vistoso interventismo statale in ambito economico e sociale senza precedenti<sup>213</sup>.

La gravità e l'estensione della crisi furono sicuramente la molla che diede l'*imput* al processo di trasformazione del federalismo statunitense e che giustificò quella spinta fortemente centripeta e interventista che rilanciò il ruolo della Federazione attraverso la predisposizione di una cospicua regolamentazione economica e sociale di livello nazionale.

---

<sup>212</sup> B. Ackerman, “*We the People. Transformations*”, op.cit.

<sup>213</sup> A. La Pergola, “*Un momento del federalismo statunitense: entra in scena il New Deal*”, in AA.Vv. “*Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. scritti in onore di Costantino Mortati*”, Giuffrè, Milano, 1977.

Da questo momento in poi inizieranno a cambiare, in maniera ancora più penetrante rispetto al passato, degli aspetti cruciali e determinanti della forma di stato e della forma di governo statunitense.

La fisionomia dei rapporti istituzionali fra i poteri muteranno significativamente sia sul piano orizzontale della separazione delle funzioni, caratterizzata da una progressiva e inarrestabile presidenzializzazione e istituzionalizzazione della forma di governo presidenziale<sup>214</sup>, sia sull'asse verticale, con il passaggio dal federalismo duale a inedite forme di federalismo cooperativo<sup>215</sup>, con alcune tendenze competitive.

Il fulcro del processo di trasformazione costituzionale, innescatosi, in una situazione nazionale segnata dalla gravità e urgenza della crisi economica e sociale, su impulso dell'esecutivo del Presidente Roosevelt - distintosi per un attivismo e protagonismo senza precedenti - è individuabile in alcune disposizioni costituzionali che hanno subito una modificazione sostanziale e determinante del proprio contenuto normativo - a fronte di una Costituzione formalmente invariata - soprattutto nella *Commerce clause* (Art I sez.VIII)<sup>216</sup>.

La Corte Suprema ancora una volta sarà chiamata ad intervenire con la sua voce autorevole e definitiva – fino a suoi, sempre possibili, nuovi pronunciamenti - nel processo dinamico di trasformazione dell'ordinamento costituzionale. I cambiamenti intervenuti a livello di Costituzione materiale, o vivente, saranno di gran lunga maggiori, in peso e numero, rispetto alle modificazioni avvenute tramite procedura costituzionale-formale di emendamento al testo della Costituzione. Questo vale per l'intera storia del diritto costituzionale statunitense e ancor di più se si analizza questa fase di profondo e rapido mutamento costituzionale, il nuovo corso del *New Deal* appunto, in cui è stata l'evoluzione giurisprudenziale a formalizzare, tramite le pronunce della Corte Suprema dalla qualità normativo-costituzionale, i cambiamenti avvenuti o in corso nel sistema costituzionale e a legittimare la *voluntas* degli organi politici<sup>217</sup>.

---

<sup>214</sup> A. Lucarelli, "Teorie del presidenzialismo: fondamento e modelli" Cedam, Padova, 2000. Sul tema anche: S. Fabbrini, "Il presidenzialismo degli Stati Uniti", Laterza, Roma-Bari, 1993; M. Comba, "Il Presidente degli Stati Uniti d'America: la persistenza del modello rooseveltiano", in A. Di Giovine e A. Mastromarino, "La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee", Giappichelli, Torino, 2007. Con l'inizio del XX secolo e con l'accelerazione consistente impressa dal *New Deal* inizia definitivamente a tramontare l'epoca caratterizzata dal *Congressional government* e ad emergere e consolidarsi quella dominata dal *Presidential government*.

<sup>215</sup> E. Corwin "The passing of dual federalism", in A.T. Garvey (a cura di), "American constitutional history. Essays by Edward S. Corwin", Harper and Row, New York, 1964, pp. 145 ss.

<sup>216</sup> J.W. Walsh, "True scope and meaning of the commerce clause", Barnard & Miller, Chicago, 1915.

<sup>217</sup> G.E. White, "The Constitution and the New Deal", Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2000.

Dopo una prima fase di opposizione intransigente alle politiche presidenziali del *New Deal* in cui la Corte ha bollato come incostituzionali i primi interventi regolativi predisposti dal Presidente per fronteggiare il carico di problemi economici e sociali generati dalla crisi del '29, si è generata una profonda e repentina inversione di tendenza nella giurisprudenza costituzionale<sup>218</sup>, attraverso una successiva e indispensabile rilettura di quelle clausole costituzionali che, in base all'interpretazione fornita fino ad allora dalla Corte, avevano osteggiato in maniera intransigente ogni intervento pubblico incisivo nelle attività economiche, in grado di apportare delle correzioni e integrazioni significative, seppur comunque parziali, ai meccanismi del libero mercato<sup>219</sup>.

Il cambiamento, avvenuto nell'arco di pochi anni, è di grandissima portata, si colloca, infatti, sostanzialmente a livello costituzionale nonostante sia stato generato sul piano legislativo ordinario e, per tal motivo, non può che aver richiesto l'intervento indispensabile, in questo caso successivo e legittimante, della Corte Suprema quale giudice supremo delle trasformazioni costituzionali<sup>220</sup>.

Il significato principale del *New Deal* è quello legato al profondo e apparentemente repentino mutamento del federalismo statunitense avvenuto in contemporanea, e in strettissima connessione, alla variazione degli equilibri fra i poteri federali caratterizzati, a partire da questo momento, da un marcato protagonismo presidenziale.

Mutano completamente gli equilibri e i rapporti fra i poteri dell'intero ordinamento, sia a livello orizzontale della divisione funzionale dei poteri, con un accentuazione esponenziale delle prerogative presidenziali anche in ambito legislativo e un corrispondente significativo indebolimento, se non declino, della precedente centralità del Congresso<sup>221</sup>, sia sull'asse verticale della separazione territoriale dei poteri, con un vistoso centralismo che ha implicato, di fatto, l'avocazione di numerose competenze, fino ad allora di indiscutibile ed esclusiva spettanza statale – secondo la rigida logica duale -, a favore del governo federale o comunque la fine delle autorità nettamente ripartite e la configurazione di poteri di fatto condivisi o concorrenti. Si tratta, a ben

---

<sup>218</sup> Il rapido passaggio dalla bocciatura del primo gruppo di riforme predisposte da Roosevelt nel 1933 – noto come il primo *New Deal* – alla validazione della normativa approvata nel 1935 – il secondo *New Deal* che ha configurato lo Stato regolatore e interventista nelle sfere dell'economia, del lavoro e dei servizi sociali – è avvenuto sotto la minaccia rooseveltiana del *Court Packing Plan* (progetto di legge ordinaria che prevedeva la sostituzione dei giudici che avessero compiuto 70 anni d'età ma che non ottenne l'approvazione del Congresso) ma anche per una maggiore consapevolezza del perdurare della crisi e del consolidamento del consenso elettorale al programma di riforme economiche e sociali presentato da Roosevelt alle elezioni del 1937 (anno della seconda rielezione).

<sup>219</sup> B. Cushman, *“Rethinking the New Deal Court: The Structure of a Constitutional Revolution”*, Oxford University Press, New York, 1998.

<sup>220</sup> S.M. Griffin, *“Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica”*, il Mulino, Bologna, 2003.

<sup>221</sup> W. Wilson, *“Congressional Government”*, Houghton Mifflin, New York, 1885.

vedere, di modificazioni di portata costituzionale che si sono verificate in via fattuale e informale, al di fuori delle procedure emendative formalmente prescritte in Costituzione, ma nel corso dello svolgimento dinamico della vita dell'ordinamento costituzionale e del suo federalismo, con la necessaria approvazione convalidante, avutasi solo in un secondo momento, da parte della Corte Suprema.

Infatti, dopo un iniziale e aspro scontro tra Presidente e Corte Suprema, in cui la Corte ha continuato ad utilizzare le vecchie categorie concettuali ed ermeneutiche che riflettevano il tradizionale e consolidato schema duale dei rapporti e delle competenze fra Federazione e Stati, con la minaccia, poi decaduta, dell'approvazione congressuale del famoso *Court Packing Plan* del 1937 e con la rielezione presidenziale a larga maggioranza di Roosevelt in quello stesso anno, la Corte dà il via libera definitivo e ufficiale all'imponente programma rooseveltiano di interventi pubblici federali in materie economiche e sociali che ha necessitato una sostanziale rilettura di importanti clausole costituzionali e ha rispecchiato e testimoniato un' ancora più significativa libertà di svolgimento dell'interpretazione giudiziale della Costituzione.

L'interpretazione costituzionale acquista ancora una volta una valenza politico-normativa fondamentale e indiscutibile, frutto della capacità creativa ed evolutiva della giurisprudenza costituzionale, ovvero della disponibilità ad utilizzare modelli, strategie interpretative e tecniche di giudizio in grado di dotare di nuovi significati precettivi le disposizioni costituzionali che impiega quali parametri per effettuare il vaglio di costituzionalità delle leggi (nonché degli atti dell'esecutivo e del giudiziario, sia del livello federale che statale)<sup>222</sup>.

La funzione di *judicial review* ancora una volta gioca un ruolo cruciale nella dinamica dei poteri plurali dell'ordinamento composto statunitense<sup>223</sup>. A partire dal *New Deal* a prevalere, per almeno un quarantennio, sarà la vocazione unitaria e centralista del sistema federale che adombrerà, riducendoli almeno in parte e temporaneamente, il valore e la latitudine dell'autonomia decentrata attraverso l'interpretazione estensiva dei poteri conferiti in Costituzione al Congresso, in particolare dalla *Commerce clause*.

Nella dialettica dei poteri, l'unità dell'ordinamento nazionale diventa l'interesse e l'obiettivo prevalente mentre l'ampiezza e l'intangibilità dello spazio residuale dell'autonomia statale vengono compresse e danneggiate.

---

<sup>222</sup> A. Sperti, "Corti Supreme e conflitti tra i poteri. Spunti per un confronto Italia-Usa sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale", op.cit.

<sup>223</sup> D. Currie, "Il federalismo statunitense", in A. Pace (a cura di), "Quale dei tanti federalismi?", Cedam, Padova, 1997.

Il capovolgimento di paradigma nei rapporti fra i poteri del sistema federale, per sua natura policentrico e plurale, fra federazione e Stati, significa l'abbandono del metodo rigidamente duale nella definizione delle rispettive sfere di competenza, il significativo passaggio ad una nuova versione del federalismo statunitense, sostanzialmente differente rispetto a quella tradizionalmente espressa e rispettata dagli attori della dinamica politica e fatta valere giudizialmente dall'attività di controllo costituzionale effettuato dalla Corte Suprema che difatti, in molti casi, ha posto il suo veto giudiziario, insuperabile se non tramite regolare emendamento alla Costituzione, alle scelte politiche effettuate dagli organi rappresentativi della volontà popolare<sup>224</sup> qualora giudicati in violazione di quel modello.

L'avvio del federalismo cooperativo, inoltre, ha comportato una riconsiderazione complessiva del bilanciamento dei diritti, con una messa in secondo piano delle classiche libertà economiche a vantaggio della promozione e tutela di diritti individuali fondamentali, soprattutto civili e politici<sup>225</sup>, precedentemente sottoprotetti.

Significative ed inedite aperture in ambito sociale, discendenti da una innovativa interpretazione dell'*equal protection clause*, quale principio di eguaglianza formale da far valere a tutti i livelli dell'ordinamento con applicazione del rigido *strict scrutiny*, hanno, in diverse occasioni, fatto prospettare un inedito interesse rivolto alla garanzia di diritti di natura sociale – mai costituzionalizzati - e fatto affiorare una preoccupazione rivolta alle esigenze legate al valore dell'eguaglianza sostanziale, in definitiva mai formalizzata e altrettanto promossa come quella formale<sup>226</sup>.

La Corte Suprema ha confermato, dopo le iniziali e comprensibili riserve, dovute ad una giurisprudenza precedente cospicua e ampiamente consolidata su interpretazioni conservatrici di chiaro stampo liberale, la scelta di centralizzare decisioni di cruciale importanza per il rilancio di un'economia nazionale al tracollo, al fine di avere un più efficace, rapido e unitario impatto sulle dinamiche economiche e sulle condizioni sociali dell'intera nazione.

La Grande Depressione del '29 aveva portato al dissesto non solo l'economia nazionale (i fallimenti di un mercato interamente lasciato all'azione dei privati secondo la fede liberista nel *laissez-faire*) e la condizione sociale di un'intera popolazione, ma aveva reso drammaticamente evidenti i limiti del modello duale della sovranità, associato

---

<sup>224</sup> N. Sargent, "The American judicial veto", *American Law Review*, 1917, XLI.

<sup>225</sup> J. Greenbaum (a cura di), "Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger", Giuffrè, Milano, 1992.

<sup>226</sup> G. Bognetti, "Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti, II, *La Costituzione democratica*", op. cit.

all'ideale dello Stato minimo, per l'inadeguatezza ad affrontare le sfide, i cambiamenti e i bisogni emergenti in una società in rapida evoluzione.

Il corposo programma di riforme del *New Deal* comprendeva norme che incidevano inevitabilmente sulla materia della proprietà privata e sulle classiche libertà economiche e che contravvenivano a tutta una giurisprudenza precedente di matrice conservatrice e liberista che li trattava come dogmi intoccabili e diritti fondamentali inviolabili.

La popolazione degli Stati Uniti aveva riposto grandi speranze e aspettative nell'ambizioso programma di rinnovamento generalizzato predisposto dal Presidente Roosevelt che difatti fu sorretto da un diffuso consenso popolare – che lo rielesse per quattro elezioni consecutive - oltre che dal sostegno congressuale. A livello federale solo la Corte Suprema rimaneva ancora fedele alla tradizionale concezione del ruolo dello Stato piccolo e guardiano negativo della libera determinazione dell'autonomia dell'individuo e della società civile che si trasferiva, soprattutto, sul piano della libertà del mercato e delle forze economiche private<sup>227</sup>.

I poteri politici federali, in prima linea il Presidente con il beneplacito necessario del Congresso, dominato all'epoca dal partito presidenziale democratico, si sono fatti promotori, in un contesto economico e sociale segnato dal tracollo generale, di un'evoluzione complessiva del sistema dell'economia di mercato, ormai consapevoli dei suoi possibili fallimenti se lasciato totalmente ad autodeterminarsi e della necessità e urgenza di maggiori interventi correttivi e regolativi del settore economico a livello centrale e unitario.

Il grande cambiamento generato dal *New Deal*, avvenuto nel giro di pochi anni, ha completamente stravolto l'immagine, il ruolo e le finalità dello Stato centrale, ha ampliato a dismisura il raggio d'azione del governo federale – che al suo interno ha visto infrangersi il tendenziale equilibrio paritario fra i poteri separati, con un netto sbilanciamento verso il Presidente e l'amministrazione pubblica in crescita esponenziale -, ha abbattuto le barriere insormontabili che tutelavano lo spazio riservato all'autonomia statale da qualsiasi intromissione della federazione negli affari interni agli Stati, vista come usurpazione inammissibile dei poteri costituzionalmente loro garantiti. Il *New Deal* ha quindi, inaugurato una nuova stagione del federalismo statunitense attraverso la previsione di maggiori momenti di interazione, cooperazione e influenza fra i due livelli di governo nell'adempimento di competenze precedentemente ripartite

---

<sup>227</sup> E. Lambert, “*Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti: l'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*”, Giuffrè, Milano, 1996.

secondo l'inflessibile logica duale ormai superata da una fattiva condivisione-sovrapposizione di funzioni e competenze. La Corte, in una prima fase, censura come incostituzionale questa alterazione così profonda e repentina degli equilibri federali consolidati, dalla portata sostanzialmente costituzionale, avvenuto però su un piano esclusivamente fattuale e normativo sebbene richiedesse, al contrario, un intervento modificativo formale di rango superiore.

La Corte, in una prima serie di sentenze che si inscrivono nel solco della tradizione conservatrice e quindi di una sostanziale continuità giurisprudenziale, aveva dichiarato contrario alla Costituzione tutto un ventaglio di interventi pubblici disciplinanti e regolativi particolarmente incisivi delle attività economiche private e dell'andamento, fino a quel momento, spontaneo e tendenzialmente incontrollato del mercato<sup>228</sup>, giustificato, da parte dei promotori politici, dalle esigenze del rilancio dell'economia nazionale e del miglioramento delle precarie condizioni di vita della collettività.

Se il primo *New Deal*, comprensibilmente, non è riuscito a superare indenne il vaglio di conformità costituzionale e ne ha subito la completa bocciatura in una serie di pronunce<sup>229</sup>, il secondo, che ha introdotto ulteriori novità regolamentari nel settore del lavoro e della contrattazione collettiva, nonché nella borsa, nella materia della sicurezza sociale e nelle attività private identificate come servizi pubblici<sup>230</sup>, ha ottenuto il via

---

<sup>228</sup> Si tratta di un esteso programma di riforme – “il primo *New Deal*” del 1933 comprende leggi come il *National Industrial Recovery Act* e l'*Agricultural Adjustment Act* - che introduceva una serie di regolamenti vincolanti per le attività imprenditoriali, industriali e i rapporti di lavoro, fissava delle regole di concorrenza, alcuni livelli dei prezzi, stabiliva tassazioni mirate e finanziamenti pubblici incentivatori, promuoveva una serie di opere pubbliche, creava nuovi e speciali enti pubblici operanti come imprenditori e prevedeva inediti sistemi di previdenza e assistenza per i lavoratori. La mole di leggi in questione pretendeva di fondarsi e legittimarsi sul potere del Congresso di regolare il commercio interstatale e di tassare e spendere. La Corte Suprema dichiarò incostituzionale questa legislazione per il palese sconfinamento del Congresso dal terreno di sua competenza e per uso improprio dei suoi poteri. La legge sul rilancio del settore industriale venne inoltre censurata anche in quanto delegante eccessivi poteri normativi al Presidente senza nemmeno fissare dei criteri vincolanti per guidarne l'esercizio. Tale argomento non venne in seguito ripreso nella giurisprudenza della Corte che assunse un atteggiamento tendenzialmente deferenziale alle decisioni del Congresso di creare commissioni amministrative indipendenti in gran numero e in diversi settori dell'amministrazione pubblica a cui delegava l'esercizio di proprie competenze (non sempre rientranti espressamente nel catalogo delle competenze enumerate ma più spesso a queste ricondotte per mezzo di una giurisprudenza costituzionale convalidante dal carattere evolutivo e creativo).

<sup>229</sup> Fra le sentenze di rigetto della normativa del *New Deal* ricordiamo, come esempio eloquente dell'iniziale opposizione della Corte alla linea politica presidenziale di pronunciato interventismo economico e sociale, *A.L.A. Schechter Poultry Corporation v. United States* del 1935 (295 U.S. 493) in cui la Corte ribadisce la propria posizione restrittiva sull'interpretazione della *Interstate commerce clause* e conferma il tradizionale sforzo profuso alla salvaguardia delle libertà economiche, fra cui quella di contratto (protetta dalla *Contract Clause* dell' Art I, sez 10, c1).

<sup>230</sup> Il programma normativo del secondo *New Deal* del 1935 comprendeva ad esempio il *National Labor Relations Act*, il *Fair Labor Standards Act*, il *Public Utility Holding Company Act*, il *Social Security Act* e il *Tennessee Valley Authority Act*. Con queste leggi, fra l'altro, vengono istituiti nuovi organismi amministrativi federali indipendenti a cui viene delegato un talmente vasto raggio di poteri da far dubitare della validità costituzionale di tale massiccia delegazione normativa effettuata senza nemmeno una

libera ufficiale<sup>231</sup> della Corte Suprema che ha dato legittimità costituzionale alla logica nazionalizzatrice del *New Deal*, permettendo di fatto la penetrazione della normativa del Congresso in molti ambiti ad essa tradizionalmente preclusi in quanto di assoluta spettanza statale.

La rivoluzione del *New Deal* privava di definito contenuto giuridico vincolante la clausola del X emendamento che aveva strutturato il sistema di competenze nettamente ripartite e di reciproca indipendenza dei due livelli di governo nel periodo liberale e che aveva garantito la conservazione di un sistema federale non squilibrato al centro.

La profonda trasformazione dell'ordinamento statunitense, della struttura e del funzionamento concreto del suo federalismo, passa attraverso la rilettura di alcune clausole costituzionali, *in primis* la *commerce clause*.

È bene ricordare che furono soprattutto le problematiche relative alle condizioni del commercio e alla creazione di un mercato comune, ostacolato dalle singole politiche, spesso protezionistiche, degli Stati, a rendere urgente, insieme, ovviamente, ad altri motivi, la convocazione della Convenzione di Filadelfia, incaricata deliberatamente di porvi rimedio.

L'evoluzione della lettura ermeneutica della *commerce clause*, del suo portato normativo, dei confini della sua titolarità nonché delle finalità ad essa ricondotte, rispecchia grossomodo, con le dovute integrazioni, e complessivamente l'evoluzione dell'intero ordinamento costituzionale. Le diverse sfumature interpretative emerse nei pronunciamenti della Corte Suprema sulla materia del commercio riflettono, infatti, le principali dinamiche istituzionali e politiche, accompagnandole nel loro storico dispiegarsi.

---

sufficiente definizione degli *standards* di esecuzione. La creazione di un gran numero di agenzie e commissioni amministrative indipendenti ha di fatto costituito la nascita di un quarto poderoso e distinto potere, che rompeva completamente il tradizionale schema tripartitico della divisione dei poteri e delle funzioni, con l'ingresso di nuovi soggetti dotati di un particolare mix di poteri che sfuggivano ad una chiara ed univoca collocazione e che inoltre riuscivano a sottomettere alle proprie decisioni, dal valore normativo vincolante, anche gli Stati, e perfino in materie dalla dubbia attribuzione federale, determinandone la fattiva nazionalizzazione.

<sup>231</sup> La sentenza che apre la strada alla convalida, da parte della Corte, della normativa, costituzionalmente rivoluzionaria, del *New Deal*, è *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.* nel 1937. Questa pronuncia segna l'inversione di tendenza nella giurisprudenza costituzionale che permette alla tendenza alla centralizzazione di svilupparsi senza incontrare i limiti stringenti delle competenze enumerate interpretate restrittivamente. Le vecchie libertà economiche del libero mercato, inoltre, iniziano ad essere parzialmente sacrificate nel bilanciamento con i nuovi interessi legati a finalità superiori di riequilibrio economico e sociale. Il *liberal argument* della Corte cede il passo ad un orientamento ad esso diametralmente opposto che adopera un *minimal scrutiny* quando si tratta di valutare compressioni delle libertà economiche. Contemporaneamente, quindi, vengono compresse sia le tradizionali libertà economiche sia le competenze statali. Cfr. J. A. Barron, C.T. Dienes, "*Constitutional Law in a Nutshell*", Thomson West, Eagan (MN), 2005.

Come abbiamo da subito evidenziato, il ruolo della giurisprudenza costituzionale della Corte Suprema costituisce lo snodo cruciale per la strutturazione e periodica ridefinizione delle interazioni istituzionali fra i soggetti plurali dell'ordinamento composto statunitense<sup>232</sup>.

La capacità che ha conquistato la Corte, nonostante la validità del principio di *Common law* dello *stare decisis*<sup>233</sup> non sia stata mai formalmente rinnegata, di rendere, di fatto, suscettibili di diversi approcci ermeneutici – e, di conseguenza, di differenti risultati interpretativi e attuativi - le disposizioni costituzionali, alterandone profondamente significato ed effetti normativi, permette di inscrivere a pieno titolo l'operato della Corte Suprema nel vivo delle complesse e instabili dinamiche politiche e ordinamentali e perfino di equipararlo, talvolta, all'attività legislativa.

In realtà il valore e gli effetti delle sentenze della Corte Suprema testimoniano la condizione di inferiorità dello *statute* negli Stati Uniti e la generale incertezza e precarietà della legislazione che rischia sempre di incontrare il veto, praticamente insuperabile, del massimo organo giudiziario federale e la possibilità di disapplicazione, riferita al singolo caso, da parte di tutte le corti inferiori (essendo il controllo di costituzionalità diffuso)<sup>234</sup>.

L'attività di *judicial review* riesce a inserirsi, più o meno attivamente e vistosamente, nel gioco politico - nonostante la dichiarata astensione, stabilita dalla Corte stessa ma spesso risultata un impegno puramente formale o di facciata e piegata spesso strategicamente, da ogni intervento in questioni squisitamente politiche e per questo formalmente affidate alla piena, all'infuori delle limitazioni costituzionali, discrezionalità dei poteri politici<sup>235</sup> -, e a determinarne l'esito finale, o quantomeno a convalidarlo a posteriori, lasciando comunque aperta la strada a futuri ripensamenti.

---

<sup>232</sup> E.S. Corwin, "*The doctrine of judicial review. Its Legal and Historical Basis*", Princeton University Press, Princeton, 1914.

<sup>233</sup> U. Mattei, "*Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*", Giuffrè, Milano, 1988; P.G. Kauper, "*La regola del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale degli Stati Uniti*", in G. Treves, "*La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*", UTET, Torino, 1971.

<sup>234</sup> M. Cappelletti, "*Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*", Giuffrè, Milano, 1968.

<sup>235</sup> Sul punto Cfr. L. Pegoraro, "*Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*", Giappichelli, Torino, 1998.

In base alla *political question doctrine*, rientrando fra le *doctrines of justiciability* di matrice giurisprudenziale, il cui ricorso si è dimostrato spesso strumentale e poco coerente, quando l'oggetto della decisione investe questioni chiaramente collegate alle competenze di indirizzo politico, spettanti a Presidente e Congresso, la Corte Suprema si rifiuta e astiene dal prendere in esame il caso ed esprimere la sua posizione, autolimitando la sua attività per non rischiare di sconfinare negli ambiti di competenza costituzionalmente riservati ad altri poteri.

## 5.2 L'evoluzione del *Commerce power*: nuove interpretazioni per l'interventismo del *New Deal*

La definizione della competenza federale sul commercio è stata, lungo tutta la storia costituzionale degli Stati Uniti, una delle questioni più conflittuali e dense di conseguenze sul piano della strutturazione delle relazioni federali e dell'esercizio delle competenze spettanti ai diversi livelli di governo e dei relativi limiti.

La Corte Suprema, di fatto allentando molto il vincolo del precedente in materia costituzionale<sup>236</sup>, arriva a definire il *commerce power* del Congresso, dilatandone esponenzialmente il raggio d'azione oltre gli stessi limiti che aveva precedentemente riscontrato e imposto, sconfessando tutta una giurisprudenza precedente in materia, come la competenza a regolare lo *stream of commerce*<sup>237</sup>, includendovi, infine, anche le fasi a monte dello scambio, ovvero i modi della produzione e i rapporti di lavoro (così si esprime la Corte nella sentenza-manifesto *United States v. Darby*<sup>238</sup> del 1941 che *overruled* - la decisione più emblematica dell'orientamento restrittivo della Corte sulla competenze del commercio - e ammette la regolamentazione federale diretta anche di attività intrastatali qualora abbiano effetti, sia pure indiretti, sul commercio interstatale). Dalla grande varietà interpretativa che accompagna la periodica precisazione del contenuto del *commerce power* federale, come di altre clausole costituzionali sui poteri

---

<sup>236</sup> Il giudice della Corte Suprema Brandeis nella sua *dissenting opinion* in *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.* (285 U.S.393) del 1932 sostiene la necessità di rendere più flessibile l'impiego del principio dello *stare decisis* nelle questioni che investono l'interpretazione costituzionale rispetto agli altri casi riguardanti la *common law* in quanto nessun'altra istituzione ha il potere di correggere gli eventuali errori della Corte Suprema e superare le sue decisioni. Occorre applicare lo *stare decisis* in maniera molto meno rigida e permettere più agevolmente l'*overruling* ogni qual volta le mutate esigenze del contesto richiedano un cambiamento interpretativo in questioni di ordine costituzionale in cui essa sola è in grado di apportare modifiche e adattamenti sostanziali.

<sup>237</sup> B.I. Bittker, "*Bittker on the regulation of interstate and foreign commerce*", Aspen Law and Business, New York, 1999.

<sup>238</sup> *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941). Con tale pronuncia cadono le precedenti limitazioni imposte dalla Corte al potere federale di affermare una propria *public policy*. Con questa decisione unanime si stabilisce la costituzionalità del *Fair Labor Standards Act* del 1938 che, sotto la clausola del commercio, regolava molti aspetti dell'occupazione, tra cui il salario minimo, orario massimo di lavoro settimanale e il lavoro minorile, vietando il commercio interstatale di quei beni prodotti in aziende che non avessero rispettato gli *standards* federali; Il Congresso ha anche il potere di regolare la produzione, *manufacturing*, superandosi così la precedente differenziazione fra commercio, regolabile, e i modi della produzione e i rapporti di lavoro, esclusi dalla regolamentazione federale (tale distinzione si ritrova nella sentenza *Hammer v. Dagenhart* del 1918 che stabilì che il Congresso non aveva il potere di regolare il commercio dei beni che venivano prodotti dai bambini, vietandone la commercializzazione, essendo questa materia riservata al *police power* dei singoli Stati. *Hammer* viene *overruled* con *Darby*). I motivi e gli scopi di qualsiasi atto di regolamentazione del commercio sono questioni che, secondo l'opinione della Corte a partire da *Darby*, spettano alla valutazione pienamente discrezionale del Congresso. Cfr C. Bologna, "*Stato federale e national interest. Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*", op.cit.

del Congresso, ne discendono esiti concreti altrettanto differenti sul piano dei rapporti federali e sul loro delicato bilanciamento.

La Corte, in maniera apparentemente arbitraria, passa da una giurisprudenza formalista, conservatrice e incline all'interpretazione restrittiva delle competenze del *federal government*, ad un orientamento sostanzialmente opposto.

La Corte suprema abbandona e capovolge - segnando in tal modo la conclusione dell'ostilità col Presidente, forte di un diffuso consenso legislativo e popolare - la giurisprudenza formalistica antecedente per accoglierne una completamente nuova, "realista", caratterizzata da una lettura fortemente estensiva dei poteri del governo federale a tutto detrimento dell'originaria indipendenza degli Stati<sup>239</sup>.

Attraverso un'interpretazione strumentale e finalistica la Corte arriva perfino a riconoscere alla federazione, in base alla sua competenza sul commercio, rimodellata e notevolmente espansa, la facoltà di perseguire finalità anche estranee alla *ratio* originaria della clausola, purché comunque riconosciute come costituzionalmente legittime. Viene così aperta la strada a qualunque intervento diretto del governo centrale in campo economico che ha finito poi per consentire uno sconfinamento ulteriore da questo specifico ambito, permettendo, di fatto, di disciplinare anche settori diversi dal commercio, invadendo campi di tradizionale competenza statale, collegati solo in modo labile al commercio (come la legislazione a tutela dei diritti fondamentali delle minoranze e in generale del principio di eguaglianza che in varie occasioni, più di chiamare in causa il più consono strumento dell'*equal protection clause* e dell'*enforcement clause* del XIV emendamento, si è legittimata in base alla *commerce clause*<sup>240</sup>).

La competenza sul commercio è stata scelta come parametro costituzionale di riferimento principale, in ragione della sua maggiore flessibilità, della legislazione del *New Deal*, offrendo la necessaria copertura costituzionale al passaggio definitivo dallo Stato liberale minimo allo Stato sociale-interventista e dal federalismo duale a quello cooperativo.

L'accentramento dei poteri in capo alla federazione, l'ampliamento di compiti e funzioni, nonché l'apertura alla capacità d'intervento regolativo dello Stato centrale in ambiti precedentemente attribuiti in esclusiva all'autonomia dei privati e del mercato,

---

<sup>239</sup> J.F. Zimmerman, "Contemporary American Federalism. The growth of national power", Praeger, New York- Westport, 1992.

<sup>240</sup> Sulla protezione di altri interessi attraverso la *commerce clause* vedi J.H. Choper, R.H. Fallon, Y. Kamisar, S.H. Shrifin, "Constitutional Law", West Group, St. Paul (Minnesota), 2001.

con limitate possibilità di disciplina esclusivamente da parte degli Stati attraverso il loro ampio e generale *police power*, hanno comportato inevitabilmente un'attenuazione dello spazio riservato all'autonomia degli Stati protetta da un X emendamento ormai svuotato di qualsiasi contenuto vincolante e giustiziabile in quanto definito e trattato come semplice truismo<sup>241</sup>.

Per compensare il pesante depotenziamento delle garanzie offerte dal X emendamento all'autodeterminazione statale, la Corte inizia ad elaborare una nuova teoria in base alla quale lo strumento principale di difesa dell'autonomia e delle competenze degli Stati è iscritto nelle dinamiche stesse del processo politico che, per come strutturato, assicura il coinvolgimento stabile e significativo degli Stati nella composizione del governo nazionale e nella determinazione delle politiche federali.

Le garanzie politiche di cui gli Stati dispongono in seno al Congresso e presso l'istituto della Presidenza funzionano in modo tale da assicurare loro un ruolo di rilievo e indefettibile nel sistema federale<sup>242</sup>.

La partecipazione e il coinvolgimento regolare nel governo federale e nel procedimento legislativo assicurano una sufficiente ed efficace protezione agli interessi statali, adeguatamente rappresentati nel Senato, tanto da far prospettare il possibile superamento del principio in base al quale, per Costituzione, quelli dello Stato centrale sono esclusivamente poteri enumerati e il Congresso non ha e non può avere una incontrollata libertà di decidere su quali materie legiferare in base a valutazioni discrezionali sulla necessità e urgenza di provvedimenti unitari.

La rivoluzione del *New Deal* ha allargato enormemente la sfera delle competenze che potremmo definire concorrenti, precedentemente quasi del tutto inesistenti e inammissibili in base allo schema del federalismo duale, e ha consentito allo Stato centrale di sovrapporre le proprie decisioni a quelle degli Stati e di farle prevalere in praticamente tutte le materie attinenti alla vita economica e sociale del paese<sup>243</sup>.

La sentenza *Collector v. Day*<sup>244</sup> del 1871 viene capovolta a partire dal caso *New York v. United States* del 1946 in cui inizia la sua parabola recessiva l'argomento della

---

<sup>241</sup> La Corte degrada il X emendamento a semplice truismo nel suo limitarsi ad affermare che ciò che non è delegato è mantenuto, un'affermazione vista come ovvia e priva di contenuto specifico e giustiziabile in *United States v. Darby* del 1941 (312 U.S. 100).

<sup>242</sup> H. Wechsler, "The political safeguards of federalism: the role of the states in the composition and selection of the national government", in *Colum. L. Rev.*, 1954, LIV.

<sup>243</sup> G. Bognetti, "Federalismo, proprietà e libertà. Un ripensamento dell'esperienza federalista americana alla luce della giurisprudenza della Corte suprema", in *Jus*, 1979, XXVI, n.1, pp. 3-58.

<sup>244</sup> *Collector v. Day* 78 US 113 (1871). In questa decisione si stabilisce il divieto per il Congresso di tassare lo stipendio di un funzionario statale, nel caso specifico un giudice statale, quale esercizio del potere di imposizione fiscale costituzionalmente riconosciutogli ma che in tale circostanza avrebbe

sovranità statale a favore di una logica collaborativa che vede ormai il ruolo degli Stati protetto principalmente dal diritto loro riconosciuto di influenzare attivamente le decisioni federali - quindi anche, nello specifico, quelle che stabiliscono i tributi di applicazione generale -, dall'interno del procedimento legislativo nazionale.

Compressione consistente del significato giustiziabile del X emendamento come limite sostanziale alla legislazione federale e ampliamento del campo d'azione federale grazie ad un'interpretazione estensiva della competenza sul commercio conducono, inoltre, all'anomalia della *dormant commerce clause*<sup>245</sup>, in base alla quale la Corte rende esclusivo e non più concorrente - come la mancanza di preclusioni e divieti espliciti in Costituzione aveva fino ad allora fatto intendere - il potere federale sul commercio.

Se nel X emendamento appare chiaro che i poteri residuali statali siano *reserved*, quindi materie di esclusiva spettanza statale, non appare altrettanto evidente in Costituzione se i poteri enumerati del *Federal government* siano da ritenersi esclusivi oppure concorrenti, ossia esercitabili anche dagli Stati. Per quanto riguarda il potere sul commercio, l'assenza in Costituzione di una esplicita proibizione nei confronti degli Stati ad esercitarlo o di un riconoscimento esclusivo in capo alla federazione, non doveva far ritenere esclusa a priori la possibilità che su quella stessa materia potessero legiferare anche gli Stati, tenendo comunque ferma la prevalenza della normativa federale in caso di contrasto normativo.

La Corte ha elaborato ed adottato, solo per la competenza sul commercio e non anche per le altre competenze enumerate federali, un approccio differente, appunto la c.d. dottrina della *dormant commerce clause*, che rappresenta il risvolto negativo, inteso come divieto rivolto agli Stati di disciplinare il commercio, al potere positivamente attribuito al Congresso su tale materia, anche nel caso in cui la normativa federale non fosse ancora stata adottata (e il potere congressuale sul commercio fosse inattivo, *dormant* appunto)<sup>246</sup>.

---

interferito negativamente con il funzionamento essenziale dei governi statali. Tale tassazione costituirebbe, infatti, a parere della Corte, una pesante violazione dell'autodeterminazione statale e della *intergovernmental tax immunity* (si tratta della dottrina in base alla quale non solo i singoli Stati non possono tassare direttamente gli Stati Uniti ma anche gli stessi Stati Uniti non possono tassare i funzionari statali). Si stabilisce, in tale sentenza, che il X emendamento costituisce un limite autonomo che si applica anche all'esercizio delle competenze enumerate come quella impositiva. La Corte sostiene e alimenta ancora l'immagine duale della sovranità e si dimostra particolarmente attenta alla salvaguardia degli *State Rights* da possibili usurpazioni e sconfinamenti di potere da parte del governo federale.

<sup>245</sup> Sulle prime decisioni in materia di *dormant commerce clause* si veda G. Amato, "Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione (alla luce dell'esperienza statunitense)", Giuffrè, Milano, 1964.

<sup>246</sup> C.Bologna, "Stato federale e national interest. Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense", op.cit.

Non solo la Corte amplia notevolmente il terreno d'azione ricompreso nella clausola sul commercio, abbattendo ogni precedente limite e vincolo posto al suo esercizio, ma inizia anche a ritenere questo ambito competenziale di esclusiva spettanza federale, precludendo così, in base all'argomento dell'illegittimità costituzionale, qualsiasi provvedimento normativo statale riconducibile a quella materia, interpretata estensivamente e sostanzialmente riservata alla federazione<sup>247</sup>.

La clausola sul *commerce power*<sup>248</sup> è una di quelle più utilizzate dagli organi politici per legittimare i propri interventi (soprattutto a partire dal *New Deal*) e dalla Corte Suprema nei suoi giudizi di legittimità costituzionale che nel tempo ne ha modificato, con diverse correzioni e specificazioni, il significato, la portata e gli effetti, suscitando, in non poche occasioni, aspre critiche<sup>249</sup>.

In base alla c.d. dottrina *Cooley*<sup>250</sup>, inoltre, la Corte adotta una posizione intermedia in cui riconosce la materia del commercio disciplinabile sia dagli Stati, esclusivamente per quegli aspetti di natura locale ed interna, sia da parte della federazione, per altri aspetti di carattere intrinsecamente nazionale che richiedono una disciplina uniforme e escludono la possibilità di una differenziazione su base territoriale.

La *querelle* sulla natura esclusiva o concorrente della competenza sul commercio interstatale non viene risolta nemmeno con l'individuazione esplicita e definitiva, da parte della Corte, di chi, fra Congresso e Corte stessa, detenga il ruolo cruciale di arbitro finale del carattere nazionale o locale di una materia legata al commercio.

In fin dei conti, nonostante la questione rimanga formalmente aperta e incerta, sarà la Corte a farsi giudice, caso per caso, della costituzionalità di un provvedimento federale giustificato in base all'*interstate commerce clause*. Fino al 1937, anno della svolta nella giurisprudenza della Corte Suprema che si piega a convalidare i cambiamenti introdotti dal *New Deal*, secondo la lettura tradizionale, la Corte si fa protagonista di una molteplicità di dichiarazioni di incostituzionalità di leggi federali giudicate eccedenti la

---

<sup>247</sup> Le argomentazioni principali che sorreggono la dottrina della *dormant commerce clause* sono riassunti dalla Corte Suprema nella decisione *Hood v. Du Mond* del 1949.

<sup>248</sup> La *commerce clause*, acquisisce grazie alla lettura della Corte Suprema, la funzione di competenza *factotum*, in grado di essere adoperata negli ambiti più disparati.

<sup>249</sup> Fra le più significative voci critiche alla dottrina della *dormant commerce clause* ricordiamo quella del giudice Thomas nella *dissenting opinion* in *Camps Newfound/Owatonna, Inc. v. Town of Harrison* del 1997 (520 U.S. 564). Anche la dottrina della *dormant commerce clause* subisce diverse evoluzioni giurisprudenziali che hanno condotto a considerarla lo strumento principale nelle mani della Corte per realizzare di volta in volta un bilanciamento, sostanzialmente discrezionale e tendenzialmente favorevole al livello federale, tra gli interessi nazionali e quelli statali in gioco, attività che avvicina la Corte, a parere di Thomas, "più ad un legislatore che ad un giudice".

<sup>250</sup> *Cooley v. Board of Wardens of the Port of Philadelphia*, 53 U.S. 299 (1851). Cfr. J. A. Barron, C.T. Dienes, "Constitutional Law in a Nutshell", op.cit., pp. 114-115.

competenza federale sul commercio interstatale, bollando perfino, in alcuni casi, la disciplina federale *antitrust*<sup>251</sup>.

Dalla prevalenza di argomentazioni che motivano la bocciatura di normative federali che non trovano giustificazione sufficiente e copertura adeguata nella competenza federale sul commercio e che a lungo, quindi, risultano oggetto di una sostanziale presunzione d'incostituzionalità, la Corte, capovolgendo completamente prospettiva e metro di giudizio, passa a valutare la legittimità delle misure statali e se queste pongano un *undue burden* al commercio nazionale.

Toccherà alla Corte stabilire se la disciplina statale oggetto del suo scrutinio ponga o meno un ostacolo eccessivo al commercio interstatale e sia per tale motivo, e non per un divieto valido in assoluto nei confronti degli Stati di normare in materie legata al commercio, da dichiararsi inammissibile ovvero incostituzionale<sup>252</sup>.

Alcune tendenze più recenti hanno visto declinare ancora una volta la competenza sul commercio in base alla valutazione, effettuata sempre dalla Corte, della presenza o meno di una disciplina discriminatoria all'interno di una legge statale che, regolando un aspetto del commercio interno, preveda un trattamento differenziato e discriminatorio per gli *out-of-states*, i non residenti in quello Stato.

Anche questo orientamento verrà in seguito abbandonato a favore di uno nuovamente filostatale, in base al quale se le leggi statali vengono giudicate esercizio di tradizionali e essenziali funzioni di governo statale e non comportano un intralcio eccessivo al libero commercio nazionale, possono anche prevedere parziali discriminazioni a danno dei non residenti, cosa che, come denuncia parte della dottrina, rischierebbe di far nascere nuove pratiche di protezionismo economico fra gli Stati, fenomeno questo che proprio la competenza federale sul commercio interstatale, in base alle intenzioni originarie dei *Framers*, doveva direttamente contrastare al fine dichiarato di proteggere e far prosperare il mercato comune<sup>253</sup>.

Il fatto che la Corte eviti di assumere posizioni nette e definitive sulla *Commerce clause* e ritorni sull'argomento più e più volte, in modi non sempre coerenti, riflette la natura altalenante, complessa e variabile dei rapporti tra federazione e Stati e un

---

<sup>251</sup> Ad esempio, la disciplina antimonopolistica federale viene censurata nel caso *United States v. Knight Company* del 1895, attraverso l'argomentazione del *police power* - di cui definisce il contenuto legato alla cura del benessere generale dei cittadini e ne riconosce la piena titolarità in capo agli Stati - che non ammette interferenze da parte del governo federale in ambiti materiali differenti dal commercio interstatale anche se idonei a incidere su di esso.

<sup>252</sup> N.T. Dowling, "*Interstate commerce and state power*", in "*Va.L. Rev.*", 1940, XXVII, pp. 1 ss.

<sup>253</sup> N.R. Williams, B.P. Denning, "*The new protectionism and the American common market*", in *Notre Dame L. Rev.*, 2009, LXXXV, pp. 247 ss.

corrispondente orientamento oscillante della Corte, storicamente in bilico tra il qualificare le relazioni federali come una *political question* o darle una connotazione giuridica e giustiziabile più specifica, tendenzialmente pro o contro gli *State rights*.

Le politiche del *New Deal* hanno sostanzialmente e considerevolmente gonfiato le competenze federali costituzionalmente enumerate – senza prevedere alcuna modificazione formale del dettato costituzionale - e tradizionalmente interpretate restrittivamente dalla Corte Suprema, in linea con la logica duale e gli ideali liberali sette-ottocenteschi.

Il governo federale acquista di fatto poteri molto più ampi, penetranti e invasivi all'interno delle materie formalmente attribuitegli ma anche al di fuori di quelle. Non risulta più strettamente vincolato, infatti, dall'enumerazione dei poteri fatta in Costituzione ma grazie all'interpretazione costituzionale elastica ed evolutiva acquista poteri ulteriori anche in materie tradizionalmente di spettanza statale.

Il livello federale di governo, attraverso la creazione di una corposa e imponente struttura burocratica-amministrativa centrale, assolutamente non prevista, e non prevedibile, in Costituzione, avoca a sé l'esercizio di un gran numero di nuove competenze e finalità unitarie e omologanti<sup>254</sup>. La crescita progressiva ed esponenziale dell'amministrazione federale ha inciso pesantemente sugli equilibri federali, spostandone il baricentro nettamente a favore del livello centrale, promotore di un'unità amministrativa che ha comportato la nazionalizzazione di numerose competenze e la conseguente perdita, o indebolimento consistente, del residuale ruolo sovrano e indipendente degli Stati.

La creazione di agenzie amministrative indipendenti, competenti a livello nazionale per specifici e ampi settori e dotate di estesi poteri, non solo regolamentari ma perfino normativi e giurisdizionali, rompe, inevitabilmente, sul piano verticale la tradizionale e netta separazione delle competenze fra federazione e Stati membri, mettendo in maggiore connessione i due livelli di governo precedentemente, quasi del tutto, non comunicanti che iniziano a cooperare nell'esercizio di competenze non più *divided* ma, di fatto, *shared*, e infrange totalmente sul piano orizzontale l'originario schema tripartito dei poteri, i quali vedono ormai mischiarsi le funzioni in forme inedite tanto da renderle talvolta indistinguibili.

---

<sup>254</sup> G. D'Ignazio, "Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America. Lo stato amministrativo fra Costituzione, leggi, giudici e prassi", Giuffrè, Milano, 2004.

Cambiamenti di tale portata investono, ovviamente, significati costituzionali fondamentali ma nonostante tale macroscopica evidenza non hanno praticamente incontrato alcuna opposizione da parte della Corte Suprema che al contrario ha manifestato una tendenziale deferenza e un atteggiamento improntato al *self-restraint* nei confronti del fenomeno in oggetto con tutte le sue conseguenze ordinamentali<sup>255</sup>.

Le agenzie amministrative si sono dimostrate un potente strumento di cambiamento dei rapporti istituzionali fra i poteri dell'ordinamento, sia a livello orizzontale che verticale, nonché un veicolo di rinnovamento sociale ed economico di un'intera nazione<sup>256</sup>.

L'accentramento dei poteri in capo alla federazione è stato reso possibile, inoltre, non solo grazie al potere di regolare in base alla *commerce clause* nella versione *dormant* o comunque in una lettura estensiva, ma anche attraverso il potere di tassare e di spendere, ormai svincolato dalle limitazioni corrispondenti ai settori di riconosciuta competenza federale.

A partire dalla sentenza *United States v Butler* del 1936 viene sancito il potere del Congresso di finanziare qualunque attività pubblica o privata che corrisponda a un interesse pubblico e favorisca quindi il *general welfare*. Il Congresso viene in questo modo legittimato a spendere denaro degli Stati Uniti in qualsiasi campo ritenga giovi al benessere generale, anche qualora rientrasse nella potestà statale, quest'ultima circostanza non impedisce più al Congresso di esercitare il suo *spending power*, ormai di fatto, affrancato da ogni precedente vincolo e limitazione.

Anche il potere di tassare viene aperto alla finalità, prima respinta, di orientare deliberatamente lo sviluppo socio-economico.

Lo Stato federale, di fatto, può ormai controllare a suo piacimento l'andamento dell'economia nazionale e incidere in tutti gli aspetti della vita dei cittadini statunitensi attraverso un uso regolare e libero del *taxing* e dello *spending power*, non più contenuti da stringenti vincoli di utilizzo. Il governo centrale acquisisce così gli strumenti finanziari necessari a sostenere il suo poderoso interventismo anche in nuovi settori.

L'ambito socioeconomico non è più considerato terreno impercorribile dai poteri pubblici, in particolare quelli della federazione, da lasciare interamente alla libera determinazione delle forze economiche e sociali private. L'intervento pubblico si fa sempre più esteso ed incisivo e quello federale entra in ambiti tradizionalmente riservati all'autonomia della società civile o a quella statale.

---

<sup>255</sup> G. Boggetti, "Dalla rule of law allo Stato amministrativo: il problema della giustizia nell'amministrazione in America", in *Jus*, 1987, vol.34, pp 11 ss.

<sup>256</sup> F.E. Rourke, "Bureaucracy, Politics and Public Policy", Little Brown, Boston-Toronto, 1984.

Il mercato non è più lasciato alla sua incontrollata e autonoma strutturazione, così come il dogma liberale del *laissez-faire* economico, dominante fino al *new deal*, aveva ritenuto imprescindibile e valido ma la consapevolezza del rischio, concretatosi con la crisi del '29, di gravi fallimenti e distorsioni aveva ormai palesato la necessità di interventi regolativi e correttivi pubblici del settore economico.

### **5.3 L'istituto della *Preemption*: strumento di supremazia federale. Obiettivi di uniformità del diritto e di protezione del *national interest***

Con il nuovo corso delle politiche federali rooseveltiane, come abbiamo evidenziato, cambiano profondamente le relazioni istituzionali consolidate fra i poteri dell'ordinamento.

A cambiare sono sia gli equilibri di potere fra gli organi del livello federale, con una nuova e marcata centralità dell'esecutivo che diventa motore dell'attività di governo e protagonista dell'indirizzo politico legislativo, sia gli equilibri federali che iniziano ad essere pesantemente sbilanciati a favore del livello federale che accentra e in diversi casi rende esclusive numerose competenze.

A favorire considerevolmente tali tendenze al centralismo troviamo lo strumento fondamentale per la tutela e la valorizzazione delle istanze unitarie, la *preemption*<sup>257</sup>.

Sulla base della clausola di supremazia contenuta in Costituzione all'articolo VI, che rappresenta lo strumento di risoluzione delle antinomie normative tra leggi federali e statali, viene elaborata la dottrina della *preemption*, meccanismo che agisce a favore della risoluzione del conflitto fra norme di diverso livello dando la prevalenza alla legge federale. I contrasti normativi che possono crearsi in situazioni di *overlapping*, ovvero di sovrapposizione delle competenze, sempre più frequenti con il tramonto della logica duale nella separazione territoriale delle competenze e il conseguente aumento dei casi di *concurrent powers*, si risolvono in base alla *supremacy clause* e alla strettamente connessa e discendente *preemption* federale<sup>258</sup>.

Si possono venire a creare delle situazioni, in conseguenza del carattere concorrente di un potere (solitamente un potere delegato alla federazione in quanto i poteri statali

---

<sup>257</sup> R.A. Epstein, M.S. Greve, “*Federal preemption, States’ Powers, National Interests*”, American Enterprise Institute, Washington, 2007.

<sup>258</sup> G. Rolla (a cura di), “*La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*”, Giappichelli, Torino, 2003.

sarebbero da considerarsi, formalmente, sempre esclusivi, *reserved*), in cui si innesca un contrasto fra norme appartenenti ai due diversi livelli territoriali di governo ed entrambe esercizio parimenti legittimo di una competenza condivisa o quantomeno non imputabile *in toto* e in via esclusiva ad un unico ambito di autorità. Non si tratta di una questione di legittimità costituzionale ma di un problema di risoluzione di una antinomia normativa fra leggi teoricamente legittime ma che, ricadendo su un medesimo ambito materiale e prevedendone una disciplina differenziata, creano incertezza su quale debba prevalere ed essere applicata.

Quella dell'incongruenza normativa è una problematica conosciuta dagli Stati decentrati in cui è difficile riuscire a ricondurre ogni singola fattispecie concreta ad un unico e preciso ambito materiale e di conseguenza individuare agevolmente l'unico titolare di quella specifica competenza. Se in un sistema federale improntato alla logica duale della divisione delle competenze il contrasto fra norme è un'evenienza remota, in un ordinamento caratterizzato da un federalismo di tipo cooperativo le probabilità diventano esponenzialmente più elevate e problematiche.

L'istituto della *preemption* interviene quale strumento dirimente delle incongruenze e duplicazioni normative, dando prevalenza alla legge federale più alta in *status* e autorità, rendendo inapplicabile la normativa statale confliggente, ricadente su una materia già normata, e in questo senso "occupata", dalla legislazione federale.

Si mette in atto uno "spiazzamento" delle leggi statali ovvero la disapplicazione delle stesse in caso di contrasto.

In base alla dottrina della *preemption*, estrapolata dalla *supremacy clause* viene, inoltre, attribuita al Congresso la facoltà di precludere agli Stati la regolazione, in tutto o in parte, di una materia potenzialmente di loro competenza ma che viene resa esclusiva della federazione per volontà esplicita o implicita del Congresso. In questa circostanza la prevalenza della legge federale non entrerebbe in azione solo ed esclusivamente in caso di contrasto normativo, attuale e concreto, fra leggi appartenenti a due diversi livelli di governo e disciplinanti in maniera differenziata una medesima materia, ma verrebbe imposta in assenza di un contrasto attuale, in via assolutamente preventiva, per scongiurare in assoluto e *a priori* la sovrapposizione di competenze e l'eventualità di una doppia disciplina confliggente<sup>259</sup>.

---

<sup>259</sup> J.F. Zimmerman, "Contemporary American Federalism. The growth of national power", Prager, New York-Westport, 1992.

La *preemption* è un meccanismo funzionale all'ottenimento di una disciplina nazionale unitaria e uniforme in un determinato settore e per tale funzione omologante in senso centralizzatore iniziò ad essere maggiormente impiegata quando il ruolo della federazione inizia ad espandersi e le relazioni federali non sono più governate da, imbrigliate in, rigidità duali ma emergono da una dialettica più flessibile sul piano del rispetto dell'attribuzione formale delle competenze, e caratterizzata da un approccio cooperativo o concorrenziale che vede molto più spesso i due livelli di governo, in precedenza scarsamente comunicanti, interagire normando su una stessa questione normativa.

Il passaggio è di portata epocale: dalla netta ripartizione alla fattuale condivisione di competenze, dall'elevato grado di decentramento e autonomia delle entità federate all'accentramento di poteri e competenze in capo alla federazione.

Ad ulteriore riprova di come la giurisprudenza costituzionale abbia agito a favore della sostanziale legittimazione del processo di espansione del ruolo e delle finalità della federazione, attraverso una evoluzione interpretativa del contenuto normativo del testo costituzionale, rimasto invariato, capace di convalidarne lo sviluppo, ricordiamo la sentenza *Parden v. Terminal R.Co* (1964) che ha inaugurato un filone ermeneutico che legge nella *Commerce clause* la facoltà di eliminare, o sospendere, l'immunità statale protetta dall'XI emendamento.

Con questa decisione viene abbattuta un'ulteriore barriera rimasta a protezione dell'autonomia statale inviolabile e rappresentata dal divieto assoluto ad agire nei confronti di uno Stato in mancanza di un esplicito consenso da parte di quest'ultimo ad essere chiamato in giudizio da un privato. In *Parden*<sup>260</sup> la Corte legittima le azioni intentate nei confronti di uno Stato in nome della *Commerce clause*, aprendo una breccia nell'immunità statale. Nel contesto di un'attività economica regolata dal Congresso sulla base del *commerce power* si convalida la possibilità che un soggetto intenti un'azione per danni nei confronti di un ente statale, precedentemente coperto dall'immunità "del sovrano" statale ormai di fatto decaduta. La Corte, così facendo, intende evitare che si possano frapporre ostacoli all'efficiente azione della federazione e

---

<sup>260</sup> Il solco tracciato dal caso *Parden* venne ripercorso e riaffermato nella sentenza *Pennsylvania v. Union Gas. Co* (491 U.S. 1) del 1989, sempre nel campo della *commerce clause*. In *Fitzpatrick v. Bitzer* (427 U.S. 445) del 1976, invece, la Corte si spinge ancora oltre, abilitando il Congresso a far cadere l'immunità statale anche nell'ambito della tutela dell'eguaglianza dei diritti contenuta nel XIV emendamento. In base a quanto previsto in questo emendamento soprattutto nel suo quinto comma (*enforcement clause*), la Corte riconosce e acconsente a che un privato chiami in giudizio uno Stato non rispettoso della normativa federale sui diritti civili, adottata per garantire l'appropriata applicazione dell'emendamento medesimo.

all'applicazione uniforme delle normativa federale in ambiti prima appannaggio del settore privato o dei governi statali.

La realizzazione del nuovo modello costituzionale di Stato interventista, regolatore e democratico-sociale (ma di stampo comunque neo-liberale) al posto del precedente modello liberale tendenzialmente puro e intransigente in alcuni suoi presupposti, ormai nei fatti superato, è stato e continua ad essere un processo che si sviluppa soprattutto al di fuori del dettato costituzionale, che non è stato formalmente modificato (ad eccezione di limitati emendamenti)<sup>261</sup>, anche contravvenendo ad esso o quantomeno alla sua *ratio* originaria.

Il ruolo della Corte Suprema nell'evoluzione complessiva dell'ordinamento è centrale.

La giurisprudenza costituzionale ha attraversato diverse fasi nel corso storico della sua attività di *judicial review*, segnate da una carica di attivismo o all'opposto di *self-restraint*, da orientamenti conservatori o progressisti, ha elaborato differenti approcci ermeneutici ed utilizzato diversi modelli interpretativi del testo della Costituzione, ha fatto valere contrastanti letture delle principali clausole, il tutto strategicamente orientato al conseguimento di determinati obiettivi ritenuti meritevoli di realizzazione, in base a valutazioni discrezionali di opportunità e ragionevolezza, più di natura politica e ideologica che squisitamente tecnico-giuridica<sup>262</sup>, più legate a contingenze storico-politiche e all'orientamento personale dei giudici della Corte che a certezze giuridiche<sup>263</sup>.

Per quanto riguarda la *preemption* questa assume forme ed effetti diversi.

Oltre al caso in cui, il meno problematico, la prevalenza della legislazione federale in una specifica materia e il conseguente spiazzamento delle leggi statali ricadenti in quello stesso ambito, ovvero la loro esclusione *a priori* o disapplicazione *a posteriori*, è espressamente previsto dalla e nella legge federale stessa – che contiene una clausole apposita, la *preemption clause* - , si possono presentare altri casi in cui è la Corte Suprema a stabilire, di fatto con molta discrezionalità, se ricorrono gli estremi dello spiazzamento di leggi statali, ovvero della preclusione, considerata implicita, a legiferare per gli Stati, dovuta all'occupazione di un dato settore normativo da parte della federazione.

---

<sup>261</sup> Sul procedimento di revisione costituzionale vedi N. Olivetti Rason, “*La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d’America*”, Cedam, Padova, 1984.

<sup>262</sup> F. Michelman, “*La democrazia e il potere giudiziario*”, Dedalo, Bari, 2004.

<sup>263</sup> C.Pinelli, “*Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*”, in *Associazione Italiana Costituzionalisti, Annuario 2006. La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa. Atti del XXI Convegno Annuale (Roma, 27-28 ottobre 2006)*, Jovene, Napoli 2010, pp.21 ss.

In assenza di chiare indicazioni del Congresso a voler precludere un settore normativo da ogni intervento regolativo statale, è la Corte Suprema che si fa interprete della volontà implicita e sottintesa del legislativo federale e che valuta se questo intendesse o meno regolare in esclusiva un'area del diritto, precludendo l'emanazione di leggi statali in quel settore.

È la Corte che decide se il *national interest* in gioco nel bilanciamento con l'interesse prevalente nella concorrente legislazione statale debba agire da limite negativo per la legislazione statale stessa.

Tale sbarramento, conseguenza dell'attivazione della *preemption*, a sua volta dedotta dalla *Supremacy Clause*, può essere giustificato dall'intento di evitare che fra norme di diverso livello, ricadenti su una medesima materia, si creino conflitti o sovrapposizioni e di conseguenza incertezza, ambiguità normativa e rivendicazioni su quale legislazione vada applicata, o, più direttamente, dalla riscontrata necessità di una legislazione nazionale uniforme in determinati settori<sup>264</sup> per farne uno spazio giuridico unitario e indifferenziato.

L'istituto della *preemption*, con il suo invocare la *supremacy clause* in quanto norma di chiusura del sistema, venne attivato a partire dalla seconda metà del Novecento, in corrispondenza dell'oscillazione fortemente centralista del sistema federale che trova proprio in quella clausola il suo motore principale.

Ancora una volta è la Corte Suprema a farsi espressione della vocazione unitaria del sistema federale, per sua natura policentrico, con governi indipendenti e coordinati, con sovranità diffusa e controllo di costituzionalità ugualmente diffuso, che trova proprio nella Corte Suprema e nelle sue pronunce dal valore costituzionale, il momento unitario, inevitabilmente centralizzatore, di chiusura.

Nella dinamica politico-costituzionale pluralista del federalismo statunitense in cui i diversi attori, da diversi livelli e con differenti ruoli e funzioni, interagiscono, seppur su piani separati e indipendenti, secondo la logica dei *checks and balances*<sup>265</sup> che informa il sistema a tutti i livelli, la Corte Suprema interviene, spesso, imprimendo al sistema una carica centralizzatrice in grado di ridurre la variabilità e la differenziazione dell'ordinamento a unità e uniformità nazionale.

---

<sup>264</sup> J.F. Zimmerman, "*Federal preemption. The silent revolution*", Iowa State University Press, Ames, 1991.

<sup>265</sup> Il potere è diffuso e sotto controllo grazie alla separazione e al reciproco bilanciamento dei poteri e alla loro interdipendenza funzionale. I *checks and balances* agiscono come meccanismi di limitazione al potere e come barriera ad appropriazioni indebite di potere. Cfr. L. Fisher, "*The politics of shared power: Congress and the Executive*", Congressional Quarterly Press, Washington DC, 1981.

Questo non solo è riscontrabile nella natura e negli effetti della stessa *judicial review* i cui risultati, come noto, si impongono indistintamente a tutti gli attori della federazione, ugualmente sottoposti alla Costituzione – alle leggi federali e ai trattati internazionali fatti nel suo rispetto, costituenti *the Supreme Law of the Land* - ma anche nell'orientamento alla centralizzazione e alla nazionalizzazione che la Corte rivela, in maggior misura soprattutto a partire dal *New Deal*, in una parte consistente e significativa della sua giurisprudenza.

Ovviamente non si possono trascurare le marcate discontinuità e le, anche profonde, oscillazioni che si riscontrano nell'orientamento prevalente adottato, nel corso del tempo, dalla Corte Suprema - anche sul tema del federalismo, come in altri, e anche nel periodo post-*New Deal* - che, difatti, in non poche occasioni, ha espresso delle posizioni non perfettamente in linea con i suoi precedenti, tanto da sembrare incoerenti, se non in aperta contraddizione, con la sua precedente giurisprudenza.

Non si tratta semplicemente dei casi, sicuramente significativi nell'evoluzione complessiva dell'ordinamento, in cui la Corte apertamente ha deciso e dichiarato di rovesciare, attraverso un chiaro *overruling*, un proprio precedente che, come sappiamo, avendo un valore normativo particolare, ha un impatto decisivo determinante, a tutti i livelli, nel funzionamento concreto del sistema federale e nella configurazione di poteri, relazioni istituzionali e diritti; molto spesso, infatti, il cambiamento di prospettiva nell'interpretazione costituzionale è stato, apparentemente, meno evidente e netto, ma in sostanza non meno incisivo e discordante rispetto a passati pronunciamenti di un formale ribaltamento di significati costituzionali anteriormente imposti.

La Corte Suprema, da molti accusata di essere un'istituzione fortemente conservatrice che agisce principalmente quale argine ai cambiamenti istituzionali e socio-economici, sicuramente ha anche saputo recepire i cambiamenti intervenuti nel sistema costituzionale materiale e nella società, o, in alcuni casi, li ha perfino anticipati e promossi, attraverso un'evoluzione giurisprudenziale a volte creativa e di stampo progressista.

Il piano formale e quello materiale dei cambiamenti costituzionali entrano in una particolare, e a volte ambigua, relazionalità dialettica non sempre facilmente inquadrabile nel processo di trasformazione costituzionale. In questa fase avviene il passaggio fondamentale, prevalentemente in via informale, dal federalismo duale al federalismo cooperativo attraverso il necessario contributo della Corte Suprema.

## Capitolo VI

### LA CORTE SUPREMA: CORTE DEI POTERI, CORTE DEI DIRITTI

#### 6.1 Il *New Federalism*: continuità e discontinuità nella giurisprudenza federalista

A partire dalla svolta del *New Deal*, la giurisprudenza della Corte Suprema aveva sostanzialmente qualificato di interesse nazionale qualunque provvedimento approvato dal Congresso e sottoscritto dal Presidente<sup>266</sup>.

Dagli anni settanta riaffiorò nuovamente il filone federalista che, nonostante il lascito pesante della giurisprudenza precedente, pose le premesse per una nuova inversione di tendenza nell'orientamento dominante della Corte, attuatosi più compiutamente negli anni ottanta, con la presidenza della Corte Rehnquist e l'ascesa al potere di Reagan<sup>267</sup>.

In base alla vigenza del principio dello *stare decisis* - per la Corte Suprema, di fatto, solo formale - la possibilità di una nuova rilettura degli articoli costituzionali, in senso ora favorevole agli Stati, sarebbe risultata impraticabile e contraria al principio della certezza del diritto.

Se fino a questo momento la Corte non aveva praticamente mai trovato motivi validi per denunciare la violazione della sovranità statale da parte della normativa federale che aveva tratteggiato una forma di *Welfare state* nazionale nata dalla necessità di uscire dalla Grande Depressione, a partire dalla sentenza *National League Cities v. Usery*<sup>268</sup>

---

<sup>266</sup>D.B. Walker, "Qual è il ruolo più corretto del centro nel sistema federale?" *Un argomento ancora dibattuto, controverso e attuale*, in *Le Regioni*, n.1-2, 1994.

<sup>267</sup>J.L. Sundquist, "Il nuovo federalismo di Ronald Reagan", in *Quaderni costituzionali*, n.1, 1982, p.263-291.

<sup>268</sup> *National League Cities v. Usery* 426 U.S. 833 (1976). Venne in tale sentenza discussa la legittimità dell'emendamento al *Fair Labour Standards Act* del 1938 che rendeva applicabile anche ai funzionari statali e locali la regolamentazione federale dei rapporti di lavoro - orari, retribuzioni e straordinari -. Si stabilisce che tale provvedimento incide sulle funzioni di governo essenziali degli Stati, minandone la sovranità. I confini, ormai irrintracciabili, dell'*Interstate commerce*, interpretata estensivamente e in modo strumentale, che permette ad ogni materia di essere raggiunta e regolata dal Congresso, vengono parzialmente ricostituiti. Il potere sul commercio, per quanto sostanzialmente illimitato, può incontrare il limite di un X emendamento redivivo, qualora la normativa federale mini l'integrità degli Stati, attraverso la compromissione delle tradizionali funzioni di governo, e la loro capacità di funzionare efficacemente in un sistema federale. La Corte inoltre si ritaglia il compito di valutare, caso per caso, se l'attività legislativa del Congresso incida negativamente sull'essenza stessa degli enti federati. Non fissa in assoluto, quindi, delle chiare limitazioni ai poteri congressuali, in particolare quello relativo al commercio, né recupera un X emendamento inteso come limite autonomo all'esercizio dell'attività legislativa federale. Piuttosto preferisce affermare la propria competenza a valutare, con un ampio margine di discrezionalità, se debba prevalere o meno la necessità di tutelare un interesse dell'intera

del 1975, esprime un *revirement* favorevole agli Stati nei confronti dei quali riscopre delle garanzie nuovamente giustiziabili.

La Corte Suprema, contravvenendo a numerosi precedenti in cui aveva legittimato il nuovo ruolo, propulsivo e attivista, dello Stato centrale, riscopre e riconferma alcune significative limitazioni all'interventismo federale che, in maniera ora nuovamente ingiustificata, penalizza gli Stati. La Corte dimostra di non aver più intenzione di perorare sempre e comunque la causa dell'intervento federale e di mantenere quell'atteggiamento immancabilmente deferenziale alle scelte fatte a livello nazionale.

A partire da *National League*, infatti, la Corte riprende ad effettuare un bilanciamento *ad hoc* di istanze ed interessi confliggenti e a valutare la relativa proporzionalità degli strumenti scelti per proteggere gli interessi in gioco. Ma già in questa sentenza le parole del giudice dissenziente Brennan testimoniano l'esistenza di un conflitto in seno alla Corte che vedeva contrapporsi i sostenitori di un rilancio delle prerogative statali a chi, per contro, considerava la nozione di sovranità un'astrazione senza sostanza<sup>269</sup>.

Di lì a poco, infatti, *National League* verrà capovolta, o quantomeno provvisoriamente corretta, dalla decisione, questa volta in senso favorevole alla Federazione, *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*<sup>270</sup> del 1985. In tale decisione si riconosce l'impossibilità di individuare chiaramente dei limiti ai poteri del Congresso attraverso una definizione a priori di aree riservate all'intoccabile sovranità statale. Si ammette, cioè, l'incapacità di identificare un principio sistematico in grado di collocare in maniera certa in aree diverse le competenze federali e statali. La *Commerce clause* non fornisce qui alcun elemento alla Corte con cui riesca a limitare le azioni del Congresso nei confronti degli Stati. Il contrasto tra *National League* e *Garcia* non poteva essere più netto.

Tale situazione riflette e manifesta il conflitto creatosi nella giurisprudenza costituzionale che si dimostra incapace di prendere una posizione quanto più definitiva e

---

federazione tanto da giustificare l'assoggettamento degli Stati. Cfr. J. A. Barron, C.T. Dienes, "*Constitutional Law in a Nutshell*", op.cit., pp. 99-103.

<sup>269</sup> A. Pin, "*La sovranità in America. Il federalismo di fronte alla Corte Suprema dalle origini alla crisi economica contemporanea*", CEDAM, Padova, 2012.

<sup>270</sup> *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* 469 U.S.528 (1985). Tale sentenza rovescia il precedente, *National League*, e afferma la legittimità del fatto che i funzionari e gli impiegati degli Stati siano soggetti alle prescrizioni dello Stato federale in materia economica, orari di lavoro e retribuzioni, non diversamente dai lavoratori delle imprese private. In questa decisione viene recuperata e adottata a maggioranza, in una Corte comunque ancora divisa, la posizione del giudice Brennan nella sua *dissenting opinion* in *National League*. Il ragionamento seguito dalla Corte ribadisce come le garanzie politiche che assicurano agli Stati la partecipazione stabile nel procedimento di formazione delle decisioni federali siano le condizioni all'interno delle quali ricercare la tutela degli interessi degli Stati e non più la definizione di una loro sfera di sovranità inviolabile. Cfr. J. A. Barron, C.T. Dienes, "*Constitutional Law in a Nutshell*", op.cit., pp. 101-109.

coerente possibile sul criterio guida della divisione delle competenze fra federazione e Stati.

Tale conflittualità, più che giungere a dirimerla, fissando dei paletti di contenimento stabile e condiviso alle competenze del governo federale e stabilendo conseguentemente gli ambiti residuali invalicabili dell'autonomia statale, dimostra di riprodursi indefinitamente e riflettersi nella contingente e provvisoria presa di posizione di volta in volta a favore della federazione o degli Stati.

Anche la scelta di chi, fra Corte Suprema e Congresso, dovesse assumere la posizione di arbitro nella definizione dello spazio d'azione del Congresso sotto la *Commerce clause* rimase oggetto irrisolto di quello scontro.

Venne nuovamente riaffermato il principio in base al quale il valore del federalismo e le connesse garanzie dell'autonomia e dei diritti degli Stati si trovano e vanno sfruttate all'interno dello stesso processo politico nazionale unitario e non nella definizione a priori di puntuali e invalicabili barriere competenziali fra i due livelli, cosa ormai irrealistica in una società complessa e in rapida trasformazione come quella statunitense in cui le materie diventano spesso trasversali e coinvolgono contemporaneamente ambiti e soggetti differenti.

La Corte riafferma la competenza del Congresso ad agire in base alla *Commerce clause* ogni qualvolta lo ritenga necessario, senza che questa scelta politica possa esser soggetta ad un controllo giurisdizionale, riducendo, di fatto, il X emendamento ad una retorica senza significato<sup>271</sup>.

La discontinuità rappresentata da *National League* rispetto alla giurisprudenza precedente che aveva avallato la forte attrazione delle competenze in capo alla federazione, sembra superata con *Garcia*, ma così non fu. La Corte sembra qui recuperare la questione della politicità e quindi non giustiziabilità della ripartizione delle competenze e ricorda come gli stessi *Framers* avessero preferito individuare gli strumenti principali per garantire i diritti degli Stati non in un'astratta nozione di sovranità, ma piuttosto nella struttura stessa del governo federale. Conseguentemente a questo approccio il limite costituzionale alle competenze federali, nello specifico alla polimorfica ed elastica *commerce clause*, sarebbe legato alla procedura più che al

---

<sup>271</sup> Le garanzie discendenti dal X emendamento e l'autonomia statale risultano costantemente rispettate per quanto riguarda, invece, l'ambito penale. Ne è esempio più recente la sentenza *Heath v. Alabama* (474 U.S. 82) del 1985 in cui la Corte dichiara la legittimità costituzionale dell'ipotesi in cui uno stesso soggetto possa essere perseguito separatamente da due Stati, in base alle rispettive norme penali, per uno stesso comportamento. Sul tema cfr. A.J. Colangelo, "*Double Jeopardy and Multiple Sovereigns: a Jurisdictional Theory*", in *Washington University Law Review*, vol.86, n.4, 2009, p.769-857.

risultato. La fisionomia dello Stato federale sarebbe legata alla concreta definizione delle competenze dei diversi livelli di governo che si realizza nel vivo del circuito democratico e non in una inflessibile e *a priori* divisione delle stesse da trovarsi in Costituzione e da farsi valere attraverso il controllo giudiziario di costituzionalità<sup>272</sup>.

Le dinamiche del processo politico nazionale, in cui gli interessi degli Stati sono ampiamente rappresentati e in cui i poteri multipli si controllano e bilanciano reciprocamente, dovrebbero determinare la fattiva allocazione delle competenze e non la giustiziabilità giurisdizionale effettuata dalla Corte Suprema su una ripartizione, ipotizzata formale e inflessibile, nei fatti variabile e oscillante, delle competenze fra federazione e Stati.

È il circuito politico democratico la sede principale della definizione delle competenze, indisponibili ad un raggruppamento per categorie, evanescenti e inutilizzabili, che diventa, quindi, un *process federalism*<sup>273</sup> che solo come *extrema ratio* può necessitare un intervento correttivo e suppletivo del massimo organo giudiziario. La *judicial review* dovrebbe, quindi, entrare in gioco esclusivamente qualora la definizione e ripartizione delle competenze tra centro e periferia non riesca a pervenire, nel processo politico nazionale, ad una intesa fra i diversi interessi ivi rappresentati e richieda così una composizione del conflitto per via giudiziaria, ad opera della Corte Suprema.

La Corte suprema aveva più volte sostenuto il suo ruolo di arbitro estremo e finale delle controversie, più politiche che costituzional-formali, sull'attribuzione delle competenze fra i due livelli di governo durante l'epoca *post-New Deal* in cui, per legittimare il ruolo centrale e preponderante, materialmente esercitato dal governo federale (nella creazione di un poderoso sistema burocratico-amministrativo federale in sempre più numerosi settori della vita economica e sociale, prima tendenzialmente riservati all'autonoma determinazione delle forze del mercato e dei privati), si era fatta espressione di una giurisprudenza improntata al *self-restraint* e all'astensione dal giudizio costituzionale sulla ripartizione delle competenze ritenuta una *political question* da definirsi e comporsi, qualora sfociasse in conflitto, nell'opportuna sede politica.

Di fatto, quest'atteggiamento della Corte ha favorito e avallato il massiccio interventismo federale che, utilizzando più frequentemente e capillarmente un potere di spesa, corredato ad un potere impositivo, più liberi da vincoli di attivazione e da

---

<sup>272</sup> H. Wechsler, "The political safeguards of federalism: the role of the states in the composition and selection of the national government", op.cit. pp. 543 ss.

<sup>273</sup> Vedi M.S. Greve, "Real Federalism. Why it matters, how it could happen", American Enterprise Institute, Washington, 1999.

specifiche e ristrette finalità, nonché attribuendo copertura costituzionale ai numerosi provvedimenti federali sotto una *Commerce clause* notevolmente espansa, ha trasformato materialmente la fisionomia e il concreto funzionamento del sistema federale. I rapporti fra i distinti livelli di governo, precedentemente agenti su piani separati e non comunicanti, hanno assunto nuovi equilibri caratterizzati da una maggiore cooperazione funzionale e interazione istituzionale, all'insegna, però, di un netto dirigismo centrale.

La Corte ha finito per dichiarare la sua regolare astensione dalla risoluzione dei conflitti di attribuzione, affidandone la composizione alle dinamiche politiche del processo democratico nazionale in cui gli interessi dei diversi soggetti detentori di porzioni di un potere - e per molti di una sovranità - frammentato in più livelli e organi, sono democraticamente rappresentati e operativamente coinvolti nell'iter decisionale.

Ecco perché in questa fase la Corte insiste molto su quelle che definisce come le premesse essenziali e indispensabili alla realizzazione di un'autentica democrazia e al suo buon funzionamento<sup>274</sup>.

I valori che inserì, durante almeno i tre decenni successivi al *New Deal*, nella definizione e protezione dei presupposti democratici ritenuti fondamentali, hanno riguardato, in particolare, le garanzie connesse alla partecipazione rigorosamente paritaria e libera di tutti i cittadini alla determinazione delle politiche nazionali.

La Corte ha infatti scelto di occuparsi esclusivamente, difendendoli con gran vigore e munendoli di forti garanzie costituzionali, dei principi della democrazia formale e procedurale e di alcuni diritti fondamentali, preferendo non intervenire, sotto il profilo costituzionale, e interferire nelle scelte dei poteri politici nel campo dell'organizzazione economico-sociale della società e in generale nel passaggio alla forma di stato interventista con federalismo cooperativo.

Abbiamo precedentemente evidenziato come il maggior interventismo federale in ambiti economici e sociali abbia trovato nel *taxing and spending power* il principale strumento di unificazione giuridica dell'ordinamento, nel solco di una centralizzazione complessiva del potere.

La potestà impositiva<sup>275</sup> del Congresso - arrivata ad ammettere, in base alla decisione della Corte in *South Carolina v. Baker* del 1988, la tassazione federale anche sui bond

---

<sup>274</sup> G. Bognetti, "Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti, II, La Costituzione democratica", op.cit.

<sup>275</sup> La Corte Suprema, è utile ricordarlo, aveva escluso la costituzionalità di un'imposta federale sul reddito nel caso *Pollock v. Farmers' Loan and Trust Co.* del 1895. Agli inizi del XX secolo, le necessità

statali (differenziando quelli al portatore, i cui interessi erano soggetti a tassazione federale, da quelli nominativi, sotto regime di esenzione fiscale federale<sup>276</sup>) – rappresenta la fonte finanziaria indispensabile del corredo potere di spesa, ormai utilizzato in maniera sistematica e consistente, tanto da costituire, attraverso il sistema dei trasferimenti intergovernativi, lo strumento privilegiato di coazione federale dei governi statali.

Sotto l'ombrello diventato ormai onnicomprensivo della *Commerce clause*, inoltre, e grazie al potere di *preemption* che la *supremacy clause* riconosce alla federazione, la Corte durante il *New Deal* aveva concesso al Congresso di incidere con i propri atti normativi su funzioni riservate alla potestà statale e connesse alla sovranità degli Stati, degradando il significato del X emendamento a inconsistente ovvietà, privo di garanzie concretamente giustiziabili.

La Corte aveva poi parzialmente corretto il tiro, nell'epoca del *New Federalism*, escludendo che l'occupazione preclusiva di un settore normativo da parte della federazione, qualora relativo alle funzioni governative e storiche di uno Stato, potesse ritenersi legittima se non in presenza di un atto consapevole ed esplicito espresso nel circuito politico decisionale, dal Congresso, che palesi tale volontà attraverso un *clear statement*<sup>277</sup>.

---

di superare il sistema fiscale limitato a forme di imposizione indiretta, essenzialmente tariffe daziarie, e avere a disposizione maggiori risorse finanziarie indispensabili al crescente interventismo federale, portò all'approvazione, nel 1913, del XVI emendamento che superando Pollock, consentiva al Congresso di utilizzare a pieno l'imposizione diretta, fissando tributi di ogni tipo, su qualunque reddito e senza vincoli di proporzionalità con la popolosità degli Stati. Nel 1936, infine, il potere di tassare e di spendere diventa oggetto di un'interpretazione fortemente estensiva, proposta dalla Corte nel caso *United States v Butler*, che lo svincola dai limiti dei poteri enumerati, permettendogli di essere esercitato indipendentemente dai suddetti ambiti specifici e limitati. L'imposizione di tributi e l'erogazione di finanziamenti federali diventano mezzi efficaci per scoraggiare certe attività e favorirne altre, finanziandole a determinate condizioni, di fatto finendo così per regolarle anche, molto spesso, in settori tradizionalmente riservati alla regolamentazione statale.

<sup>276</sup> L'esistenza di due sistemi di governo con distinta legittimazione democratica e con un indipendente sistema di imposizione tributaria determina il fenomeno di *tax overlapping* o tassazione multipla, ovvero la possibile e problematica sovrapposizione tra imposte di diversi livelli territoriali. Sui problemi di coordinamento derivanti dalla situazione di duplicazione tributaria, sulle percorribili soluzioni e in generale sul federalismo finanziario cfr. M. Rey, "Aspetti finanziari del federalismo negli Stati Uniti d'America", in AA. Vv. "Il federalismo statunitense fra autonomie e centralizzazione", Clueb, Bologna, 1979.

<sup>277</sup> La *clear statement rule* (ovvero quel criterio in base al quale non possa attivarsi la *preemption* federale se non in presenza di un intento chiaramente emerso dalla normativa federale a voler soppiantare quella statale riguardante una funzione di governo dello Stato) viene tradizionalmente applicata nell'ambito dell'immunità giurisdizionale degli Stati protetta dal XI emendamento. In questo ambito si richiede un esplicito riferimento fatto dal Congresso alla sua volontà di derogare all'immunità statale - che protegge lo Stato dai processi intentati nei suoi confronti da cittadini di altri Stati o di Stati stranieri - in attuazione delle garanzie del XIV emendamento. L'immunità degli Stati e il diritto loro riconosciuto di astenersi dal rispondere davanti ai tribunali federali in processi iniziati da cittadini di altri Stati, decade se il Congresso espressamente esprime tale volontà collegata al dovere di dare attuazione al XIV emendamento.

Nella sentenza *Gregory v. Ashcroft*<sup>278</sup> del 1991 la Corte afferma come il X emendamento, garante costituzionale dell'autodeterminazione statale, sia lo strumento di temperamento della *preemption* federale, qui risultante come un potere dal carattere eccezionale che non può attivarsi automaticamente e in via indiretta ma che, almeno per le funzioni governative statali, necessita un'enunciazione chiara da parte del Congresso del proposito di scalzare una normativa statale e occuparne il relativo campo, in assenza della quale la Corte ritiene di non poter applicare la dottrina della *preemption* implicita. Con *Gregory* la Corte recupera la classica dottrina della sovranità duale e circoscrive l'ampiezza applicativa della clausola di supremazia che fino ad allora aveva grandemente avvantaggiato la federazione e ridotto l'autodeterminazione statale.

## **6.2 L'affermazione del *New Federalism* e l'*anti-commandeering principle***

Con la presidenza Reagan degli anni ottanta viene dato avvio ad una nuova fase di *deregulation* ovvero di riduzione dei poteri di *regulation* federale e degli ambiti d'intervento degli apparati amministrativi federali. Viene contemporaneamente data preminenza al ruolo degli Stati e dei privati con una rivitalizzazione degli *states' rights* sostenuta da una maggiore autonomia finanziaria degli stessi associata a politiche di privatizzazione e di contenimento della spesa pubblica (con conseguente riduzione del *welfare* e della tassazione nazionale in linea con la teoria economica ora dominante, la *supply side economy*, che soppianta la precedente teoria keynesiana del sostegno alla domanda aggregata). Il *New Federalism* si caratterizza per una consistente compressione delle competenze del *federal government* convalidata da una lettura restrittiva e dal tenore letterale dei poteri enumerati. Questo orientamento nuovamente incline ad assicurare maggiore spazio all'autonomia statale nell'ottica di una recuperata sovranità duale, si riflette nella creazione di nuove agenzie statali con cui viene attuato un decentramento amministrativo e una consistente decentralizzazione del *welfare*.

La predisposizione, inoltre, di programmi federali cofinanziati, subisce anch'essa una netta riduzione a tutto vantaggio dell'autonomia statale che risulta più libera di esplicarsi negli ambiti che, a partire dal *New Deal*, erano stati attratti nell'orbita

---

<sup>278</sup> *Gregory v. Ashcroft* 501 U.S. 452 (1991). Cfr. J. A. Barron, C.T. Dienes, "Constitutional Law in a Nutshell", op.cit., pp.103-104.

regolativa federale attraverso l'utilizzo frequente e incondizionato dei poteri di *preemption*.

Occorre specificare come il fenomeno che, durante e dopo il *New Deal*, ha consentito all'intervento regolativo dello Stato federale di imporsi in numerosi campi spiazzando, in maniera totale o parziale, le normative degli Stati membri ricadenti in quei settori, si sia servito della tecnica della chiamata in compartecipazione o dei *grants-in-aid*.

Il nuovo modello di federalismo cooperativo<sup>279</sup> che si profila a partire dal *New Deal* si sviluppa attraverso la predisposizione di stanziamenti finanziari che lo Stato centrale offre agli Stati membri, da impiegarsi in determinati ambiti normativi e per specifiche finalità dalla federazione individuati e imposti.

Gli aiuti finanziari che la federazione mette a disposizione degli Stati e che richiedono una esplicita accettazione da parte di questi ultimi, impongono, per essere devoluti, che lo Stato che volontariamente li accetti si impegni con un suo attivo contributo, spesso anche economico, alla realizzazione del progetto predisposto o approvato dalla federazione.

Frequentemente si è verificato che lo Stato centrale, nel concedere degli aiuti finanziari agli Stati, specificasse precise modalità e condizioni di impiego dei fondi messi a disposizione per determinati obiettivi, senza lasciare alcun margine di manovra agli Stati.

Si tratta, quindi, di una cooperazione in qualche modo imposta e prescritta, talvolta fin nei dettagli, nei suoi caratteri di sviluppo e non, come per quanto riguarda i rapporti tra gli Stati in senso orizzontale, volontaria e spontanea<sup>280</sup>.

La legislazione federale era spesso sconfinata da normativa di invito a normativa di comando in quanto, andando ben oltre alla semplice proposta persuasiva di incentivi convincenti e convenienti per gli Stati che questi potevano però liberamente rifiutare di accettare, finiva per prescrivere agli stessi indiscutibili modalità d'impiego e amministrazione dei finanziamenti federali, tanto da ridurre la cooperazione degli Stati a mera esecuzione vincolata di programmi federali su cui, inoltre, la federazione si riservava la facoltà di esercitare una significativa e talvolta capillare sorveglianza.

---

<sup>279</sup> D.J. Elazar, "Cooperative federalism", in D.A. Kenyon, J. Kincaid (ed.by), "Competition among States and Local Governments", Washington D.C., The Urban Institute Press, 1991, pp.65-86; ID, "American Federalism. A view from the States", Thomas Crowell Company, New York, 1966.

<sup>280</sup> Gli Stati hanno dimostrato la volontà di realizzare un coordinamento sistematico e vasto delle proprie politiche legislative, esecutive e giudiziarie. Ne sono esempi l'adozione di comuni modelli legislativi in svariate materie, la creazione di organismi amministrativi speciali e permanenti per la gestione di interessi e affari comuni – come *New York Port Authority* - e in generale la tendenza ad una parziale ma significativa uniformizzazione dei sistemi normativi degli Stati in numerosi settori.

L'offerta dei *grants-in-aid* federali poteva assumere differenti profili e prevedere diverse modalità d'utilizzo che lasciavano spazio alla discrezionalità degli Stati in misura diversa<sup>281</sup>.

Nel 1992, con la sentenza *New York v United States*<sup>282</sup>, la Corte Suprema enuclea la dottrina dell'incostituzionalità del *federal commanding* per violazione della sovranità statale protetta dal X emendamento. In base a tale elaborazione giurisprudenziale si nega al Congresso la facoltà, fino ad allora ampiamente esercitata, di imporre, di fatto, agli Stati di adottare determinati provvedimenti normativi o di richiedere ai funzionari statali di dare esecuzione amministrativa ad una disciplina federale.

La Corte recupera e rinforza il significato limitativo, inibente e costringitivo verso la federazione del X emendamento, da cui evince e si impegna a far rispettare *l'anti-commandeering principle*, nuovo strumento di restrizione e contenimento dei poteri della federazione sugli Stati.

La Corte ricorda inoltre come la Costituzione lasci agli Stati una sovranità residua inviolabile che non può che comprendere il controllo sull'attività legislativa.

A differenza della Confederazione, però, il Congresso ha ora la facoltà di disciplinare direttamente le attività e i comportamenti dei cittadini ma non può più, come nell'esperienza confederale, vincolare gli Stati e richiedere agli stessi di adottare delle leggi in ossequio a determinate prescrizioni federali. Così facendo verrebbe seriamente compromesso, a detta della Corte, il rapporto di responsabilità diretta tra elettori ed eletti.

Si vieta, così, l'imposizione diretta di vincoli sull'attività normativa degli Stati e si lascia libera la strada, in alternativa, alla possibilità del Congresso di disciplinare direttamente e interamente una materia, avvalendosi della *preemption* e assumendosene la piena responsabilità politica.

La Corte, infine, evidenzia come la tutela del federalismo e dei suoi valori non rappresenti un fine in sé stesso ma sia funzionale alla salvaguardia delle libertà degli

---

<sup>281</sup> S. Gamkhar, "*Federal intergovernmental grants and the states*", Edward Elgar Publishing, Northampton (Mass.), 2002.

<sup>282</sup> *New York v United States* 505 U.S. 144 (1992). In tale decisione la Corte cassa una legge federale che di fatto non invitava ma ingiungeva agli Stati di emanare leggi di dettaglio sulla materia delle scorie radioattive, in esecuzione di stringenti *standards* federali, o, in alternativa, assumersi la proprietà e responsabilità – in base alla c.d. *take title provision*, clausola di assunzione della titolarità - delle scorie presenti sul proprio territorio.

individui che risultano più efficacemente tutelati dal carattere diffuso e diluito del potere sovrano<sup>283</sup>.

### 6.3 Nuovi limiti posti dalla Corte alla competenza federale sul commercio: i casi *Lopez e Printz*

La competenza sul commercio aveva acquisito, grazie all'utilizzo massiccio fattone dal Congresso e alla lettura convalidante della Corte, scopi illimitati<sup>284</sup>. La Corte Suprema aveva permesso che il potere sul commercio si trasformasse nello strumento di esercizio di un ampio e generale *national police power*<sup>285</sup> (il *police power* è quel potere generale di cura e governo dei cittadini, comprendente la responsabilità della sicurezza, salute, ordine pubblico, moralità e benessere generale, tradizionalmente affidato agli Stati e, a partire dal *New Deal*, esercitato anche dalle istituzioni federali).

La Corte Suprema aveva praticamente rifiutato di tracciare dei limiti al potere federale sul commercio, adottando nei confronti della legislazione federale, esercizio di tale potere, un rigoroso *self-restraint* che aveva snaturato il significato originario di quella competenza e, come diretta implicazione, l'essenza stessa dello Stato federale<sup>286</sup>.

Parte della dottrina aveva quindi definito come *rinascimento del federalismo*<sup>287</sup> le decisioni adottate dalla Corte nell'epoca del *New Federalism*, soprattutto a partire dal 1995.

È questo l'anno in cui, a distanza di sessant'anni, la Corte recupera delle limitazioni al potere sul commercio, dichiarando incostituzionale una legge federale in quanto eccedente il *commerce power* costituzionalmente riconosciuto alla federazione.

Nella pronuncia *United States v. Lopez*<sup>288</sup> del 1995, la Corte attua una revisione dell'orientamento precedente, mettendo in discussione diversi decenni di giurisprudenza sulla *commerce clause* e in generale sul federalismo. La Corte in questa occasione dichiara incostituzionale il *Gun Free School Zones Act* del 1990 che proibiva il possesso

---

<sup>283</sup> M. Comba, "Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il Judicial federalism negli Stati Uniti", op.cit.

<sup>284</sup> Vedi L.H. Tribe, "American Constitutional Law", I, op.cit., p. 816.

<sup>285</sup> Cfr. B.I. Bittker, "Bittker on the regulation of interstate and foreign commerce", op.cit., p.215; P. Fuller, "Is there a federal police power?", in *Columbia L. Rev.*, 1904, IV, p.563 ss.

<sup>286</sup> Vedi R.F. Nagel, "The implosion of American federalism", Oxford University Press, New York, 2001, pp.15 ss.

<sup>287</sup> Vedi M.S. Greve, "Real federalism. Why it matters, how it could happen", op.cit., p.19.

<sup>288</sup> *United States v. Lopez* 514, U.S. 549 (1995). Cfr. S.G. Calabresi, "A Government of limited and enumerated powers", in "Defence of United State v. Lopez", in *Michigan Law Review*, n.3, 1995, p.572.

di armi nei pressi delle scuole in quanto giudicato eccedente il *commerce power* del Congresso.

La Corte definisce dei limiti esterni al *commerce power* stabilendo che questo possa legittimamente esercitarsi solo su attività di natura economica<sup>289</sup>, le sole che possano produrre effetti sostanziali sul commercio. La legge oggetto di giudizio, non avendo tale natura, non poteva, di conseguenza, esercitare effetti sostanziali sul commercio e per tal motivo venne dalla Corte dichiarata esercizio illegittimo del *commerce power*. Così facendo la Corte recupera una *Commerce clause* quanto più compatibile con l'originaria sovranità duale.

Nella dialettica Federazione-Stati vengono ripristinate e fatte valere alcune garanzie inerenti all'assetto strutturale della sovranità duale attraverso una serie di decisioni della Corte in aperta controtendenza rispetto alla giurisprudenza precedente inaugurata nel *New Deal*.

L'orientamento della Corte divenne molto più rigido, rispetto al recente passato, nella tutela delle prerogative statali nel contesto di un rinnovato timore della concentrazione dei poteri e dello snaturamento del federalismo. Il carattere federale della Costituzione venne nuovamente privilegiato e non venne più tanto facilmente sacrificato in nome di un interesse nazionale considerato primario.

La Corte Suprema ancorò all'impianto federalista il divieto di trasformare gli Stati in strumenti di attuazione delle politiche federali. Tale orientamento venne ribadito nella sentenza *Printz v United States*<sup>290</sup> del 1997. La Corte dichiara incostituzionale una disciplina federale sulla compravendita di armi in cui si richiedeva ai funzionari dell'amministrazione statale di raccogliere informazioni dalle armerie sulle domande d'acquisto di armi e svolgere su queste indagini iniziali. Tale normativa, a parere della Corte, violava palesemente il X emendamento, compromettendo l'autonomia statale e la basilare separazione fra federazione e Stati<sup>291</sup> – valida per tutte le funzioni governative, legislativa, esecutiva e giudiziaria - entrambi operanti sugli individui ma non l'uno sull'altro<sup>292</sup>. La federazione non può disporre direttamente degli apparati amministrativi statali ed imporre ai funzionari statali di dare esecuzione ad una

---

<sup>289</sup> M.S. Greve, "Real federalism. Why it matters, how it could happen", op.cit., p.28. Nonostante in *Lopez* non si dichiarò *overruled* alcuna precedente decisione, lo stacco dalla giurisprudenza precedente, ad esempio la decisione *Wickard v Filburn* del 1942, è evidente.

<sup>290</sup> *Printz v United States* 521 U.S. 898 (1997). Cfr. E.H. Caminker, "Printz, state sovereignty and the limits of formalism", in "Supreme Court Review", 1997, pp.199 ss.

<sup>291</sup> In base a tale separazione ciascun livello di governo ha il proprio apparato amministrativo per dare esecuzione alle proprie leggi. Vedi sul punto F. Pizzetti, "Federalismo, regionalismo e riforma dello Stato", Giappichelli, Torino, 1996, pp. 13 e 35.

<sup>292</sup> Ivi, p.207.

normativa federale in quanto esiste un rigoroso parallelismo tra attività legislativa ed esecutiva valido per la federazione e per gli Stati. In questa decisioni viene inoltre escluso *a priori* ogni bilanciamento fra interessi confliggenti, in quanto la normativa oggetto d'esame risulta, agli occhi della Corte, profondamente incompatibile con il sistema costituzionale di sovranità duale. Le strade rimaste percorribili allo Stato federale per realizzare interessi nazionali legittimi rimangono o quella di ottenere la collaborazione degli Stati attraverso validi incentivi e non tramite coercizione, oppure emanare per intero la legislazione desiderata e affiancarla con una macchina federale amministrativa che si occupi dell'attuazione completa.

Non sono mancate le voci critiche alla *ratio* del caso *Printz* e in generale all'orientamento filo-statale della Corte in questa fase<sup>293</sup>. Il divieto di avvalersi dell'apparato amministrativo statale, infatti, non può che aumentare i costi derivanti dalla creazione di un'apposita struttura amministrativa federale decentrata ed escludere i vantaggi di un'implementazione attenta alle peculiarità statali e locali<sup>294</sup>.

Un'altra decisione della Corte che dà testimonianza di un bilanciamento tendenzialmente favorevole agli interessi degli Stati in questa fase è *City of Boerne v. Flores and United States* del 1997. La Corte, anche quando si tratti di considerare il XIV emendamento e la *Commerce clause* – a differenza della precedente e generale astensione adottata nella giurisprudenza *post-new deal* –, decide di applicare uno scrutinio più penetrante, orientato a valutare l'opportunità e la congruità dell'intervento normativo federale rispetto agli obiettivi e interessi giudicati prevalenti nel bilanciamento.

In questa sentenza i giudici della Corte Suprema decretano l'incompatibilità del *Religious Freedom Restoration Act* con la Costituzione, in quanto il XIV emendamento, su cui tale legge federale si fondava, legittimava un intervento del Congresso, a garanzia di un uguale livello di tutela delle libertà fondamentali, esclusivamente di tipo rimediale e correttivo nei confronti di leggi statali inadeguate o difettose.

Tale imperfezione costituzionale della normativa statale, la sola che legittimava l'intervento federale di repressione o di surroga, doveva discendere da una manifesta

---

<sup>293</sup> La decisione nel caso *Printz* divide profondamente la Corte e la *dissenting opinion* del giudice Stevens testimonia l'opposizione all'estensione dell'*anticommandering principle* all'attività amministrativa degli Stati. Vedi M.D. Adler, "State sovereignty and the anti-commandeering cases", in *The Supreme Court's Federalism: real or imagined, The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, March 2001, pp. 158-172. L'autore evidenzia come non ci sia prova nel testo della Costituzione di un divieto a richiedere al livello statale di dare applicazione e esecuzione a leggi federali.

<sup>294</sup> E.H. Caminker, "*Printz, state sovereignty and the limits of formalism*", in "*Supreme Court Review*", 1997, p. 210.

violazione dei diritti protetti dal XIV emendamento, l'inadeguatezza doveva risultare unicamente rispetto alla definizione fornita dalla giurisprudenza della Corte Suprema, escludendo, quindi, ogni possibilità per il Congresso di fornire di quei diritti una definizione e protezione differente, anche se più ampia<sup>295</sup>.

La decisione presa dalla Corte in *United States v. Morrison* nel 2000 riguarda, ancora una volta, l'incostituzionalità di una legge federale che, in questo caso, attribuiva al livello federale la competenza a punire il reato della violenza sessuale, la cui autorità veniva nuovamente fondata dal Congresso sulla base della *commerce clause*.

La Corte negò ogni collegamento dello stupro al commercio interstatale e, di conseguenza, escluse che le corti federali potessero giudicare e punire tale reato<sup>296</sup>.

Negli anni novanta anche il tema dell'immunità statale torna all'attenzione della Corte che dimostra, anche su questo argomento, il suo orientamento neofederalista.

Con una serie di decisioni, tra cui ricordo le sentenze *Semiole Tribe of Florida v. Florida* (1995) e *Alden v. Maine* (1999), la Corte Suprema attua un chiaro *revirement* giurisprudenziale rispetto all'orientamento consolidatosi fino agli anni ottanta.

La Corte nell'epoca del *New Federalism* salda l'immunità statale sul terreno della sovranità costituzionalmente riconosciuta e mantenuta in capo agli Stati, elementi costitutivi dell'Unione ma separati e distinti da essa e dotati di importanti attributi della sovranità, inclusa l'immunità dalla giurisdizione federale<sup>297</sup> (come previsto dall'XI emendamento, rinvigorito). Gli Stati, secondo il ragionamento della Corte, godevano della sovranità già da prima della ratifica della Costituzione e la continuano a mantenere attualmente in base alla Costituzione stessa. La Corte restaura così la posizione sovrana degli Stati e ravvisa nell'immunità un aspetto intrinseco e indefettibile della sovranità stessa.

Così, sconfessando esplicitamente la propria giurisprudenza precedente sull'argomento<sup>298</sup>, in cui aveva allentato di molto le maglie dell'immunità statale per

---

<sup>295</sup> Il *Religious Freedom Restoration Act* del 1996, infatti, offriva una protezione più intensa delle libertà religiose rispetto a quella prevista dalla Corte e fatta valere nei suoi giudizi di costituzionalità di leggi statali che regolavano quelle libertà. Sul punto cfr. G. Bognetti, "Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti, II, La Costituzione democratica", op.cit., p.222.

<sup>296</sup> A. Pin, "La sovranità in America. Il federalismo di fronte alla Corte Suprema dalle origini alla crisi economica contemporanea", op.cit., p. 80.

<sup>297</sup> R.A. Schapiro, "Polyphonic Federalism. Toward the protection of fundamental rights", The University of Chicago Press, Chicago, 2009, p. 61 ss.

<sup>298</sup> La Corte in diverse occasioni si esprime sulla questione dell'immunità statale andando in direzione opposta alla decisioni prese in precedenza, in particolare in *Parden v. Terminal Railway* (1964) e in *Pennsylvania v. Union Gas Co.* (1989) – più o meno espressamente soggette ad *overruling* - in cui aveva stabilito la facoltà del Congresso di derogare all'immunità statale – ovvero di obbligare uno Stato a

consentire al Congresso di derogare all'XI emendamento, almeno nell'ambito dei poteri ad esso attribuitigli dalla Costituzione, la Corte valorizza e promuove il ruolo della doppia sovranità come migliore garanzia dei diritti e delle libertà dei cittadini. L'approccio all'immunità statale era promosso dalla Corte nella convinzione che il potere tutelasse la libertà solo se disperso e continuamente controbilanciato, contestando così la precedente lettura del federalismo di fatto molto più flessibile nella divisione delle competenze fra i due livelli di governo. Ma anche in questa occasione si levarono opinioni critiche al nuovo impianto federalista prospettato dalla maggioranza della Corte che vedeva, ora, nell'interpretazione più flessibile una minaccia per il federalismo e le libertà costituzionali.

Alcuni giudici dissenzienti, come Breyer (in *Lopez*, *Printz* e in altre pronunce filostatali)<sup>299</sup>, ad esempio, attraverso l'uso del *dissent* contestano il ritorno alla sovranità duale e sostengono la teoria in base alla quale la protezione dei diritti e delle libertà doveva passare attraverso la partecipazione ai processi decisionali ad ogni livello e la fondamentale condivisione delle scelte politiche concepite in tali sedi piuttosto che nella rigida divisione dei poteri tra i diversi livelli istituzionali.

Il percorso fatto dalla giurisprudenza della Corte Suprema in questa fase storica mette sicuramente in evidenza profondi tratti di discontinuità nella configurazione del federalismo statunitense ma non sono mancati elementi di continuità rispetto all'orientamento precedente, così da confermare un *New Federalism* non privo di ambiguità, indeterminatezza e fluttuazioni. Sicuramente la giurisprudenza del *New Federalism* complessivamente accentua molto il carattere federalista dell'ordinamento per sottrarre aree d'influenza transitate nel *New Deal* all'Unione e riportarle a livello statale, di cui si riafferma, nuovamente, il ruolo centrale nel sistema<sup>300</sup>.

Il rilancio del ruolo statale, di cui si stringe il collegamento diretto con la sovranità popolare<sup>301</sup>, non corrisponde ad una inequivocabile e assoluta inversione delle parti nei rapporti federazione-Stati, ma piuttosto la moderazione del ruolo della prima avviene nel segno di una maggiore efficacia ed efficienza riconosciuta nella capacità dei secondi di modulare le soluzioni politiche in base ai diversi contesti e bisogni locali.

---

presentarsi davanti ad una corte federale, anche senza il proprio consenso, qualora chiamato in giudizio da parte di un privato che lamentasse la violazione statale di una normativa federale e richiedesse a tal motivo un risarcimento dei danni - quando agiva in base ai poteri enumerati, come quello sul commercio.

<sup>299</sup> Vedi A. Di Martino, "Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo", Jovene, Napoli, 2016, pp.65-168.

<sup>300</sup> J.L. Sundquist, "Il nuovo federalismo di Ronald Reagan", op.cit., p. 263.

<sup>301</sup> S. Sherry, "States are People too", in *Notre Dame Law Journal*, 1999-2000, p.1121.

Appare ormai irrealistico, nel contesto attuale, segnato dall'aumento della complessità e dall'intersezione sempre maggiore fra i fenomeni economici, politici e sociali - in quanto profondamente influenzato dai processi connessi alla globalizzazione -, ancorarsi ad un rigido schema duale nella divisione dei ruoli e delle competenze che li collochi su piani fortemente distinti e separabili da barriere fisse e certe.

La valorizzazione degli Stati avviene all'insegna di una sovranità divenuta "relazionale" che denota ormai l'impossibilità di un'autosufficienza e totale autonomia dell'azione di un soggetto politico rispetto ad un altro, ugualmente dotato di autonoma fonte di legittimazione politica popolare. La dimensione della sovranità sfugge quantomeno ad ogni inflessibile incasellamento in distinte e incomunicanti sfere politiche; i diversi centri di potere di un sistema federale *polifonico*<sup>302</sup> devono ormai necessariamente rapportarsi l'uno all'altro in modalità più flessibili e interattive e secondo una dialettica relazionale più elastica nell'esercizio delle rispettive funzioni pubbliche.

Il *New Federalism*, più di tutto, ha rilanciato il ruolo e le funzioni della Corte Suprema che è stata chiamata, con molta più frequenza rispetto al passato, a decidere quali fossero i compiti degli Stati e della federazione, assumendo di fatto, particolarmente in questa fase ma nel corso dell'intera storia costituzionale statunitense, attraverso la sua giurisprudenza oscillante, la cruciale *Kompetenz-Kompetenz*, con cui ha localizzato e rilocalizzato le competenze di federazione e Stati, dando ai rapporti fra i poteri dell'ordinamento nuove fisionomie<sup>303</sup>.

Le decisioni prese dalla Corte, soprattutto a partire dal *New Federalism* fino ad oggi, oscillano nel dare la prevalenza al ruolo unitario della federazione o al contrario alle esigenze di differenziazione e al diritto all'autonomia degli Stati, scelta che appare sostanzialmente influenzata dalle circostanze e dagli interessi di volta in volta implicati più che da un organico e stabile orientamento interpretativo.

#### **6.4 Il federalismo e la difesa dei diritti nella giurisprudenza della Corte Suprema**

La tematica dei diritti fondamentali formalmente riconosciuti e della relativa tutela concretamente accordatagli nel corso della vita costituzionale dell'ordinamento meriterebbe una trattazione particolarmente approfondita considerata l'ampiezza e

---

<sup>302</sup> R.A. Schapiro, "Toward a Theory of Interactive Federalism", 91 *Iowa L. Rev.*, 2005, pp.243-317.

<sup>303</sup> L. Levi, "La federazione: costituzionalismo e democrazia oltre i confini nazionali", op.cit., p.55.

l'importanza cruciale che ricopre tale materia nella valutazione complessiva della qualità democratica del sistema federale statunitense e della sua struttura di controllo giurisdizionale di costituzionalità degli atti dei pubblici poteri.

Mi limiterò, in questa sede, a riportare sinteticamente alcuni dei passaggi cruciali della trasformazione avvenuta nella configurazione dei diritti fondamentali e nel loro effettivo grado di tutela assicurategli dall'attività di *judicial review* della Corte Suprema.

In origine la Costituzione difettava di ogni riferimento ai diritti fondamentali, limitandosi a disciplinare la struttura e il funzionamento complessivi dei poteri dell'ordinamento (quasi esclusivamente del governo federale creato dalla Costituzione).

I primi dieci emendamenti – il *Bill of Rights* – vennero approvati a pochi anni dall'adozione della carta costituzionale, e già nel 1791 entrarono in vigore (a seguito della ratifica del numero di Stati – i tre quarti - prescritto dalla procedura formale di revisione costituzionale, all'articolo V), come esito delle forti pressioni esercitate dalle forze antifederaliste<sup>304</sup>, preoccupate dalla minaccia che lo Stato centrale, appena costituito, potesse acquisire un debordante potere, potenzialmente accentratore e dispotico, lesivo dell'indipendenza degli Stati e di conseguenza dei diritti e delle libertà degli individui garantiti dagli Stati stessi.

La materia dei diritti civili e delle libertà fondamentali dei cittadini originariamente apparteneva alla competenza esclusiva degli Stati che nelle proprie Costituzioni definivano liberamente lo *status* dei propri cittadini<sup>305</sup>. L'orientamento dominante per tutta l'epoca liberale vedeva nel governo nazionale la minaccia più grande alle libertà individuali e a tal motivo le garanzie contenute nel *Bill of Rights* dovevano continuare a valere da vincoli e limiti insormontabili all'esercizio dei poteri di quel solo livello di potere.

Le vicende della Guerra Civile, in cui la sentenza *Dredd Scott v. Sanford*<sup>306</sup> diede una forte accelerazione all'apertura delle ostilità, iniziarono a mettere in crisi la convinzione

---

<sup>304</sup> Gli Stati del Sud condizionarono la propria ratifica alla Costituzione, che come evidenziato è stata particolarmente combattuta e difficile, non solo alla garanzia di mantenere in vita l'istituto della schiavitù – essenziale per il sostentamento delle loro economie -, ma anche alla promessa di una rapida approvazione di un catalogo di diritti fondamentali da far valere esclusivamente nei confronti del nuovo soggetto federale, a garanzia dell'invulnerabilità dell'autonomia statale e dei diritti dei propri cittadini.

<sup>305</sup> Il fatto che il *Bill of Rights* riguardasse esclusivamente il rapporto tra il cittadino e il governo federale e che quindi non potesse ritenersi applicabile agli Stati che mantenevano ben salda la propria autonomia nell'individuare e disciplinare i diritti e i doveri dei propri cittadini, fu sostenuto dalla Corte Suprema in diverse occasioni, ad esempio nella sentenza *Barron v. Baltimore* del 1833, almeno fino alla fine del XIX secolo.

<sup>306</sup> La Corte non riconobbe il potere del Congresso di approvare leggi che escludessero la schiavitù in determinati territori. Sul ruolo non trascurabile della Corte Suprema nell'aver accelerato i tempi verso la

che il federalismo e la conseguente facoltà di differenziare il godimento dei diritti su base territoriale rappresentasse la migliore garanzia per le libertà individuali.

L'esito della Guerra Civile, con l'approvazione dei tre emendamenti "ricostruttivi", iniziò a far incrinare gradualmente la teorizzazione, estremizzata e potenzialmente pericolosa, che lo Stato liberale debba tendenzialmente astenersi dalla materia dei diritti fondamentali, dovendo questi esser lasciati interamente, come d'altronde il funzionamento del mercato e dell'economia, alle spontanee e non regolamentate dinamiche della società civile autonoma, che poteva, di fatto liberamente, anche modellare il contenuto concreto delle libertà individuali.

In realtà questa convinzione rimase viva ancora a lungo e portò la Corte a delegittimare ogni tentativo del Congresso diretto alla proibizione della discriminazione nei confronti dei comportamenti dei privati cittadini (con la c.d. teoria della *state action*<sup>307</sup> che imponeva il rispetto delle disposizioni del XIV emendamento esclusivamente nei confronti degli Stati e delle azioni dei suoi agenti o funzionari, senza poter coinvolgere e obbligare in alcun modo i privati che rimanevano sostanzialmente liberi di comportarsi a proprio piacimento).

Il processo di incorporazione dei diritti del *Bill of Rights* nella *due process* e nell'*equal protection of law* del XIV emendamento iniziò in maniera cauta e graduale, parlandosi inizialmente, infatti, solo di incorporazione selettiva e non totale delle garanzie del catalogo federale dei diritti estendibili agli Stati.

All'epoca dell'adozione della Costituzione il federalismo, con la doppia sovranità che implicava, ovvero la suddivisione del potere di governo e dell'autorità fra due livelli di istituzioni rappresentative della volontà popolare, distinte e indipendenti che si autobilanciavano e controllavano reciprocamente, doveva proteggere contro i rischi, insiti nel potere stesso, di strabordare e degenerare in forme di tirannia e pregiudicare le libertà individuali dei cittadini. In realtà, si vedeva con maggiore sospetto, per i rischi di abusi di potere, il nuovo livello di governo federale, più lontano dai cittadini e meno controllabile del livello statale, politicamente più vicino agli elettori e tradizionalmente

---

Guerra Civile si veda A. Maurois, "*Storia degli Stati Uniti*", Mondadori, Milano, 1953, p.335; L. Fisher, "*American Constitutional Law*", Durham, North Carolina, 2001, p.834.

<sup>307</sup> Le prime sentenze in cui la Corte puntualizza questo orientamento sono *Virginia v. Rives* del 1879 e *United States v. Harris* del 1871. In quest'ultima sentenza arriva a dichiarare incostituzionale la legge federale che sanzionava penalmente la cospirazione razzista e discriminatoria del Ku klux klan in quanto espressione di condotte private e non azioni dello Stato. Con la sentenza *Civil Rights Cases* del 1883 dichiara incostituzionale, con le stesse motivazioni, il *Civil Rights Act* del 1875 con cui il Congresso aveva reso illegale ogni discriminazione nei luoghi di pubblico intrattenimento. Cfr. D. Braveman, W.C. Banks, R.A. Smolla, "*Constitutional Law: Structure and Rights in our federal system*", M. Bender, New York, 1991, p.483.

investito del ruolo di garante esclusivo dei diritti individuali. Per questo alla doppia sovranità corrispondeva una doppia cittadinanza composta da un insieme di diritti e di doveri distinti in quanto autonomamente determinati dalle rispettive istituzioni democratiche che possedevano ruoli e compiti differenti.

Soltanto dopo la conclusione della Guerra Civile, con l'abolizione costituzionale della schiavitù (XIII emendamento) e il connesso riconoscimento dello *status* di cittadini della federazione anche agli ex-schiavi (con il riconoscimento del diritto di voto non limitabile per motivi di razza e precedente condizione servile, XV emendamento), inizia a farsi strada una nuova concezione della cittadinanza federale come una più ampia e uniforme rete di protezione assicurata indistintamente a tutti i cittadini dell'Unione (con il XIV emendamento e le sue importanti clausole: la *privileges and immunities*, la *due process* e l'*equal protection of the law*) . I governi statali non avevano più la piena facoltà di attribuire una posizione giuridica differente all'interno del proprio territorio ai propri cittadini, realizzando così una cittadinanza statale distinta e separata da quella federale, ma rispetto a quest'ultima comunque considerata preminente nell'individuazione e protezione dei diritti e delle libertà.

Il mantenimento dell'istituto della schiavitù che portò gli Stati del Sud a secedere dall'Unione schierata dalla parte degli abolizionisti, dimostrò i limiti di quella convinzione che agli albori del costituzionalismo statunitense vedeva nel federalismo e nel ruolo degli Stati la garanzia fondamentale ai diritti individuali.

L'esito della guerra e l'approvazione dei nuovi emendamenti, soprattutto con l'interpretazione che in seguito ne darà la Corte Suprema, ebbero un impatto decisivo e fondamentale sulla struttura federale e sull'assetto dei rapporti fra Nazione e Stati.

Il perfezionamento dell'Unione, con l'affermazione della sua natura indissolubile e perpetua e la creazione di una cittadinanza federale più estesa e omogenea, ha rappresentato una nuova partenza costituzionale<sup>308</sup> nella storia degli Stati Uniti.

---

<sup>308</sup> Così si esprime il giudice Swayne nella *dissenting opinion* agli *Slaughterhouse Cases* del 1873 (in cui, ricordiamo, venne dichiarata legittima una legge della Luisiana palesemente discriminatoria, a motivo del limitato raggio d'azione attribuito, inizialmente, al XIV emendamento dalla Corte; questa, infatti, sostenne che l'articolo non tutelasse in via generale tutti i diritti fondamentali in tutti i contesti) riferendosi agli emendamenti post-Guerra Civile, in particolare al XIV emendamento, che per la prima volta prevedevano un potere diretto del Congresso nei confronti degli Stati, indirettamente limitandone i poteri. Cfr. P.J. McConkie, "Civil Rights and Federalism Rights: is there a More Perfect Union for the heirs to the promise of Brown?", in *B.Y.U.L.Rev.*, 1996, p.389. Anche Bruce Ackerman nella sua innovativa analisi del costituzionalismo e della democrazia americana individua nella Ricostruzione post-Guerra Civile uno dei tre momenti eccezionali della politica costituzionale statunitense insieme al periodo della fondazione e al *New Deal*. Sarebbero questi periodi, secondo l'Autore, a rappresentare tre distinte epoche costituzionali, l'esito di tre "rivoluzioni" riuscite in cui il popolo si riappropria del potere costituente e permette di apportare dei mutamenti sostanziali significativi nei valori fondamentali che

Non si decreta solo la fine della schiavitù e l'inizio di una più significativa cittadinanza federale dal carattere progressivamente più inclusivo ma si rafforzano complessivamente i poteri del governo federale e l'identità nazionale, si consolida l'importanza del ruolo dello Stato centrale sugli Stati anche nella materia della protezione di diritti civili fino ad allora considerati propri della cittadinanza statale e che soltanto le Costituzioni dei singoli Stati potevano disciplinare e garantire.

Nonostante l'abolizione della schiavitù e l'approvazione degli emendamenti *post bellum*, la popolazione degli ex-schiavi, a cui si riconobbe formalmente lo *status* di cittadino, era comunque rimasta in una gravissima condizione di isolamento e discriminazione generalizzata negli Stati del Sud in cui vigevano leggi speciali razziste. La Corte aveva dichiarato incostituzionali molte di queste leggi ma nello stesso tempo aveva convalidato una delle regole uniformemente adottate negli Stati del Sud che imponeva la separata fruizione dei servizi di uso pubblico da parte dei gruppi distinti in base al colore della pelle.

La nota sentenza *Plessy v. Ferguson* del 1896 aveva infatti confermato la costituzionalità della regola dei "separati ma eguali" adottata in molti Stati nei servizi pubblici, sostenendo la non incompatibilità di tale paradigma con il XIV emendamento. La Corte ha mantenuto in vigore tale regola, dalla discutibile validità costituzionale nonché dal contestabile valore etico-morale e democratico, mantenendo in piedi e legittimando la segregazione razziale fino alla svolta giurisprudenziale attuata dalla Corte presieduta dal giudice Warren a partire dagli anni '50.

### **6.5 La "rivoluzione" della Corte Warren e le *preferred freedoms***

Con la notissima sentenza *Brown v. Board of education of Topeka*<sup>309</sup> del 1954 la Corte, all'unanimità, oltre a inaugurare il proprio ruolo attivista, apre la strada ad una politica progressista, giudiziaria e poi legislativa, a favore della promozione dell'uguaglianza e in generale dell'affermazione dei diritti civili su scala nazionale.

---

ispirano la Costituzione attraverso una trasformazione materiale della procedura di revisione costituzionale. Vedi B. Ackerman, *"We the people, II, Transformations"*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA. 1998.

<sup>309</sup> *Brown v. Board of education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954). Cfr. J. Greenbaum (a cura di), *"Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger"*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 1-12.

La sentenza sancisce l'*overruling* della teoria "*equal but separate*" e segna l'avvio del processo di desegregazione razziale negli Stati Uniti a partire dal settore scolastico.

Il cambiamento netto dell'orientamento giurisprudenziale, dopo la resa della Corte al *New Deal*, viene riproposto nel contesto dei diritti civili, dando così seguito ad un corposo programma normativo federale negli anni '60. Dopo che il *New Deal* aveva demolito la credibilità e l'adeguatezza della sovranità duale, assegnando alla federazione il ruolo cardine e dilatato nella garanzia e promozione di un benessere generale dai contorni facilmente modellabili, attraverso un legittimato interventismo federale tendenzialmente illimitato, reso possibile da un'astensione giudiziaria, la Corte Suprema abbandona tale atteggiamento deferenziale, inaugurando un nuovo indirizzo giurisprudenziale attivista e progressista con *Brown*<sup>310</sup>, una vera rivoluzione giurisprudenziale<sup>311</sup>, avendo dato corso ad una riforma della Costituzione per via giudiziale e non tramite la procedura formale *ex V* articolo.

La Corte interpreta innovativamente l'*equal protection clause* contraddicendo la sua giurisprudenza precedente consolidata su posizioni particolarmente restrittive riguardo al suo significato e al suo utilizzo.

Per far valere a tutti i livelli dell'ordinamento un principio d'uguaglianza non più disposto ad ammettere parziali e gravi compressioni a danno di minoranze svantaggiate, come in particolare quella afroamericana, dichiara incostituzionali una serie di leggi discriminatorie nei loro confronti (le c.d. leggi *Jim Crow*) ed emette dei veri e propri ordini di desegregazione del settore dell'istruzione pubblica e via via di altri ambiti.

La ristrutturazione delle scuole doveva svolgersi sotto la stretta sorveglianza delle Corti federali inferiori che dovevano valutare la validità e congruità dei piani d'integrazione predisposti dalle autorità locali dei distretti scolastici, potendo obbligare queste istituzioni amministrative a darvi corretta esecuzione, o, se ritenuto necessario, a porvi opportune correzioni, ammettendo *in extremis* la possibilità di sostituirsi alle autorità competenti che si fossero dimostrate incapaci o inadeguate rispetto al raggiungimento dell'obiettivo della completa desegregazione del settore scolastico (*Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 1971).

La Corte al fine di ottenere un'eguaglianza sostanziale che superasse il sistema duale/segregato nell'istruzione a favore di uno integrato e unitario, mise in moto un

---

<sup>310</sup> Per un'analisi approfondita del caso si veda B. Schwartz, S. Leshner "*Inside the Warren Court*", Garden City, NY: Doubleday, 1983, pp.371-373.

<sup>311</sup> L. Corso, "*I due volti del diritto, élite e uomo comune nel costituzionalismo americano*", Giappichelli, Torino, 2016, p. 319.

procedimento d'integrazione coattiva non solo negli Stati del Sud, in cui vigeva un sistema segregato *de jure* ma anche nel resto del Paese in cui si manifestavano fenomeni altrettanto allarmanti di segregazione *de facto*. Quest'ultimo tipo di segregazione razziale, più problematica da estirpare, non essendo il prodotto diretto e inequivocabile dell'azione dello Stato ma l'esito spontaneo delle scelte delle forze sociali, non avrebbe potuto consentire l'applicazione dell'*equal protection clause* e i connessi ordini di integrazione.

La Corte aggira l'ostacolo rappresentato dal principio della *state action* senza arrivare però a includere espressamente nel campo d'azione del XIV emendamento anche le omissioni da parte dello Stato di atti idonei ad impedire ai privati di discriminarsi ma concludendo che le autorità statali avessero, in molti casi, comunque favorito, indirettamente, la costituzione di scuole e quartieri segregati *de facto*<sup>312</sup>.

L'operazione di effettiva desegregazione delle scuole fu un processo lento – circa quarant'anni - e dai risultati eterogenei, non priva di episodi di opposizione e resistenza anche violenta (basti pensare agli eventi di *Little Rock* e ad una serie di innumerevoli episodi di intolleranza e di connivenza delle autorità)<sup>313</sup>.

La svolta nella giurisprudenza della Corte Suprema ha esteso nuovamente, sull'onda del rafforzamento già avvenuto col *New Deal*, i poteri della federazione anche nel campo della protezione dei diritti civili e politici, grazie anche al supporto indirettamente ricevuto dal movimento per i diritti civili particolarmente attivo a livello nazionale che contestava, fra l'altro, il sistema della doppia sovranità, percepito come causa, o come ragione legittimante, della discriminazione razziale in molti Stati.

Il *trade-off*, sempre più evidente, tra libertà e federalismo porta ora a sostenere la non praticabilità di un'autonomia degli Stati che arrivi a consentire una differenziazione forte delle libertà civili in nome del federalismo o dietro al suo paravento; come dopo la Guerra Civile e dopo la Grande Depressione, anche questa volta il depotenziamento del

---

<sup>312</sup> G. Bognetti, "Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti, II, *La Costituzione democratica*", op. cit., p. 77 ss.

<sup>313</sup> In Arkansas il Governatore Faubus si rifiutò di obbedire agli ordini della Corte Suprema di integrare la scuola di Little Rock e il Presidente Eisenhower decise di mandare le truppe armate per superare i gravi episodi di intralcio alla giustizia. Coloro i quali criticarono aspramente la sentenza *Brown* lo fecero sostenendo il valore del federalismo e dei diritti degli Stati che si ritenevano pesantemente violati dal nuovo orientamento della Corte in materia di diritti fondamentali. Veniva infatti rivendicata la legittimità della segregazione e delle leggi che la favorivano più o meno direttamente sulla base del potere statale di polizia. Cfr. M. Gorlani, "Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali", op.cit., p.164.

federalismo, di alcuni dei suoi aspetti o risvolti, è avvenuto nel segno dell'uguaglianza di diritti e libertà per tutti i cittadini statunitensi<sup>314</sup>.

La Corte Suprema ha inizialmente adottato un'interpretazione restrittiva dei nuovi emendamenti, escludendo che il Congresso avesse il potere, in base all'ultima sezione del XIV emendamento, di legiferare in settori di tradizionale dominio statale e attribuendogli esclusivamente il potere di porre rimedi contro eventuali azioni statali discriminatorie<sup>315</sup>.

Inoltre la dottrina della *state action*<sup>316</sup>, mai formalmente smentita e ripudiata dalla Corte Suprema, limitava l'intervento correttivo del Congresso solo nei confronti di azioni e funzioni pubbliche.

Solo a partire dagli anni Quaranta del Novecento la Corte ha iniziato ad espandere i confini della nozione di *state action*, permettendo alla disciplina federale di raggiungere e disciplinare anche quelle condotte fino a quel momento ritenute essenzialmente private e libere da condizionamenti.

In *United States v. Guest* del 1966, ad esempio, la Corte chiarisce che il legislativo federale è legittimato a disciplinare le condotte private qualora vi si ravvisi un coinvolgimento, anche indiretto e non esclusivo, dello Stato nei comportamenti discriminatori da correggere attraverso il potere del Congresso di legiferare sotto l'egida del quinto comma del XIV emendamento<sup>317</sup>.

È nell'epoca del *New Deal* che la Corte inizia ad attribuire in misura maggiore alla federazione la responsabilità principale nella protezione dei diritti civili fondamentali e adotta nei suoi giudizi dapprima una ferma presunzione di costituzionalità in favore della legislazione federale e in un momento successivo abbandona il *self-restraint* giudiziale ed esprime una forte carica attivista e creativa, soprattutto durante la presidenza della Corte Warren<sup>318</sup>. In questa fase la presunzione di costituzionalità si

---

<sup>314</sup> S.G. Calabresi, "A Government of limited and enumerated powers: in defense of *United States v. Lopez*", in *Michigan Law Review*, n.3, 1995, p. 773 e 784.

<sup>315</sup> Cfr. C.R. Ducat, H.W. Chase, "Constitutional interpretation", West Publishing Co, St. Paul Minn., 1983, p. 905.

<sup>316</sup> Sulla dottrina della *state action* cfr. C. Lewis, "The meaning of *State Action*", in *60 Column. L.R.*, 1960, p.1083.

<sup>317</sup> La Corte aveva iniziato già anni prima a sostenere che i limiti imposti dal *due process* e dall'*equal protection* si applicano anche all'azione dei privati quando questa si intrecci così intimamente con l'azione pubblica da non potersene separare e distinguere. A sostenere questo orientamento interverrà nel 1966 il Congresso con il suo *Civil Rights Act* con cui si proibiva anche ai privati – soggetti alle leggi federali in quanto operanti nel commercio interstatale – di compiere atti discriminatori e si collegavano a tale divieto - e alle regole di desegregazione dei servizi pubblici poste dalla Corte - delle opportune sanzioni in caso di violazioni.

<sup>318</sup> M.J. Horwitz, "The Warren Court and the Pursuit of Justice: A Critical Issue", Hill and Wang, New York, 1999.

trasforma in presunzione di incostituzionalità in due casi: quando la legge in esame limita qualche libertà considerata fondamentale (le libertà del I emendamento, le norme procedurali del *Bill of Rights*, i diritti politici e di voto) o quando utilizza come elemento classificatore determinate categorie sospette (*discrete and insular minority*)<sup>319</sup>. La Corte gradualmente elabora ed utilizza nei suoi giudizi una concezione che prevede una diversificazione dei criteri di *scrutiny* a seconda dei valori e dei soggetti in gioco nel giudizio, in modo tale da permetterle la diffusione e garanzia dei valori che considera compresi in quelle premesse essenziali e immediate della democrazia che intende difendere anche dalle maggioranze al potere.

Qualora si trattasse di esaminare leggi che restringano le libertà del I emendamento o le regole dei processi politici democratici o incidano negativamente sulla posizione di minoranze deboli e isolate, la Corte stabilisce di dover utilizzare un vaglio particolarmente stringente e penetrante, uno *strict scrutiny*, che il più delle volte ha condotto a giudizi di incostituzionalità delle leggi sotto esame. Comincia nello stesso periodo ad affiorare la teoria dell'esistenza in Costituzione di libertà privilegiate, quelle democratiche, che la Corte assume il compito di garantire a tutti i livelli, contro ogni possibile compressione, utilizzando appunto uno *strict scrutiny*.

L'importanza e l'impatto che avrà la *foot note* n.4 del giudice Stone alla sentenza *United States v. Carolene Product Co* (1938)<sup>320</sup> nella giurisprudenza attivista e *liberal* soprattutto della Corte Warren e Burger sarà notevole. La Corte adotta una tecnica di criteri di vaglio differenziati con cui veicola nuovi valori connessi al suo ideale di democrazia.

Dopo aver applicato nei suoi giudizi per tutta l'epoca liberale un metodo di bilanciamento che si risolveva, di fatto, sempre in favore delle libertà economiche e dei diritti proprietari, a partire da questo momento quelle stesse libertà passeranno in secondo piano e, non rientrando, per la Corte, fra quelle *preferred freedoms*<sup>321</sup> che meritano un controllo rigido e attento, debbono esaminarsi coll'indulgente criterio del *minimal scrutiny* che il più delle volte conduce a dichiarazioni di legittimità

---

<sup>319</sup> Vedi D.A. Strauss, "*Is Carolene Product Obsolete?*", University of Chicago Law School, Chicago, 2010.

<sup>320</sup> *United States v. Carolene Product Co* 304 U.S. 144 (1938). Cfr. B. Ackerman, "*Beyond Carolene Products*", *Harvard Law Review* 98, (Feb) n.4, Cambridge (Massachusetts), 1985.

<sup>321</sup> Sulla teoria statunitense delle *preferred freedoms* come giustificazione della giurisprudenza dei valori si veda A.T. Reigada, "*Interpretazione costituzionale. Una riflessione*", op.cit., pp. 377-386.

costituzionale delle leggi sotto vaglio, disciplinanti anche in senso limitante le suddette libertà<sup>322</sup>.

La “rivoluzione” degli anni sessanta viene veicolata proprio attraverso questi nuovi criteri di giudizio elaborati e impiegati dalla giurisprudenza della Corte Suprema che agisce, in questa fase, da motore del cambiamento costituzionale in linea con una nuova sensibilità della società civile che si mobilita a favore di un rinnovamento dei valori costituzionali fondamentali, al cui cuore si collocano i diritti dei cittadini.

La rilettura evolutiva di alcune clausole chiave della struttura e del funzionamento complessivi dell’ordinamento costituzionale, in particolare delle clausole del *due process of law* (V e XIV emendamento) e della *equal protection of the laws* (XIV emendamento) rendono possibile l’attivazione e la trasmissione di un profondo mutamento, nonché il riconoscimento costituzionale di nuovi diritti<sup>323</sup>. Si tratta di una vera e propria metamorfosi del sistema democratico statunitense.

La Corte adotta in maniera ferrea un criterio di valutazione di costituzionalità delle leggi particolarmente severo e intransigente quando si tratti di sindacare la legittimità di leggi che stabiliscono trattamenti speciali e differenziati per gruppi identificati mediante classificazioni sospette (catalogazioni come la razza e l’appartenenza religiosa ma anche, in misura più attenuata, il genere e l’età). Così facendo si presenta come la paladina della protezione dei diritti soprattutto delle minoranze “deboli e isolate”, i cui interessi e le cui rivendicazioni trovano una scarsa e debole rappresentanza nel circuito politico nazionale.

Il processo politico democratico presenta delle disfunzioni riguardanti la tendenziale esclusione dalla partecipazione all’*iter* politico decisionale di minoranze svantaggiate la cui voce non riesce a trovare adeguati canali di espressione e rappresentanza così da non riuscire ad incidere sulle scelte collettive.

Il principio d’uguaglianza, o meglio il principio di non discriminazione<sup>324</sup>, diventa il valore fondamentale da salvaguardare nell’ordinamento attraverso l’attività di controllo

---

<sup>322</sup> G. Bognetti, “Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti, II, La Costituzione democratica”, op.cit., pp. 60-61.

<sup>323</sup> Basti pensare a come la Corte sia riuscita più recentemente a sostenere la battaglia per i diritti civili degli omosessuali a partire da *Romer v. Evans* del 1996 e soprattutto con la storica *Obergefell v. Hodges* del 2015 in cui attribuisce al diritto al matrimonio fra persone dello stesso sesso il rango di *fundamental right*, costruendo il suo *reasoning* sulla combinazione innovativa del *due process* con l’*equal protection*.

<sup>324</sup> La ricerca dell’uguaglianza sostanziale da parte della Corte Suprema - il cui principio non è mai stato espressamente formalizzato - che ha escluso che dalla Costituzione federale discendano degli obblighi, per la federazione o gli Stati, di promozione dell’uguaglianza sostanziale e quindi di attivazione di servizi sociali a favore dei soggetti più deboli, ha spinto però ad ammettere, in certe circostanze e in maniera particolarmente oscillante, di poter dar corso ad azioni positive a favore di gruppi minoritari e discriminati – le c.d. *affirmative actions* – con normative che prevedano trattamenti differenziati fondati

della Corte<sup>325</sup> che intende risolvere o quantomeno correggere uno dei problemi strutturali dei sistemi democratici, ovvero l'estromissione dal processo politico, o dagli esiti di quel processo, dei gruppi di minoranza segnati dal marchio della differenza<sup>326</sup>.

Sulla scorta di tali propositi la Corte Suprema assume un atteggiamento spiccatamente attivista e propulsivo – anticipando l'attività legislativa del Congresso - nella protezione di alcuni diritti ritenuti fondamentali, la cui garanzia è condizione indispensabile al buon funzionamento di una autentica democrazia.

Il sistema dei diritti della persona protetti dalla Corte consta, *in primis*, dei diritti politici fondamentali, tra cui il diritto di voto e di partecipazione paritaria e libera di ogni cittadino alla determinazione della volontà popolare.

A tal fine la Corte si impegna a mitigare e correggere gli effetti negativi sulla rappresentanza politica derivati dai fenomeni di *gerrymandering* (ovvero del ritaglio volutamente discriminatorio o con effetti distorcenti dell'equa rappresentanza dei collegi elettorali per favorire un determinato partito) e dalle operazioni di *malapportionment* (distribuzione dei seggi fra i collegi nettamente sproporzionata rispetto alla popolazione dei medesimi)<sup>327</sup>.

Nel paradigmatico caso *Baker v. Carr* del 1962, ad esempio, la Corte, valutando i sistemi di ripartizione dei collegi statali, attua un'ingerenza in una sfera di esclusiva competenza statale, per affermare il rispetto effettivo dell'eguaglianza del diritto di voto per tutti e superare i fenomeni di sproporzionalità e distorsione della rappresentanza di alcuni gruppi a danno di altri, specialmente minoranze afroamericane.

Non possiamo non ricordare, a riguardo della disciplina elettorale che vede, anche nel procedimento di elezione presidenziale, la competenza fondamentale del legislatore

---

su classificazioni specifiche, soprattutto razziali. Si tratta di programmi e leggi speciali che rappresentano forme di *reverse discrimination*, in cui la deroga al principio generale d'uguaglianza viene giustificata – sempre a seguito dell'impiego di uno *strict scrutiny* - allo scopo di alleviare, quindi con un chiaro intento risarcitorio-rimediale, passate e reiterate discriminazioni e supportare i gruppi sociali più deboli. La Corte Suprema ha manifestato un atteggiamento oscillante sul tema, posizionandosi, nei tempi più recenti, su posizioni più intransigenti, con cui bandisce sempre più frequentemente tali strategie, formalmente discriminatorie, a favore del raggiungimento di condizioni di eguaglianza sostanziale per i gruppi più svantaggiati della società. Sul tema, fra i tanti, cfr. A. D'Aloia, "*Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*", Cedam, Padova 2002; E. Anderson, "*Integration, affirmative actions, and strict scrutiny*", in *N.Y.Uni.L.Rev.*, vol.77, pp. 1195 ss.

<sup>325</sup> L. Fabiano, "*Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*", Giappichelli, Torino, 2009.

<sup>326</sup> T. Groppi, "*I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza multilivello*", in E. Paciotti (a cura di), "*I diritti fondamentali in Europa*", Viella, Roma, 2011, pp. 23-39.

<sup>327</sup> Sul tema: R. L. Hasen, "*The Supreme Court and Election Law. Judging Equality from Baker v. Carr to Bush v. Gore*", New York University Press, New York, 2003, p.211; G. Bognetti, "*Malapportionment, ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti*", Giuffrè, Milano, 1996.

statale, il ruolo cruciale determinante e l'elevatissimo grado di attivismo, che smentiscono palesemente il proposito di astenersi da qualunque *political question*, esercitato dalla Corte Suprema nel noto caso *Bush v. Gore* del 2000 in cui l'esito finale dell'elezione presidenziale è stato determinato di fatto dall'intervento della Suprema Corte a chiusura definitiva e inappellabile di ogni contestazione sulla regolarità e correttezza delle procedure elettorali statali<sup>328</sup>.

Particolarmente significative furono anche le decisioni della Corte sull'applicazione delle garanzie costituzionali del *Bill of Rights* nei procedimenti penali statali, a favore dell'accusato (come il diritto al patrocinio legale per gli indigenti, l'inammissibilità di confessioni e mezzi di prova ottenuti illegalmente)<sup>329</sup>.

Ricordiamo anche gli sforzi profusi dalla Corte nella garanzia particolarmente ampia della libertà d'espressione e della libertà religiosa, nel segno di una separazione fra stato e chiesa (così si esprime la Corte ad esempio in *Engel v. Vitale* del 1962).

La Corte si impegna anche ad individuare e a dare protezione ad una nuova gamma di diritti e libertà della persona, si tratta, ad esempio, della "scoperta" del diritto alla *privacy*, ovvero alla riservatezza sulle scelte personali fondamentali e sullo stile di vita degli individui che discende dall'ideologia individualista antimaggioritaria e, tecnicamente, dal *due process*.

Dopo aver tentato di ancorare la garanzia del diritto di *privacy* al IX emendamento che genericamente enuncia il divieto di sacrificare i diritti delle persone non nominati in Costituzione, la Corte individuò, in maniera originale, la garanzia della *privacy* – ovvero della libertà e del riserbo nella sfera della vita intima e personale dell'individuo – nel *due process* del V e XIV emendamento (*Griswold v. Connecticut* del 1965 e soprattutto *Roe v. Wade* del 1973 sul diritto d'aborto sono emblematiche)<sup>330</sup>.

---

<sup>328</sup> Con riferimento alle elezioni presidenziali del 2000 e al dibattito caso *Bush v. Gore* si veda: F.G. Pizzetti, "*Bush v. Gore. Un nuovo caso di federalismo giurisdizionale*", Giappichelli, Torino, 2002. L'autore conclude la sua analisi approfondita del federalismo statunitense - in particolare il rapporto complesso fra la giurisdizione federale e le giurisdizioni statali - e del ruolo complessivamente esercitato dalla Corte Suprema nell'ordinamento costituzionale composto, riprendendo la nota frase del giudice e poi presidente della Corte Suprema (dal 1930 al 1941) C.E. Hughes: la Costituzione americana è ciò che la Corte Suprema dice che sia (C.E. Hughes, "*Speech before the Chamber of Commerce*", May 3, 1907, in "*Public Papers of Charles Evans Hughes*", Albany, N.Y., J.B. Lyons&Co., 1908, cit. p. 139.), parafrasandola in questo modo: il Presidente è chi la Corte Suprema dice che sia.

<sup>329</sup> Fra le più importanti sentenze sulle regole essenziali per un equo processo, a garanzia dei diritti dell'imputato anche nei processi statali e a guida dell'azione di polizia e dei tribunali, ricordiamo *Mapp v. Ohio* del 1961 (dichiara vincolante la *exclusionary rule* anche nei confronti degli Stati), *Gideon v. Wainwright* del 1963 (enuncia il diritto al patrocinio legale per gli imputati indigenti nei processi penali statali e federali) e *Miranda v. Arizona* del 1966 (stabilisce una serie di garanzie – il c.d. *Miranda warning* - per il sospettato di un reato in stato di custodia).

<sup>330</sup> J. Greenbaum (a cura di), "*Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*", op.cit., pp 145 e 285.

La tendenza particolarmente espansiva nella protezione a livello nazionale dei diritti fondamentali da parte della Corte Suprema, attraverso un'interpretazione più elastica e tendenzialmente onnicomprensiva delle principali clausole costituzionali sulle competenze della federazione, si è andata gradualmente attenuando a partire dagli anni '70 – con l'avvio del *New Federalism* –, seppur in maniera altalenante e non definitiva, e ha visto sempre più frequentemente la Corte esercitare il suo potere di *judicial review* a favore dell'autonomia statale, anche nella materia dei diritti delle persone.

È proprio nella teoria dei diritti e nella garanzia di una loro migliore tutela che viene individuata la giustificazione fondamentale alla necessità di rivalorizzare e rivitalizzare l'autonomia statale e la connessa immunità.

Se in precedenza, in diversi momenti critici della storia costituzionale statunitense, la promozione e la protezione dei diritti e delle libertà avevano inclinato l'equilibrio fra i livelli istituzionali del potere a favore della federazione, nella giurisprudenza più recente si è impiegato il medesimo argomento ma in direzione diametralmente opposta, ovvero il rilancio degli *states' rights* ha trovato giustificazione funzionale nella tutela dei diritti. Durante il *New federalism*, infatti, la variabilità discendente dal federalismo viene vista come una risorsa da valorizzare a motivo della maggiore aderenza che assicura alle variegate esigenze delle diverse comunità statali. Si sostiene, cioè, la qualità di un sistema federale in grado di calibrare gli interventi normativi sulle reali esigenze e condizioni di popolazione e territorio.

In base alla logica federalista, che informa, ad esempio, la riforma federale del *welfare* del 1996, questa permetterebbe un positivo livello di sperimentazione di nuove e buone pratiche nonché, con la decentralizzazione dell'assistenza pubblica, la possibilità di plasmare gli interventi sociali sui reali bisogni della collettività di riferimento<sup>331</sup>.

Degna di nota è la riforma sanitaria<sup>332</sup> approvata, dopo una lunga battaglia in Congresso, su precisa volontà del Presidente Obama nel 2010.

---

<sup>331</sup> Sulle caratteristiche del sistema di *welfare* statunitense e la sua evoluzione (dalle origini del *New Deal*, proseguendo con “la guerra alla povertà” della *Great Society* fino alle riforme degli anni '90) si veda: S.L. Green, “How does decentralisation affect the Welfare State? Territorial politics and the Welfare State in UK and US”, in *Journal of Social Policy*, n. 2, 2009, p.181; I. Garfinkel, L. Rainwater, T. Smeeding, “Wealth and Welfare States: Is America a Laggard or Leader?”, Oxford University Press, New York, 2010; N. Glazer, “Il welfare state statunitense: ancora un'eccezione?”, in M. Ferrera (a cura di), “Stato sociale e mercato. Il welfare state europeo sopravviverà alla globalizzazione dell'economia?”, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1993, p. 205.

<sup>332</sup> Per un rapido *excursus* sui programmi e le proposte di riforma della sanità nazionale a partire da Roosevelt (con il *Social Security Act* del 1935), passando per Johnson (con l'introduzione dei programmi di *Medicare* e *Medicaid*) e i fallimenti delle riforme mancate di Truman e Clinton, fino alla tanto attesa – e contestata - riforma sanitaria di Obama *Patient Protection and Affordable Care Act* del 2010 cfr. F. Toth, “Yes, we did? Luci ed ombre della riforma sanitaria di Obama”, in *Riv.It.Sc.Pol.*, 2011, pp. 110 ss.

Questa storica riforma del sistema sanitario statunitense che, seppur non ha reso universalmente gratuita l'assistenza sanitaria, ha comunque introdotto importanti novità come, in particolare, l'obbligo per tutti i cittadini di stipulare una polizza sanitaria e la possibilità di ottenere sovvenzioni federali, è stata sottoposta già due volte dinnanzi al giudizio di legittimità costituzionale della Corte Suprema che si è espressa a favore di gran parte del provvedimento, affermando che il Congresso ha agito nell'ambito delle sue prerogative, sancite in Costituzione<sup>333</sup>.

Per concludere questa breve analisi di alcune delle più importanti sentenze della Corte Suprema che, in maniera più o meno diretta, investono il carattere federale dell'ordinamento costituzionale statunitense e che denotano in maniera emblematica il ruolo cruciale esercitato dalla Corte nella strutturazione e nel funzionamento del sistema federale in diversi suoi aspetti, ricordiamo la decisione presa in *Oregon v. Mitchell* del 1970. In questa sentenza la Corte boccia l'emendamento al *Voting Rights Act* del 1970 con cui il Congresso stabiliva di abbassare il limite di età per le elezioni statali e locali da 21 a 18 anni, sull'onda delle rivendicazioni nazionali del movimento studentesco del '68.

Il Congresso aveva fondato il suo provvedimento sulla base della necessità di favorire una *discrete and insular minority* (che vedeva nell'età un fattore di discriminazione) discendente dalla clausola *dell'equal protection* del XIV emendamento.

La Corte blocca tale tentativo e difende l'autonomia statale in questo campo, chiarendo che il Congresso non fosse libero di attribuire alla suddetta clausola qualunque significato che le permettesse di interferire nel campo riservato alla potestà statale. La risposta del Congresso fu immediata e portò all'approvazione del XXVI Emendamento del 1971 che ha generalizzato il diritto di voto a 18 anni (essendo questa per il Congresso l'unica via per superare le decisioni della Corte e modificare e interpretare diversamente la Costituzione)<sup>334</sup>.

Infine, di non minor impatto, ricordiamo *South Dakota v. Dole* del 1987, in cui la Corte adotta nuovamente un approccio permissivo nei confronti dell'attività del Congresso che in questa occasione utilizza lo strumento delle *crossover-sanctions*, ovvero un

---

<sup>333</sup> In *National Federation of Independent Business v. Sebelius* del 2012 la Corte convalida l'*individual mandate* (l'obbligo individuale a stipulare, comprare, una polizza assicurativa sanitaria) come esercizio legittimo del *taxing power* federale. In *King v. Burwell* del 2015 stabilisce la costituzionalità dei sussidi federali alle polizze sanitarie introdotti dall'*Affordable Care Act*. Cfr C. Bologna "Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare", in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (15 ottobre 2012); R. Pear, M. Sanger-Katz e R. Abelson "Insurance Subsidies Remain, but So Do Health Law Questions" in *The New York Times*, 25 giugno 2015.

<sup>334</sup> M. Gorlani, "Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali", op.cit., p.172.

programma di finanziamenti condizionati associati alla previsione di una “sanzione incrociata”, una particolare categoria di condizioni apposte ai trasferimenti federali, caratterizzate dall’essere cronologicamente successive allo stanziamento dei fondi. In questi casi<sup>335</sup>, infatti, la federazione non pone condizioni in ingresso per l’erogazione di fondi, ma impone un obbligo agli Stati minacciandoli contestualmente di sospendere, in caso di inadempimento, quindi in un momento necessariamente successivo, la concessione di finanziamenti già concessi in precedenza o in corso di erogazione. Si tratta di un’intimidazione particolarmente invasiva nei confronti di uno Stato che, se non dovesse adempiere correttamente ad una legge del Congresso, subirebbe la perdita di sovvenzioni federali previste da una precedente legge federale e già elargiti, dovendo così interrompere l’attuazione di un programma già in esecuzione<sup>336</sup>. In *South Dakota v. Dole* oggetto del giudizio è una norma federale che prevedeva la riduzione dei fondi stanziati dalla federazione per la manutenzione delle autostrade a quegli Stati che non avessero alzato l’età minima per l’acquisto di alcolici a 21 anni. La Corte argomenta la decisione di legittimità di tale provvedimento, richiamando inoltre il potere di spesa del Congresso, sulla base della riscontrata correlazione e pertinenza, dal giudice O’ Connor fra l’altro contestata, fra la condizione posta e lo scopo dei finanziamenti<sup>337</sup>.

La questione della legittimità dei finanziamenti federali e delle condizioni poste alla loro concessione, e in alcuni casi alla loro possibile riduzione o sospensione, rimane tuttora una questione fondamentale e in parte ancora irrisolta, considerato l’impatto consistente di tali strumenti, in bilico fra induzione e coercizione della volontà statale, in mano alla federazione. Il Congresso riesce di fatto a condizionare, il più delle volte fortemente, l’autonomia degli Stati e a indirizzare le azioni di questi nella direzione da esso voluta, attraverso l’esercizio - mirato all’imposizione di discipline unitarie nell’intero territorio federale, anche in materie escluse dai poteri enumerati - del potere di tassare e soprattutto del potere di spesa.

---

<sup>335</sup> Ricordiamo il caso *Massachusetts v. Mellon* che già nel 1921 aveva visto la Corte sostenere la legittimità costituzionale di un sistema di finanziamenti federali condizionati. La Corte sostiene in tale occasione che gli Stati mantengono intatta la propria autonomia, essendo liberi di rinunciare ai finanziamenti previsti dalla federazione e non risultare così obbligati ad accettare le contestuali condizioni poste dal Congresso che determinano, in caso di inadempimento, la sospensione dei fondi stessi. Decisione opposta adotta la Corte nel 1936, nel caso *United States v. Butler*, che rappresenta l’unica sentenza in cui dichiara incostituzionale un provvedimento federale condizionato. Sul punto vedi C.Bologna, “*Stato federale e national interest. Le istanze unitarie nell’esperienza statunitense*”, op.cit., pp. 347 e 354.

<sup>336</sup> Così J.F. Zimmerman, “*Contemporary American Federalism. The growth of national power*”, Praeger, New York-Westport, 1992, p.132.

<sup>337</sup> Sul “test in quattro parti” elaborato dalla Corte in *Dole* per stabilire la costituzionalità dei finanziamenti condizionati si veda K. Sayers-Fay, “*Conditional federal spending: a block door to enhanced free exercise protection*”, in “*Cal.L.Rev.*”, 2000, LXXXVIII, pp. 1296 ss.

Gli strumenti finanziari, sulla base legittimante dell'esercizio dello *spending power*<sup>338</sup>, sono infatti utilizzati dal Congresso come principali dispositivi di tutela e rafforzamento della componente unitaria del sistema federale e hanno determinato una netta inclinazione degli equilibri originari fra i livelli di potere, portando al superamento del modello duale dei rapporti fra federazione e Stati federati e alla strutturazione di nuove relazioni istituzionali improntate ad un federalismo di tipo cooperativo, che non manca però di degenerare, in alcune circostanze, in un federalismo con sfumature coercitive, sull'asse verticale e talvolta competitive, su quello orizzontale.

---

<sup>338</sup> Parte della dottrina ha definito criticamente lo *spending power* come il cavallo di troia del federalismo statunitense in quanto di fatto ha permesso alla federazione di impadronirsi e accentrare molte competenze formalmente riservate alla potestà degli Stati. Si veda T.R. McCoy, B. Friedman, "Conditional federal spending: Federalism's Trojan Horse", in "Sup.Ct.Rev.", 1989, pp.85 ss.

## Capitolo VII

### IL DIBATTITO SULLA LEGITTIMAZIONE DELLA CORTE SUPREMA

#### 7.1 La *Countermajoritarian Difficulty* manifestazione di *judicial supremacy*.

##### Una *political question doctrine* trasgredita?

Dopo aver messo in evidenza - attraverso l'analisi di alcune delle sentenze più significative della Corte Suprema rese nell'ambito del funzionamento complessivo del sistema federale - taluni caratteri basilari dell'ordinamento costituzionale statunitense e le tappe fondamentali dell'evoluzione del suo federalismo, inscritte, appunto, nelle decisioni della Corte, si propongono qui alcune riflessioni sul ruolo cruciale, decisivo-risolutivo e critico, esercitato della *judicial review* nel *federalizing process*, nonché sulla questione, ampiamente dibattuta e controversa, della sua legittimazione democratica e dell'impatto complessivo dell'attività di controllo di costituzionalità sull'equilibrio istituzionale dell'ordinamento composto degli Stati Uniti.

Si tratta di questioni importanti e attuali che animano un dibattito particolarmente ampio, vivace e complesso che sarà difficile riuscire a investigare interamente.

Si esploreranno di seguito i nodi cruciali del rapporto controverso fra ruolo, tendenzialmente, antimaggioritario, della Corte Suprema e legittimazione democratica, indiretta e labile, di tale organo.

Il problema in oggetto riguarda anche la relazione tra diritto costituzionale e politica e la loro tensione permanente. Sono dicotomie o, quantomeno, ambiguità che risultano decisive nella qualificazione di un'autentica democrazia e che si manifestano in gran parte degli Stati costituzionali e democratici contemporanei che adottano differenti modelli di giustizia costituzionale.

Non è possibile non interrogarsi su quali siano la portata, gli effetti nonché le possibili soluzioni-attenuazioni dell'antitesi centrale esistente tra natura intrinsecamente antimaggioritaria della *judicial review of legislation* e principio maggioritario alla base dei processi di formazione della *ordinary legislation*<sup>339</sup>; due elementi cardine dello Stato

---

<sup>339</sup> A. Pierini, "Corte Suprema e legittimazione democratica: attualità di un dibattito teorico sull'equilibrio istituzionale nel costituzionalismo statunitense", in R. Toniatti, M. Magrassi (a cura di), "Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati", CEDAM, Padova, 2011.

democratico: da una lato, la giustizia costituzionale, dalla scarsa legittimazione democratica (quantomeno diretta), messa a garanzia delle rigidità, intesa come supremazia, della Costituzione e, dall'altro, l'attività legislativa ordinaria, esercitata da istituzioni rappresentative, democraticamente elette e responsabili di fronte all'elettorato.

Gli elementi di un'antinomia apparentemente insolubile, connaturati al modello liberal-democratico di Stato costituzionale, sono, da un lato, un sistema di scelte collettive ordinarie affidate alle maggioranze di turno e, dall'altro, un sistema di controllo giurisdizionale di costituzionalità esercitato nei confronti della volontà di quelle maggioranze, che spesso si risolve in opposizione giudiziale alle scelte del potere legislativo.

La regola democratica della maggioranza, espressione della volontà popolare tramite elezioni libere e periodiche degli organi politici, incontra il limite del giudizio antimaggioritario del massimo organo giurisdizionale, che può sostituire le proprie decisioni a quelle della maggioranza al potere.

Sono molteplici i sintomi di questa permanente tensione, per alcuni vera e propria dicotomia<sup>340</sup>, al cuore della teoria del diritto, tra attività dei giudici e attività del legislatore.

Una necessaria analisi critica del ruolo dei giudici costituzionali nel sistema democratico parte dalla distinzione fondamentale tra *adjudication* e *legislation*<sup>341</sup>, che rimanda immediatamente ad altre divisioni, quella tra corti e parlamenti, tra applicazione del diritto e creazione del diritto e in generale tra diritto e politica e tra diritto e potere.

Sono questioni e concetti particolarmente complessi e densi di sfumature e collegamenti che ne rendono oltremodo articolata e difficile, ma indispensabile e importante, la ricerca di una adeguata comprensione.

Non si tratta esclusivamente di riflessioni e ragionamenti di natura squisitamente teorica e dottrinale, avulsi, o troppo lontani, dalla realtà giuridica e politica concreta, né di questioni problematiche unicamente circoscritte ad uno specifico ordinamento costituzionale, quello statunitense di cui ci siamo occupati specificamente in questa ricerca, ma di considerazioni e analisi di ordine costituzionale e politico che investono

---

<sup>340</sup> N. Bobbio, "Stato, governo, società: per una teoria generale della politica", Einaudi, Torino, 1980.

<sup>341</sup> D. Kennedy, "A Critique of Adjudication", Harvard University Press, Cambridge (MA), 1997; ID, "La distinzione tra giudice e legislatore", in *Rivista Critica di Diritto Privato*, n.3, 1997, pp.383 e ss.

ormai gran parte delle società democratiche contemporanee e i rispettivi, per quanto peculiari, ordinamenti giuridici-costituzionali.

Non sarebbe utile, a mio parere, mantenere il percorso di analisi e di discussione su una dimensione dominata esclusivamente da formalismi e contenuti tecnico-giuridici ai fini di una comprensione più ampia e profonda possibile, sul piano della fattualità e della concretezza, dei rapporti eterogenei, mutevoli, ambivalenti e perfino talvolta contraddittori, instauratisi o instaurabili, in uno Stato costituzionale, tra potere legislativo e potere giudiziario, tra legislatore e giudice, tra produzione normativa e accertamento giudiziario di costituzionalità, tra organi politici legittimati democraticamente e organi giurisdizionali dal carattere non elettivo.

La rilevanza di tali rapporti e problematiche non è, infatti, solo teorica ma soprattutto pratica, vive e dispiega tutti i suoi effetti nell'evoluzione degli ordinamenti giuridici contemporanei concreti e ci spinge a porci un gran numero di interrogativi fondamentali che mantengono intatte, ad oggi, centralità ed attualità, non potendo trovare punti fermi condivisi e risposte sufficientemente soddisfacenti e definitive.

A considerazioni generali sul criterio di nomina dei giudici della Corte Suprema, e sulla sua composizione, si devono associare quelle sulla giustificazione della funzione di *judicial review* che essa svolge, ossia sul ruolo effettivo esercitato dai nove giudici all'interno del sistema federale, o meglio nel *federalizing process*, e più in generale nell'equilibrio dei poteri dello Stato federale degli Stati Uniti.

Il problema della legittimazione democratica della *judicial review* deve essere collegato al significato attribuito alla Costituzione nell'organizzazione e nel funzionamento dell'ordinamento e nell'individuazione dei principi e valori fondamentali a guida della sua esistenza e del suo, inevitabile, sviluppo storico.

Le dinamiche costituzionali, molto spesso, risultano strettamente dipendenti o quantomeno notevolmente influenzate dall'esercizio del controllo di costituzionalità esercitato dalla Corte Suprema che, in diverse occasioni e attraverso l'impiego di differenti criteri d'interpretazione costituzionale – metodi plurali e variabili nel tempo di “leggere” la Costituzione e attribuire significato vincolante alle sue clausole –, ha deciso, in pratica, importanti misure politiche che sarebbero appannaggio della discrezionalità normativa delle cariche elettive<sup>342</sup>.

Nonostante l'appartenenza dell'ordinamento statunitense al macro-modello/sistema di *Common Law* (in cui, come noto, il giudice è in grado di creare diritto, non soltanto nel

---

<sup>342</sup> R. Dahl, “*Quanto è democratica la Costituzione americana?*”, Laterza, Bari, 2003, p.107.

senso di poter formulare una norma applicabile nella risoluzione di un caso concreto ma anche di stabilire una decisione che acquisirà il valore di fonte di diritto per casi analoghi futuri)<sup>343</sup>, le problematiche e gli interrogativi precedentemente individuati riguardano e toccano, in misura sempre maggiore, anche i sistemi di *Civil Law* in cui le questioni latamente politiche vengono, di norma, regolate per via legislativa, attraverso e all'interno di processi decisionali affidati ad organi rappresentativi, democraticamente eletti.

La distinzione, in origine vista come dicotomica, fra i due sistemi risulta, infatti, sempre più da ridimensionare<sup>344</sup> e le distanze, incommensurabili, fra i due modelli si riducono progressivamente (i fenomeni della circolazione dei modelli e del dialogo fra le Corti favoriscono questa globale e tendenziale convergenza).

Certamente la creazione del diritto per via giudiziale e il ruolo importante delle corti, e soprattutto della Corte Suprema, nella vita politica<sup>345</sup> sono più significativi rispetto agli ordinamenti di *Civil Law* dell'Europa occidentale, ma ciò non toglie che anche in questi contesti il ruolo di Corti e Tribunali Costituzionali si faccia via via più consistente in un ambito di generale giurisdizionalizzazione dell'attività politica o politicizzazione dell'attività giudiziaria<sup>346</sup>.

La funzione esercitata dagli organi di giustizia costituzionale è un po' dappertutto sempre più di "giudice e legislatore al tempo stesso"<sup>347</sup>. Si è ormai consapevoli che l'attività di applicazione delle norme non possa ridursi a puro e semplice automatismo tecnico-giuridico ma che, in misura sempre più evidente, comporti un processo interpretativo che si avvicina inevitabilmente ad un procedimento sostanzialmente politico-decisionale.

Al *rule-making power* formalmente affidato, in esclusiva, ai processi politico-democratici si affianca, potendosi in estremo anche ad esso sostituirsi e prevalere, il *rule making power* giudiziale, fenomeno questo sempre più diffuso anche in sistemi in cui si afferma, formalmente, l'esistenza di un monopolio parlamentare nella produzione del diritto, di fatto frequentemente sconfessato.

---

<sup>343</sup> R. Guastini, "Teoria e dogmatica delle fonti", Giuffrè, Milano, 1996.

<sup>344</sup> D. Kennedy, "Il pensiero giuridico post-testualista: il caso degli Stati Uniti", in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica. Testo e Diritto*, 1997, pp. 197 e ss.

<sup>345</sup> Cfr. A. de Tocqueville, "La Democrazia in America", Rizzoli, Milano, 1997, pp. 846-847. L'Autore, già all'epoca del suo viaggio negli Usa nel 1831, aveva evidenziato la notevole importanza politica dell'attività dei giudici, sconosciuta in ambito europeo-continentale, e li aveva inoltre definiti come un corpo aristocratico che agisce da freno salutare al potere delle maggioranze.

<sup>346</sup> E. Cheli, "Il giudice delle leggi: la Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri", il Mulino, Bologna, 1996

<sup>347</sup> E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, "Giustizia costituzionale", Giappichelli, Torino, 2013, cit. 299.

La sempre più complessa e articolata realtà della dimensione giuridica ci impone di prendere consapevolezza dell'evidente impossibilità di tracciare linee di confine che separino nettamente, in maniera certa e inconfutabile, la funzione legislativa di produzione del diritto dalla funzione giurisdizionale di applicazione del diritto.

Il dualismo fra potere legislativo e giudiziario ha un carattere soltanto relativo<sup>348</sup>.

La realtà storico-materiale ha ormai da tempo sfatato quei vecchi e rassicuranti dogmi e quelle mitologie giuridiche<sup>349</sup> che si credevano dotate di funzionalità ordinatrice ineludibile in ogni argomentazione di carattere giuridico.

Se la modernità aveva favorito l'affermazione e l'utilità euristica di un insieme di categorie nella dogmatica giuridica, l'era dominata dai "post" (postmodernità, postdemocrazia, postcapitalismo, ecc) ha perso quei saldi punti di riferimento e, dominata ormai da grandi incertezze e da un generale disorientamento, non può che indurre l'osservatore-ricercatore a porsi nuove domande e a riflettere con uno rinnovato spirito critico, libero da preconcetti e da predefiniti e stretti schemi concettuali e di pensiero, su inediti fenomeni giuridici o su vecchi fenomeni calati in nuovi contesti.

Tornando al nostro argomento di partenza, proviamo a inquadrare meglio il problema della c.d. *countermajoritarian difficulty*, che Bickel definiva come stridente deviazione nella democrazia americana<sup>350</sup>, ma che, come anticipato, è un'anomalia ormai comune, seppure in misura e in forme parzialmente differenti, a molti Stati democratici e costituzionali che hanno creato appositi organi di giustizia costituzionale.

Il "vizio antimaggioritario"<sup>351</sup> deriva dal profondo scarto esistente fra l'effettivo e determinante ruolo esercitato dalla Corte Suprema di interprete ultimo della Costituzione e di censore delle leggi da essa valutate incompatibili con essa (con *the supreme law of the land*, ovvero l'interpretazione delle sue disposizioni, elaborata con ampia discrezionalità dai giudici supremi e dimostratasi nel tempo particolarmente variabile) e l'assenza di un meccanismo di responsabilità diretta di fronte all'elettorato

---

<sup>348</sup> Vedi H. Kelsen, "Teoria generale del diritto e dello Stato", III ed., Edizioni di Comunità, Milano 1959, p.275.

<sup>349</sup> P. Grossi, "Mitologie giuridiche della modernità", Giuffrè, Milano, 2007.

<sup>350</sup> A.M. Bickel, "The last dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics", Bobbs-Merrill, Indianapolis-New York, 1962 p.18. Il titolo dell'opera riprende, confutando ironicamente, il famoso passo del *Federalist* in cui Hamilton definiva il potere giudiziario come "il ramo meno pericoloso per i diritti politici sanciti in Costituzione" in quanto "non può influire né sulla spada né sulla borsa, non può dirigere né la forza né la ricchezza della società e non può addivenire a nessuna decisione veramente risolutiva. Si può, a ragione, dire che esso non ha forza né volontà ma soltanto giudizio e dovrà ricorrere all'aiuto del governo perfino per dare esecuzione ai propri giudizi." Hamilton, il *Federalista* n.78, in A Hamilton, J. Madison, J.Jay, "Il Federalista", op.cit., p. 621.

<sup>351</sup> R. Dahl, "Quanto è democratica la Costituzione americana?", op.cit, p. 107.

per l'esercizio di un potere materialmente politico, in grado di incidere profondamente sulla forma di Stato e di governo, nonché sulla materia dei diritti fondamentali.

Innanzitutto la funzione della *judicial review* discende dalla rigidità della Costituzione (intesa come supremazia gerarchica rispetto ad ogni altra fonte di diritto, dovuta alla qualificazione di questo solenne documento come espressione diretta e superiore della volontà popolare sovrana) e dalla inviolabilità, in via ordinaria, del contenuto di quel patto costituente, funzionale all'esigenza di limitare il potere, definendo struttura e modalità d'azione del sistema di governo che crea e, nello stesso tempo, garantendo ai singoli un ampio grado di protezione e autonomia rispetto al nuovo governo istituito<sup>352</sup>.

L'atto di fondazione degli Usa si è concretizzato nella prima Costituzione scritta e rigida della storia; gli Stati Uniti rappresentano la creazione sia di un ordinamento federale senza precedenti storici sia di un sistema di *judicial review* altrettanto inedito per l'epoca, tali invenzioni saranno riprodotte, con dovuti adattamenti e peculiarità, un po' ovunque nel mondo, a seguito di processi di democratizzazione molto più recenti rispetto alla nascita dell'ordinamento federale statunitense.

Nonostante le marcate e irripetibili specialità storiche e politico-filosofiche di quella che costituiva indubbiamente un'impresa non solo originale ma soprattutto ambiziosa, alcuni elementi e caratteri di quel progetto verranno così tanto ammirati da essere adottati, a seguito di parziali rielaborazioni, in diverse zone del pianeta. È quindi possibile operare un tentativo di comparazione fra ordinamenti, o meglio parti di essi, tanto variegati e distanti rispetto al modello originario a motivo dell'adozione di alcuni istituti e principi originariamente appartenenti all'archetipo statunitense e successivamente calati in altri e differenti contesti – storici, giuridici e socio-culturali - e cercare di valutare il livello di assonanza-dissonanza negli esiti prodotti da questi processi, più o meno evidenti, di imitazione/assimilazione istituzional-costituzionale.

Gli americani hanno costruito un modello costituzionale assolutamente peculiare<sup>353</sup> prendendo in prestito spunti filosofici e valori politici da diversi contesti e pensatori, offrendone una sintesi dal carattere eclettico irripetibile, tenendo conto anche del terreno storico e culturale in cui quelle differenti radici ideologiche hanno attecchito e maturato.

L'operazione particolarmente impegnativa e originale che hanno concepito i Padri Fondatori riguarda soprattutto la combinazione dell'ideale democratico della sovranità

---

<sup>352</sup> C. Valentini, "Le ragioni della Costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia", Giappichelli, Torino, 2011, p. 14.

<sup>353</sup> B. A. Ackerman, "We the People, Foundations", op.cit. p.3.

popolare con l'ideale costituzionalistico del governo delle leggi – la *rule of law*<sup>354</sup> -. L'idea della *rule of law* come limitazione del potere politico anche in un sistema costituzionale ancorato al principio democratico della volontà popolare che funziona in senso maggioritario (e che quindi configura e legittima la funzione della *judicial review* come inevitabilmente antimaggioritaria e che affida al giudice il compito di riconoscere e proteggere i diritti fondamentali e contrapporli al potere, a suo necessario contenimento) incontra il valore fondamentale della volontà popolare - *rule of the people* - considerata la fonte del significato dei principi incorporati nella Costituzione, legge suprema del paese al vertice della gerarchia delle fonti di diritto, che orienta lo sviluppo giuridico dell'intero ordinamento<sup>355</sup>.

Per identificare e comprendere lo spettro di valori<sup>356</sup> che hanno ispirato quell'operazione costituente e i tratti distintivi dell'ordinamento da quei principi derivanti, bisogna leggere la Costituzione andando oltre il dato testuale e riuscire a cogliere la “sostanza invisibile”<sup>357</sup> del sostrato filosofico-concettuale-ideale a suo fondamento e degli obiettivi concreti posti al suo sviluppo.

Un'altra delle caratteristiche precipue della Costituzione statunitense che non ha trovato, e probabilmente non potrà mai trovare, dei paragoni in altre esperienze costituzionali, è l'estrema resistenza e durata nel tempo, a livello formale, delle sue disposizioni, a fronte però di una evoluzione materiale anche “rivoluzionaria” del loro contenuto essenziale originario, fenomeno questo che vede protagonista sicuramente il ruolo della Corte Suprema con la sua giurisprudenza creativa, nelle fasi di particolare attivismo.

Questo protagonismo della Corte si ascrive al suo saper catalizzare, più che riflettere passivamente, gli orientamenti prevalenti nell'opinione pubblica, al suo dare impulso attivo al dibattito pubblico, suscitando talvolta anche posizioni profondamente conflittuali e antagoniste sia nelle sedi politiche che nella società civile; in pratica la Corte può sia innescare uno scontro politico più o meno latente a livello istituzionale e non sia, in ultima battuta, ratificare la volontà popolare - relativa al significato da attribuire alla Costituzione in relazione a nuovi valori o bisogni condivisi nello Stato-

---

<sup>354</sup> La prima trattazione approfondita del concetto di *rule of law* si deve ad A.V. Dicey, “*Introduction to the study of the Constitution*”, Macmillan, London, 1915. Si veda anche il contributo di W.E. Hearn, “*The Government of England. Its structure and its development*”, Longmans, London, 1867.

<sup>355</sup> Vedi B. Friedman, “*The will of the people: how the public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*”, Farran, Straus and Giroux, New York, 2009.

<sup>356</sup> Nella vasta letteratura sul tema si veda L. Alexander (a cura di), “*Constitutionalism: Philosophical foundations*”, Cambridge University Press, Cambridge, 1998; R.A. Posner, “*Law, Pragmatism and Democracy*”, Harvard University Press, Cambridge(MA), 2003.

<sup>357</sup> L.H. Tribe, “*The Invisible Constitution*”, Oxford University Press, Oxford, 2008.

comunità nel suo divenire storico - espressasi attraverso i differenti canali rappresentativi del sistema democratico (questa volontà può essere intesa come il frutto di un processo dialogico-dialettico e partecipativo che vede il concorso di una pluralità di attori costituzionali)<sup>358</sup>.

La funzione di *judicial review* come controllo di costituzionalità degli atti dei pubblici poteri a tutti i livelli dell'ordinamento, configura il potere giudiziario nel suo complesso, essendo quel controllo di tipo diffuso, come contrappeso alla discrezionalità del legislatore ordinario, federale e statale, affinché quest'ultimo rispetti effettivamente, essendone subordinato, i principi fondamentali incorporati in Costituzione, prevedendo appositamente, quest'ultima, delle limitazioni alla regola della maggioranza.

Il sindacato di costituzionalità garantisce e concretizza il principio del governo limitato, a garanzia dei diritti individuali, incarnato nella Costituzione stessa e rappresenta un ulteriore e fattivo strumento di controllo della volontà della maggioranza che nel sistema democratico produce in via ordinaria le decisioni pubbliche<sup>359</sup>.

La Costituzione statunitense è intrisa del principio cardine del necessario e ineludibile bilanciamento tra i poteri (federali e statali, d'indirizzo politico e di garanzia) e il fatto che le sentenze della Corte Suprema - i suoi *dicta*<sup>360</sup> - siano definitive e non sovvertibili dalle ordinarie maggioranze - che governano i processi di formazione della *ordinary legislation* sulla scorta del mandato elettorale che li rende espressione della volontà popolare - ma risultino superabili solamente attraverso il ricorso alla procedura, speciale e aggravata, di revisione costituzionale (Art. V Cost.), ha come effetto la costituzione di una *judicial supremacy* che attribuisce alla sola Corte Suprema il ruolo di interprete ultimo e inappellabile della Costituzione.

Il problema della carenza di legittimazione democratica imputato alla Corte discende dal carattere non elettivo dell'organo, la cui composizione dipende dal processo di nomina presidenziale seguito da quello di ratifica del Senato (spesso risoltosi in un mero *placet ex post*).

Le nomine effettuate dal Presidente devono infatti ricevere la convalida - l' *advice and consent* - del Senato a maggioranza semplice (ad eccezione del caso in cui si eserciti l'ostruzionismo - escluso sulle leggi finanziarie - con la pratica del *filibustering*,

---

<sup>358</sup> B. Friedman, "The will of the people: how the public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution", op.cit. p. 16.

<sup>359</sup> S.M. Griffin, "Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica", op.cit., p.195 e ss.

<sup>360</sup> La struttura delle decisioni della Corte Suprema - dell'*Opinion of the Court* - consta di più parti ma soltanto la *ratio decidendi*, *holding* o *dictum* rappresenta il principio di diritto che funge da precedente vincolante.

superabile con la maggioranza dei 3/5, a garanzia delle minoranze); tali procedure – che non ricevono in Costituzione alcuna indicazione in merito ai criteri da seguire nella scelta dei giudici - rappresentano una possibilità per l'esecutivo e il legislativo di influenzare la composizione della Corte, i cui membri verranno nominati a vita (*during good behavior*, prevedendosi costituzionalmente soltanto la facoltà di rimuoverli dall'incarico attraverso la procedura d'*impeachment* prevista all'art. I sez. 3 c. 6).

La previsione della carica vitalizia per i giudici federali, insieme alla garanzia di una retribuzione non riducibile nel corso dell'incarico, rappresentava, nelle intenzioni dei Padri Fondatori, un'efficace e sufficiente salvaguardia dell'indipendenza dei giudici a garanzia della loro assoluta autonomia di giudizio; veniva in tal modo assicurata la possibilità per tutti i giudici delle corti federali, non solo i membri della Corte Suprema, di deliberare in piena libertà, senza pressioni esterne di alcun tipo, vincoli imposti da alterni umori popolari o da influenze e condizionamenti politici.

La necessità di garantire la neutralità e imparzialità dell'operato della Suprema Corte, a motivo della rilevanza e delicatezza delle funzioni di garanzia ad essa riconosciute, si scontra con il fatto che la Costituzione contiene una serie di principi e norme che non hanno un'autosufficienza applicativa, ovvero che risultano particolarmente indeterminate o ambigue, contengono clausole volutamente aperte o generali che necessitano una concretizzazione che si traduce, inevitabilmente, in un'attività interpretativa di fatto ampiamente discrezionale e politica.

La consapevolezza, quindi, che molti degli enunciati costituzionali necessitino un procedimento interpretativo per essere applicati e che sia possibile individuare in essi significati perfino alternativi, comporta inevitabilmente che i giudici effettuino delle scelte di valore, opinioni soggettive, valutazioni politiche, preferenze ideologiche che creano il problema della contaminazione ideologica del diritto e della mancanza di oggettività in quello che si rivela, di fatto, un processo di *rule making*, con effetti negativi sull'immagine imparziale, obiettiva e squisitamente tecnico-formale-giuridica del controllo di costituzionalità<sup>361</sup>.

Il dibattito sul problema del ruolo antimaggioritario della Corte risiede nel nodo che si crea fra gli effetti della funzione di controllo che esercita – si tratta dell'impatto vincolante a livello *erga omnes* e inderogabile – in grado di incidere profondamente sull'assetto, il funzionamento e i diritti validi nell'intero ordinamento nazionale,

---

<sup>361</sup> J.L. Coleman, B. Leiter, "*Determinacy, objectivity, and authority*", in *U.Pa.L.Rev.*, 142, 1993, p. 549; H. Feldman, "*Objectivity in legal judgement*", in *Minch.L.Rev.*, 92, 1994, p.551.

potendo al limite anche effettuare dei cambiamenti di indirizzo politico particolarmente rilevanti, superando la volontà degli organi rappresentativi della volontà popolare, e la corrispondente mancanza di un rapporto di responsabilità democratica che li sottoponga al controllo del legislativo o del corpo elettorale.

Il fatto che i giudici siano considerevolmente protetti da qualsiasi rapporto di supervisione democratica sulle scelte da essi operate e siano esenti da vincoli di *accountability*, restando in carica a vita, pone dei seri interrogativi in merito alla qualità democratica della funzione di *judicial review* da essi svolta considerando anche il particolare e superiore valore che assumono le loro decisioni che le rende equiparabili non semplicemente alla legge ma addirittura alla Costituzione stessa. Quello che creano i giudici della Corte non è, infatti, diritto ordinario ma diritto costituzionale, che per essere superato necessita quindi che venga attivato il procedimento formale di modificazione costituzionale e che questo arrivi a buon fine ovvero alla difficile approvazione, necessitante un esteso consenso a livello Congressuale e poi statale, dell'emendamento desiderato.

Una pratica alternativa alla procedura formale di emendamento può essere rappresentata dalle *transformative appointments*<sup>362</sup>, designazione di nuovi giudici della Corte condotta secondo gli intendimenti politici del Presidente più che del Congresso.

Si assiste, infatti, ad una generale politicizzazione del processo di nomina dei giudici della Corte Suprema che vede ormai il ruolo preponderante del Presidente, in assenza, spesso ma non sempre, di un reale contrappeso dell'*advice and consent* del Senato, che si va talvolta trasformando in un *pro forma*, uno *screening* puramente formale e spesso sbrigativo, in cui il Senato rinuncia, di fatto, ad eccezione di episodiche ma significative opposizioni, ad esercitare un giudizio severo e indipendente da quello del Presidente<sup>363</sup> (soprattutto quando ci troviamo in una situazione, sempre più rara, di *party government*) e che, per contro, quando viene effettuato perde la funzione originaria, neutrale, rigorosa e obiettiva di verifica delle qualità professionali, personali e morali del giudice nominato per diventare mero strumento di opposizione politica al Presidente e alle sue

---

<sup>362</sup> B.A. Ackerman, "*Transformative Appointments*", in 101 «*Harvard Law Review*», 1988, pp.1164 e ss. Basti pensare all'episodio eclatante della minaccia del *Court Packing Plan* di Roosevelt, poi arenato, a cui è seguito comunque un certo rinnovamento nella composizione della Corte che ha reso possibile la resa alle politiche interventiste del Presidente e il cambiamento costituzionale rappresentato dal *New Deal*.

<sup>363</sup> C. Bologna, "*Advice and consent nell'evoluzione del federalismo americano*", in "*Le istituzioni del Federalismo*", Maggioli, Bologna, 2002, n.2, pp. 395 ss.

scelte d'indirizzo politico<sup>364</sup> (soprattutto in situazioni di *divided government* o di *truncated majority*).

Quello della Corte Suprema è, in questa prospettiva, sostanzialmente un potere costituente permanente, nonostante non sia per niente, o quasi<sup>365</sup>, rappresentativo della tanto osannata volontà popolare.

Il paradosso degli eletti controllati dai non eletti suscita infatti molte critiche in nome del principio democratico della rappresentanza della volontà popolare che tramite libere elezioni sceglie i soggetti a cui delegare il compito fondamentale di determinare le linee di sviluppo politico della Comunità nazionale e che non dovrebbe incontrare il potenziale ruolo oppositivo insormontabile della Corte Suprema, di un organo giudiziario non elettivo e non democraticamente responsabile.

La Corte può esercitare una fortissima opposizione al governo democratico del Paese attraverso l'esercizio, non neutrale e spesso creativo, della *judicial review*. Quest'ultima può infatti contrapporsi, e bloccarne gli esiti, al *political process* da cui si formano le decisioni collettive attraverso i meccanismi della democrazia deliberativa. Così è avvenuto in diverse occasioni, come, solo ad esempio, nel caso della *Lochner Era* o nella prima fase di bocciatura delle riforme del *New Deal*.

Il dilemma della *countermajoritarian difficulty* riguarda sia il rapporto tra carattere antimaggioritario della *judicial review* e i meccanismi e principi della democrazia procedurale – che rompe la corrispondenza fra potere e responsabilità che ne consegue –, sia il rapporto altrettanto problematico tra neutralità - disattesa in decisioni e letture creative, basate su valori e orientamenti politico-ideologici personali - del ruolo d'interprete della Costituzione affidato ai giudici, e l'ambito di discrezionalità politica-normativa attribuito al legislatore.

---

<sup>364</sup> Sul processo di politicizzazione delle nomine dei giudici supremi che nell'approvazione in Senato diventano terreno di acceso scontro politico fra gli opposti partiti in base all'affiliazione al Presidente in carica che ha effettuato la scelta e sulla conseguente delegittimazione della Corte si veda C. Bologna, "We the People o We the Judges?", in *Quaderni costituzionali*, Fascicolo 4, il Mulino, Bologna, dicembre 2014; sulla vicenda dello scontro in Senato per l'approvazione della nomina del giudice conservatore Neil Gorsuch effettuata da Trump in sostituzione del giudice A. Scalia (a seguito del precedente fallimento della proposta di Obama di nominare M. Garland) si veda G. Conti, "Filibuster e nuclear option al Senato USA. L'effetto domino della nomina di Neil Gorsuch alla Corte Suprema degli Stati Uniti", in *Federalismi.it*, n.9, 3/maggio/2017.

<sup>365</sup> Alcune convenzioni si sono andate consolidando nella prassi, influenzando i criteri che Presidente e Senato dovrebbero seguire nel procedimento bipartisan di designazione – *appointment* - dei giudici supremi e riguardano il tentativo di mantenere un tendenziale equilibrio rappresentativo della variegata società statunitense: seggi assegnati in base alla religione, al sesso e alla "razza" nonché, soprattutto, una certa rappresentanza geografica del Paese. Vedi B. Barbisan, "Designazione e nomina dei giudici alla Corte Suprema degli Stati Uniti", in *Giornale di storia costituzionale*, n.5, I semestre 2003.

Di fatto sono le sentenze rese dalla Corte Suprema che, attraverso le sue argomentazioni, interpretando autoritativamente e in maniera inappellabile le disposizioni costituzionali, nonché potendo (sempre e solo se adita) vagliare la validità costituzionale di tutte le altre norme subordinate, definiscono lo spazio normativo in cui potersi legittimamente sviluppare la discrezionalità del Congresso e i corrispondenti limiti<sup>366</sup>.

L'ossessione della *countermajoritarian difficulty*<sup>367</sup> investe il conflitto sulla natura stessa della Costituzione che contiene, per alcuni giuristi, soprattutto clausole a fattispecie aperta che lasciano volutamente ampio margine alla discrezionalità dell'interprete e ne permettono il cambiamento, lo sviluppo e l'adeguamento al contesto; per altri invece bisognerebbe limitarsi al vincolo testuale e scoprire la verità o l'intento inscritto nel testo senza avventurarsi, illegittimamente, in missioni creative che finiscono per configurare la sentenza come puro atto di volontà, la cui emanazione spetterebbe esclusivamente alla rappresentanza politica<sup>368</sup>.

Il formalismo o testualismo, con la sua visione del giudizio come operazione di mera scoperta del diritto già dato e scritto in Costituzione (la cui inalterabilità la metterebbe al riparo da modificazioni arbitrarie a garanzia della stabilità politico-giuridica complessiva) e di applicazione meccanica dello stesso al caso concreto, senza nulla aggiungere o modellare ed integrare, si scontra con la visione della giurisprudenza come creazione/invenzione o aggiornamento del diritto, che sostiene, al contrario<sup>369</sup>, che solo seguendo quest'ultimo approccio interpretativo "evolutivo" la Costituzione possa rimanere valida e viva (scongiurando i rischi di pietrificazione), resistere alle trasformazioni della società e durare nel tempo, fronteggiare le varie crisi degli affari umani<sup>370</sup>, evolvere al passo coi tempi e adeguarsi e recepire nuovi valori e tendenze emerse nella pubblica opinione<sup>371</sup>.

---

<sup>366</sup> L.M. Tribe, M.C. Dorf, "Leggere la Costituzione. Una lezione americana", il Mulino, Bologna, 2005, p.100.

<sup>367</sup> B. Friedman, "The birth of an academic obsession: the history of the Countermajoritarian Difficulty", part five, in "The Yale Law Journal", vol. 112, 2002, p.159.

<sup>368</sup> E. Bork, "Il giudice sovrano", Liberlibri, Macerata, 2004, p.74 e ss.

<sup>369</sup> Il giudice Holmes, ad esempio, aveva accusato di eccessivo formalismo la tradizione di common law ed alcune pronunce della Corte Suprema della *Lochner era*. Vedi O.W. Holmes, "Opinioni dissenzienti", Giuffrè, Milano, 1975, pp. 16 3 ss.

<sup>370</sup> Il compito di rinnovare il senso della Costituzione in corrispondenza all'avvicinarsi delle "various crisis of human affairs" viene attribuito alla giurisprudenza della Corte da Marshall in *Mc Cullock v. Maryland* 17 U.S. 316 (1819). Vedi C. Pinelli, "Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema", op.cit., pp. 12 e ss.

<sup>371</sup> Per l'interpretazione costituzionale definita come funzione di *Constitutional modernization o development* vedi D.A. Strauss, "The modernizing mission of judicial review", in *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 271, August 2009, pp. 865-867.

Le disposizioni costituzionali disciplinerebbero a grandi linee solo le questioni riguardanti l'organizzazione generale del governo federale, lasciando tutto il resto in forma volutamente elastica ed indeterminata per permettere di venire adeguato alle mutevoli circostanze storiche e al divenire socio-politico-culturale del Paese.

Così facendo i *Framers*, con una visione particolarmente lungimirante e pragmatica, hanno ritenuto di poter assicurare un elevato grado di continuità costituzionale proprio attraverso l'indeterminatezza, l'essenzialità e la generalità delle disposizioni costituzionali, che le sottopone, inevitabilmente, ad un'attività di concretizzazione (attraverso l'interpretazione), ovvero ad integrazioni-specificazioni adeguatrici.

Hanno in tal modo permesso alle generazioni future di non rimanere "intrappolate" da una serie di regole stringenti e contingenti, in molti casi non più condivisibili e rispondenti alla realtà che essi vivono, inevitabilmente datate in quanto fissate da una generazione di lontani antenati, i quali, per quanto considerati saggi e dall'elevato spessore politico-culturale, non avrebbero potuto prevedere gli esiti dell'evoluzione della politica e della società.

Ecco perché non mancano le critiche mosse ad una *judicial review* esercitata in modo da servire da "strumento di conservazione sociale", da freno ad ogni processo di riforma e di rinnovamento sociale, politico ed economico<sup>372</sup>, e si contesta aspramente la stessa possibilità che i vivi siano governati dai morti, che la generazione attuale debba rimanere bloccata, nel suo vitale dinamismo, dalla volontà espressa e pietrificata da oltre duecento anni<sup>373</sup>.

Già a questo punto dell'analisi è facile ritenere come una delle principali *doctrines of justitiability*<sup>374</sup> (che la stessa Corte ha elaborato e messo a guida della sua, nei fatti assolutamente libera e discrezionale, facoltà di scelta dei casi da decidere nel merito), la

---

<sup>372</sup> E. Lambert, "Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti", op.cit. p. 14. L'autore contesta l'esercizio della *judicial review* che aveva imbrigliato il movimento operaio e strozzato le sue rivendicazioni, ostacolando i primi interventi pubblici in economia e in ambito sociale. Vedi anche S. Volterra, "Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America (1874- 1910)", Giappichelli, Torino, 2003.

<sup>373</sup> Cfr. P. Brest, "The misconceived quest for the original understanding", in *B.U.L.Rev.*, n. 60, 1980, p. 225.

<sup>374</sup> Oltre all'ampia discrezionalità "nel" decidere, in cui si riconosce più facilmente la funzione di *lawmaker* e di *policymaker* della Corte Suprema, bisogna considerare anche la vasta discrezionalità del "se" decidere, concessione o diniego – non motivato - del *writ of certiorari*, come altrettanto politicamente significativa. Il processo di selezione dei casi attraverso l'accoglimento o il rifiuto del *certiorari*, principale via d'accesso alla Corte, prevede l'utilizzo delle *doctrines of justitiability* (*standing*, *ripeness*, *mootness* e *political question*) che contribuiscono a definire il concetto di giustiziabilità e le circostanze in cui esercitare il *self-restraint*. Vedi V. Barsotti, "L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema", Giappichelli, Torino, 1999.

*political question*<sup>375</sup> - che imporrebbe di rigettare tutte quelle istanze di carattere squisitamente politico, ritenute per questo di esclusiva spettanza degli organi politico-rappresentativi a salvaguardia del principio della separazione dei poteri -, non sia altro che uno dei più importanti strumenti che la Corte impiega e piega strategicamente, espressione del suo significativo e svincolato potere di scegliere di decidere, che risulta, anch'esso, un potere con effetti e significati politici considerevoli.

## **7.2 Il ruolo della *judicial review* al crocevia tra giustizia e politica**

Abbiamo evidenziato il valore costituzionale autorevole dei *dicta* della Corte Suprema, gli effetti vincolanti generalizzati delle sue sentenze che sono in grado di determinare un impatto consistente nell'organizzazione e nel funzionamento dell'ordinamento giuridico costituzionale (nell'equilibrio fra i poteri del governo federale e fra Federazione e Stati), nonché, da un certo momento in poi, anche nell'individuazione e connessa garanzia dei diritti fondamentali. Abbiamo anche messo in chiaro il carattere sostanzialmente, e in parte inevitabilmente, discrezionale e politico, più che squisitamente tecnico-giuridico, dell'attività interpretativa da essa esercitata attraverso l'utilizzo strumental-strategico nonché contaminato ideologicamente, delle diverse tecniche di giudizio e delle differenti teorie dell'interpretazione costituzionale. Evidenziate le contraddizioni insite nel carattere antimaggioritario e nella carente e incerta legittimazione democratica della funzione di *judicial review*, esercitata da un corpo di giudici nominati, sciolti da vincoli di responsabilità diretta nei confronti dell'elettorato, i quali possono ugualmente porre le proprie scelte al di sopra e contro quelle formulate dalle maggioranze votate attraverso i circuiti della rappresentanza popolare, ed espresse tramite i meccanismi democratici della produzione normativa, possiamo ora tentare di proporre alcuni tentativi di riconciliazione e riavvicinamento della funzione di *judicial review* con il principio democratico a fondamento del sistema costituzionale.

Il paradosso di un corpo di giudici non eletti, dalla legittimazione quindi alternativa a quella politica e democratica ordinaria, di natura tecnico-giuridica e di tipo sapienziale o elitario-aristocratico, in grado di controllare e, se e quando ritiene necessario e opportuno, derogare in maniera definitiva (ad eccezione della strada emendativa formale) alle preferenze espresse dal corpo degli eletti, sulla base della valutazione di

---

<sup>375</sup> L. Henkin, "Is there a political question doctrine?", in 85 *Yale Law Journal*, 1976, pp 597 ss.

un'insanabile contrasto normativo fra una norma, oggetto specifico del controllo (sempre concreto e incidentale) e *the Supreme law of the Land*, del cui rispetto è massimo interprete e guardiano, anima un dibattito attuale, acceso e diffuso ormai, con le dovute singolarità, anche in ambito europeo, dove si sviluppa il fenomeno complesso del costituzionalismo multilivello<sup>376</sup>.

Si tratta, infatti, di una discussione incentrata sull'osservazione critica dei diversi aspetti di questa problematica relazione<sup>377</sup>, di una disputa che si è riprodotta, con le inevitabili specificazioni, anche nel contesto delle varianti del sindacato di costituzionalità realizzate in ambito europeo continentale che, seppur espressione di una diversa e peculiare cultura giuridica (romanistica e di *Civil Law*), cerca, con pari interesse ed impegno, di avvalorare oppure sciogliere la polemica sul rapporto ambiguo fra politica e diritto (costituzionale) e quindi anche, in alcuni casi, di avanzare delle interpretazioni del controllo giudiziale di costituzionalità conciliabili o quanto più compatibili con il principio democratico.

Il fatto che, in concreto, la Corte Suprema crei diritto<sup>378</sup>, un diritto superiore da essa stessa amministrato<sup>379</sup>, realizza i presupposti di un governo dei giudici sovraordinato al governo degli eletti, che non può che smascherare e denunciare l'ipocrisia dissimulata nella pretesa, formalmente proclamata come regola, di doversi sempre astenere dalle questioni politiche di spettanza esclusiva del circuito maggioritario per non sconfinare nelle competenze costituzionalmente riservate agli organi politici competenti e compromettere gravemente, in tal modo, il principio fondamentale della separazione dei poteri e delle funzioni dello Stato a garanzia di un governo limitato e bilanciato nelle sue espressioni di comando.

A riprova del carattere discrezionale (e necessariamente politico) delle valutazioni fatte in sede interpretativa dalla Corte Suprema, basti considerare la deroga al principio generale dello *stare decisis* che permette alla Corte di sovvertire alle proprie stesse decisioni.

La Corte può infatti ribaltare completamente i propri precedenti con sufficiente facilità, senza incontrare limiti di sorta; questo ovviamente consente di effettuare delle

---

<sup>376</sup> Sul tema vedi P. Scarlatti, "Costituzionalismo multilivello e questione democratica nell'Europa dopo Lisbona", in Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, n.1, 2012.

<sup>377</sup> Sul rapporto fra potere giudiziario e potere legislativo vedi E. Ceccherini, "La funzione del giudice nel crescente processo di osmosi fra ordinamenti: spunti di riflessione", in *Revista general de derecho comparado*, 8, 2011, pp.1-29.

<sup>378</sup> Già a partire dalla data di nascita della funzione della *judicial review* individuata nella sentenza *Marbury v. Madison* del 1803, il *Chief Justice* Marshall riconobbe nel potere giudiziario il compito di "to say what the law is".

<sup>379</sup> F. Michelmann, "La democrazia e il potere giudiziario", Dedalo, Bari, 1999, p. 64.

necessarie correzioni di sentenze “cattive” o datate, favorendo l’aggiornamento e l’evoluzione della Costituzione affinché risulti costantemente al passo con i tempi e al riparo dai rischi di pietrificazione e inapplicabilità delle sue disposizioni. Conseguentemente, tale possibilità, sempre percorribile, di modificazioni tacite e informali della Costituzione, per via giurisprudenziale, favorisce lo sviluppo dell’ordinamento secondo gli adattamenti e approfondimenti di significato richiesti dalle trasformazioni della società nel suo complesso.

Non si può ignorare, però, per altro verso, come la deroga al vincolo del precedente, valida esclusivamente per la Corte Suprema, segnali in maniera marcata la reversibilità, relatività e soggettività delle sue sentenze. La precarietà delle decisioni della Corte emerge dalla provvisorietà degli esiti del proprio operato, sempre soggetto a futuri ripensamenti. Nonostante, quindi, si richieda alla Corte di agire da soggetto *super partes*, di natura arbitrale, che si limiti ad un ragionamento giuridico, obiettivo e neutrale, per accogliere le sue decisioni, accettarne il peso e, soprattutto, per permettere al principio del legittimo affidamento di configurarsi, la maggioranza dei giudici supremi (5 voti a 4) può sempre decidere di rovesciare, sostanzialmente in assoluta libertà, i giudizi precedentemente resi, ammettendone, anche solo implicitamente, l’erroneità, parziale o completa.

La convertibilità anche netta dei giudizi resi dalla Suprema Corte pone d’altronde seri problemi sulla tenuta del principio della certezza del diritto e del legittimo affidamento, a seguito del venir meno della garanzia delle sentenze passate in giudicato.

La parzialità e correggibilità delle scelte effettuate dalla Corte, che demolisce completamente ogni pretesa d’infallibilità dei giudici e imparzialità e neutralità tecnico-giuridica oggettiva dell’attività di *judicial review*, emerge non solo dall’utilizzo dell’*overruling* ma anche dalla possibilità di esprimere e pubblicizzare opinioni personali da parte di singoli giudici attraverso la redazione di *dissenting opinion* e *concurring opinion*.

Tramite l’istituto della *dissenting e concurring opinion*<sup>380</sup>, d’altra parte, la Corte Suprema riuscirebbe a superare le obiezioni di non democraticità o di carenza di legittimazione, introducendo il confronto dialettico e pubblico del pluralismo di opinioni presenti in seno alla Corte. Si tratta, quindi, di strumenti che adottano il valore della democrazia deliberativa e inclusiva a proprio fondamento, in quanto le minoranze

---

<sup>380</sup> M. Gorlani, “La *dissenting opinion* nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: un modello importabile in Italia?”, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012.

godono della facoltà di manifestare liberamente, argomentare e motivare pubblicamente il proprio pensiero non in linea con l'opinione di maggioranza, impegnarsi legittimamente al sostegno delle proprie tesi e aspirare a che diventino, in futuro, a loro volta maggioranza, secondo il criterio democratico dell'alternanza.

L'instaurazione per via giurisprudenziale della *judicial review*, mancando in Costituzione un'esplicita e diretta previsione di tale funzione, che venne infatti dedotta ed estrapolata logicamente da altre clausole (la *Supremacy Clause*) e comparse in maniera più nitida nelle riflessioni del *Federalist*, ha suscitato nella sfera politica e nell'opinione pubblica una dura contestazione e solo gradualmente una relativa accettazione, finendo per consolidarsi nella *judicial supremacy*, il diritto della *Supreme Court* all'ultima parola nelle questioni costituzionali<sup>381</sup>.

Il legislatore può riacquisire tale diritto, in caso di contrasti insanabili con la giurisprudenza costituzionale, attraverso la strada, sempre percorribile per quanto particolarmente difficoltosa e impegnativa, della revisione costituzionale con cui può riaffermare la propria volontà, precedentemente bloccata in forma di legge, in un emendamento formale, il solo strumento con cui può vincere la censura o contrarietà della Corte e scavalcare le sue sentenze<sup>382</sup>.

E' possibile comunque valutare il maggiore o minore grado di disallineamento delle pronunce della Corte con gli orientamenti e le scelte fatte dalle maggioranze di turno, nel corso delle epoche, e scoprire che l'atteggiamento della Corte non sia stato sempre di segno oppositivo rispetto ai poteri politici e che quindi il suo ruolo si sia dimostrato solo potenzialmente anti o contromaggioritario ma maggioritario nel concreto.

Attraverso un'attenta analisi storica la dottrina statunitense è arrivata ad individuare dei veri e propri cicli di teoria costituzionale che hanno connotato, in forme solo tendenzialmente coerenti ed organiche, i pronunciamenti della Corte Suprema.

---

<sup>381</sup> In tema di "diritto all'ultima parola" cfr. L. Favoreau, "La légitimité du juge constitutionnel", in *Revue internationale de droit comparé*, 1994, pp. 557 e ss; G. Zagrebelsky, "Principi e voti: la Corte costituzionale e la politica", Einaudi, Torino, 2005; V. Ferreres-Comella, "Justicia constitucional y democracia", Madrid, 1997, p. 42 ss.

<sup>382</sup> Ricordiamo le quattro occasioni in cui il potere di revisione costituzionale ha funzionato in tal senso: l'XI emendamento che limitò gli effetti della sentenza *Chisholm v Georgia* (1793) in cui si decise che uno Stato potesse essere chiamato in giudizio da un cittadino di altro Stato, il XIV emendamento che superò *Scott v Sandford* (1857) e il diritto costituzionale al possesso di schiavi, il XVI emendamento che abrogò *Pollock v. Farmer's Loan and Trust Co.* (1895) dove si dichiarava incostituzionale un'imposta sul reddito salvo una previa distribuzione dei fondi fra i diversi Stati e infine il XXVI emendamento che superò la decisione *Oregon v. Mitchell* (1970) sul divieto fatto al Congresso di stabilire l'età minima per il diritto di voto nelle elezioni statali.

Si tratta di grandi teorie della Costituzione e della sua interpretazione che hanno fatto da sfondo, teorico giustificante, alle diverse decisioni dei giudici<sup>383</sup>.

Differenti metodi ermeneutici hanno legittimato una lettura statica o evolutiva dei fini e dei valori posti a fondamento della Costituzione, espressione a loro volta di una visione progressista o conservatrice dei significati ritenuti incorporati nella Costituzione e di un atteggiamento attivista o improntato al *self-restraint*.

C'è poi chi vede nel *self-restraint* la possibilità fattuale di veder mitigare il vizio antimaggioritario imputato alla *judicial review*, trascurando però il ruolo in ogni caso incisivo e determinante anche delle virtù passive della Corte<sup>384</sup>.

C'è infine chi contesta l'esistenza stessa della *counter-majoritarian difficulty* sulla base di un'analisi empirica che confermerebbe un tendenziale allineamento della condotta della Corte con gli altri attori costituzionali che a loro volta canalizzerebbero e rifletterebero gli orientamenti prevalenti della pubblica opinione<sup>385</sup>. Ma tale interpretazione del ruolo della Corte Suprema, più defilato e modesto, deferenziale rispetto alle preferenze del governanti, meramente ricettivo nei confronti degli umori dell'opinione pubblica, ne comprometterebbe, se non svuoterebbe completamente, il ruolo genuinamente arbitrale e di garanzia ad essa affidato, del rispetto delle regole fondamentali del funzionamento democratico dell'ordinamento costituzionale, privando inoltre i diritti fondamentali, soprattutto rispetto alle minoranze svantaggiate e sottorappresentate, della necessaria tutela giustiziabile e rinforzata. Inoltre, l'immagine di un controllo blando e moderato dovuto ad un tendenziale, quasi scontato, allineamento fra opinione della maggioranza e volontà della popolazione distorcerebbe la comprensione della realtà politica-istituzionale in cui la lotta e lo scontro di posizioni

---

<sup>383</sup> S. Gerotto, “*Premesse metodologiche ad una teoria del dialogo tra giudice costituzionale e legislatore*”, Clup, Padova, 2008.

<sup>384</sup> V. Barsotti, “*L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*”, Giappichelli, Torino, 1999. Viene sottolineato il valore eminentemente politico, discrezionale e strategico, della *case selection* nelle mani della stessa Corte che nel processo di selezione dei casi, che si rivela un ulteriore mezzo di *policymaking*, è assolutamente libera di concedere o rigettare (in base alla *rule of four*) la richiesta di *certiorari*, senza dover motivare tale scelta. Il *constructive use of silence*, permette ai giudici di perseguire gli stessi fini politici a cui tendono, nella stessa misura in cui lo fanno quando, in base ad una serie di considerazioni contingenti di opportunità, decidono di accordare l'esame e la piena decisione di una controversia.

<sup>385</sup> R. A. Dahl, “*Decision-making in a democracy. The Supreme Court as a national policy-maker*”, in 6 *J.Pub.L.*, 1957, p. 293. L'Autore sostiene l'esistenza di una “*dominant national [lawmaking] alliance*” di cui la Corte farebbe inevitabilmente parte, considerando il limitato numero di casi di declaratoria di incostituzionalità di leggi federali in un lungo lasso di tempo. Questo, a detta dell'autore e di altri studiosi, dimostrerebbe come mai la Corte si sia contrapposta troppo a lungo agli indirizzi politici dominanti nelle istituzioni rappresentative e abbia al contrario manifestato una tendenziale deferenza a quegli indirizzi che la configurerebbe nei fatti come istituzione maggioritaria.

ed interessi plurali rappresenta un elemento imprescindibile e vitale della politica nonché il fondamento dei meccanismi democratici di composizione dei conflitti.

L'istituto della *judicial review* in questo modo perderebbe ogni funzione democratica e di contrappeso effettivo rispetto al potere delle maggioranze politiche, il cui esercizio dovrebbe controllare e contenere nei limiti posti dalla Costituzione stessa a garanzia dei diritti e delle libertà degli individui.

Inoltre si demolirebbe ogni presupposto della tanto biasimata *judicial supremacy*, preservando il primato degli eletti<sup>386</sup> e in generale della politica sulla giustizia, della legislazione sulla giurisprudenza, in ossequio al credo del legicentrismo, di fatto estraneo alla cultura giuridica, ancorata alla tradizione di *Common law*, degli Stati Uniti. Il costituzionalismo statunitense, nella sua connaturata tensione con la democrazia, è condizionato e caratterizzato da un intreccio inestricabile tra diritto e politica<sup>387</sup>, una commistione e ibridazione tra i due piani che può essere compreso solo con un'analisi approfondita delle origini e della storia costituzionale degli Stati Uniti.

Il processo di formazione delle decisioni giurisprudenziali si fonda infatti su una particolare combinazione di diversi elementi, giuridici e soprattutto extragiuridici, ovvero di fattori politici, economici, sociali, storici, nonché dei personali, e parziali, intendimenti dei singoli giudici, che mescolandosi in un tutto, influenzano il convincimento dei giudici e strutturano le argomentazioni a sostegno delle sentenze.

Per queste ragioni tale processo decisionale, che fra l'altro funziona a maggioranza, si avvicina non poco, nelle sue caratteristiche di base, al *political process* (difettando però della imprescindibile sottoposizione agli ordinari meccanismi di controllo e di responsabilità propri di una democrazia rappresentativa), e paventa il rischio di una "terza Camera", capace di agire da contropotere e bloccare le scelte fatte dalle rappresentanze popolari, imponendo al loro posto la propria volontà, accantonando completamente, di fatto, qualunque riguardo alla dottrina della *political question* e arrivando ad emettere anche sentenze manifestamente partigiane<sup>388</sup>, frutto evidentemente non neutrale, di un insieme di ragioni pratiche, di opzioni politiche, di inclinazioni filosofiche e di scelte di valore personali degli interpreti. Ecco che il ruolo dell'interpretazione delle norme viene in primo piano e dimostra di essere talvolta più

---

<sup>386</sup> R. Hirschl, *Toward Juristocracy: the origins and consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2004.

<sup>387</sup> S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, op.cit., pp. 235-237.

<sup>388</sup> Per fare solo uno degli esempi più eclatanti e significativi di pronunce viste come arbitrarie e di parte, ricordiamo *Bush v. Gore*, la sentenza più partigiana che la Corte abbia mai emesso. Vedi M.J. Klaeman, *"Bush v Gore. Through the lens of constitutional history"*, in *California L. Rev.*, 2001, vol. 101, p.1725.

importante, soprattutto negli effetti, della stessa norma scritta oggetto di interpretazione nel giudizio<sup>389</sup>.

È questo che crea un rapporto, non di corrispondenza lineare ma più spesso di asimmetria e contraddittorietà, fra la *law in the books* e la *law in action*<sup>390</sup>, al cuore della corrente del realismo giuridico e della visione della *living Constitution*<sup>391</sup>.

È da segnalare anche un'altra visione del rapporto fra giurisprudenza della Corte e politica che tende ad evidenziare il legame che molti Presidenti si sono impegnati ad instaurare con la Corte Suprema, preferendo trovare in essa un valido ed autorevole alleato piuttosto che un nemico da tenere a bada, attaccare o con cui competere in un gioco di forza in cui l'esecutivo, soprattutto se si dovesse trovare nella sfavorevole ma sempre più frequente situazione di *divided government*, rischierebbe di soccombere. Sarebbe questa la strategia preferita da molti Presidenti che vorrebbero vedersi appoggiati da un orientamento benevolo della Corte rispetto alle proprie scelte d'indirizzo politico, per far sì che queste acquisissero maggiore forza e immediata e più estesa accettazione all'interno di un ordinamento estremamente frammentato a livello politico-istituzionale (indotta dalla struttura federale dell'ordinamento, dalla separazione orizzontale del potere e dal sistema politico), nonché nella variegata società statunitense<sup>392</sup>.

Viene da più voci sostenuto, in ogni caso, il ruolo inevitabilmente politico, in differenti situazioni e non solo negli interstizi lasciati liberi dagli altri organi costituzionali, da legislatore costituzionale della Corte Suprema, che è in grado, quando, per diverse ragioni, lo ritiene opportuno, "di rovesciare la Costituzione come un calzino: irrigidendola oltremodo o integrandola con interventi paracostituenti, dilatandola per consentire di far entrare nel testo nuovi diritti o processi che il testo non ha previsto né disciplinato<sup>393</sup>".

Per quanto riguarda invece il tentativo di attribuire ai giudici un ruolo più compatibile con il principio democratico dell'ordinamento, ricordiamo la teoria di Ely che imputa proprio al giudiziario e alla Corte Suprema in particolare il compito di custode della

---

<sup>389</sup> D. Kennedy, "A Critique of Adjudication", op.cit., p. 394.

<sup>390</sup> Vedi R. Pound, "Law in Books and Law in Action", 44 *Am. L. Rev.*, 1910, pp. 12 e ss.; ID., "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence", in 25 *Harv. L. Rev.*, 1912, p. 489.

<sup>391</sup> D. A. Strauss, "The Living Constitution", Oxford University Press, New York, 2010.

<sup>392</sup> K.E. Whittington, "Political Foundations of Judicial Supremacy: the Presidency, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. history", Princeton, NJ, 2007, p.295.

<sup>393</sup> G. De Vergottini, T.E. Frosini, "Sul mito della Corte Costituzionale in-politica", Editoriale in "Giustizia costituzionale e politica", *Percorsi Costituzionali*, n.2/3, 2010, cit. p.4. La citazione è particolarmente indicativa del ruolo determinante della giustizia costituzionale in uno Stato costituzionale e democratico, nonostante gli autori si riferiscano nello specifico alla Corte Costituzionale italiana.

democrazia, soprattutto procedurale, e dalla Costituzione intesa come limite al prevalere del potere delle maggioranze<sup>394</sup> che possono creare casi di *process failure*, di malfunzionamento del sistema democratico, e ridurre l'esercizio delle libertà a danno di gruppi minoritari sfavoriti in quanto di fatto discriminati ed esclusi dai canali della partecipazione politica e dai processi deliberativi che appositamente la Corte Suprema ha il compito di rendere inclusivi, paritari ed aperti<sup>395</sup>.

Attraverso una ricostruzione della giurisprudenza della Corte sarebbe possibile, secondo Ely, dimostrare come questa fosse stata una risorsa insostituibile per la stessa democrazia e superare quindi l'accusa di difetto di legittimazione democratica diretta nella misura in cui l'esito dei processi di interpretazione costituzionale fossero stati meritevoli di rispetto in termini di qualità ed effetti democratici (come ad esempio nei *segregation cases*).

La legittimazione del ruolo della Corte non si può quindi misurare con i medesimi criteri del potere politico ma soltanto *a posteriori* e in termini di giustizia dei risultati ovvero di prestazioni democratiche nel loro significato e soprattutto nei loro effetti concreti.

La Corte dovrebbe cioè assicurare una struttura dialogica e aperta nei confronti della politica e della società, farsi interprete e promotrice di una visione egualitaria e partecipativa a tutti i livelli dell'ordinamento, sfruttare il suo ampio capitale di credibilità e autorevolezza a fini di giustizia sociale, di garanzia dei diritti fondamentali e di una condivisione delle scelte collettive a cui tutti i gruppi della società devono poter prendere parte e contribuire attivamente.

È a partire da queste premesse che la Corte può riuscire a comporre i valori confliggenti di una società sempre più eterogenea in una sintesi condivisa al massimo grado possibile. Solo in questa prospettiva potrebbe pretendere di limitare e correggere la democrazia per finalità democratiche, mantenere in questo modo una *workable Constitution* e assicurare una *workable democracy*<sup>396</sup>.

C'è anche chi invece propone di superare la *judicial supremacy* e sciogliere definitivamente il nodo della *countermajoritarian difficulty*, richiedendo alla Corte

---

<sup>394</sup> Viene immediato qui il richiamo ai timori espressi da Madison nel *Federalist n. 51* sui pericoli di tirannia della maggioranza.

<sup>395</sup> J.H. Ely, *Democracy and Distrust; a theory of judicial review*, Harvard University Press., Cambridge (Mass.), 1980, pp. 105 ss. L'autore elabora la sua teoria della *judicial review* a partire dalla *Footnote 4* a *Carolene v. Products* e individua nella tutela delle *discrete and insular minorities* e in generale nella garanzia dell'accesso e della partecipazione ai processi deliberativi pubblici i compiti fondamentali della Corte Suprema che ne legittimerebbero democraticamente il ruolo.

<sup>396</sup> S. Breyer, *Making Our Democracy Work: A Judge's View*, Alfred A. Knopf, New York, 2010, p. 82 e 87.

un'apertura al confronto con interpretazioni differenti della Costituzione, affidandole soltanto il compito di attivare il dibattito e la riflessione su questioni però troppo cruciali e delicate per la vita e lo sviluppo dell'ordinamento democratico da essere devolute interamente alla decisione di un corpo aristocratico di giudici che in più occasioni ha dato prova della sua fallibilità e provvisorietà di giudizio.

Non mancano quindi proposte di ripensamento-ridimensionamento della funzione di *judicial review* nel senso di un giudizio *weak*<sup>397</sup> che permetta la partecipazione di altri soggetti istituzionali in una trama discorsiva di confronti, apprendimenti e correzioni reciproche all'insegna della realizzazione di un diritto plurale, negoziato e riflessivo e di un'impresa costituzionale comune che non renda più possibile vedere nei giudici della Corte Suprema "*the nine arbiters of american destiny*"<sup>398</sup>.

Le principali proposte avanzate di introdurre una forma di *weak judicial review* che riprende, inoltre, le soluzioni di un modello debole di sindacato giudiziale adottate, ad esempio, dal Canada, dal Regno Unito e dalla Nuova Zelanda, prevedono l'istaurazione di un dialogo istituzionale tra Giudiziario e Legislativo in cui però è quest'ultimo a mantenere il diritto all'ultima parola nelle questioni costituzionali, in quanto dotato del potere di *legislative override*<sup>399</sup> delle pronunce d'incompatibilità costituzionale delle leggi, rese dalle Corti preposte al controllo.

Tali modelli manterrebbero in piedi l'idea della *sovereignty of Parliament* e annullerebbero, simultaneamente e alla radice, il dilemma della *countermajoritarian difficulty*, facendo venire meno ogni ipotesi di *judicial supremacy*.

Tali forme di sindacato giudiziario di costituzionalità delle leggi non sono però esenti da critiche riguardo, in particolare, ai rischi connessi alla debolezza di cui soffrirebbe la garanzia costituzionale dei diritti fondamentali lasciati alla *mercé* di maggioranze di turno potenzialmente irresponsabili, opportuniste o disinteressate alla protezione delle libertà soprattutto di gruppi minoritari, di fatto esclusi e penalizzati dai circuiti del

---

<sup>397</sup> M.V. Tushnet, "Alternative Forms of Judicial Review", in *Michigan Law Review*, August 2003, Vol. 101, n. 8, pp.2781-2802; ID., "Weak-Form Judicial Review and Core Civil Liberties", 41 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 1-22, 2006; S. Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice", in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, n. 4, pp 707-760.

<sup>398</sup> B. Friedman, "The will of the people: how the public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution", op.cit., cit. p. 177. La frase comparve originariamente in un periodico "Current Literature" n 43 nel lontano 1907 e veniva riferita alle infelici decisioni della Corte in merito alle *labor injunctions* che hanno caratterizzato la *Lochner Era*.

<sup>399</sup> Vedi R. Dixon, "Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism", University of Chicago, in *Public Law and Legal Theory Working Paper* n. 348, May 2011, consultabile on-line alla pagina <http://ssrn.com/abstract=1833743>. L'autore indica i casi in cui il Congresso ha approvato un emendamento per *override* una precedente sgradita pronuncia della Corte Suprema: *Chisolm v. Georgia*, (1793); *Dred Scott v. Sanford*, (1857); *Pollock v. Farmers' Loan and Trust Co.*, (1895); *Oregon v. Mitchell*, (1970).

potere o non dedite alla promozione e garanzia di interessi collettivi ma personali, o perfino corrotte.

Andrebbe, inoltre, considerato anche il problema, sempre più avvertito e lamentato, della crisi della rappresentanza<sup>400</sup> politica intesa come indebolimento profondo della capacità degli organi legislativi, e in generale della politica, di riuscire a rispondere in maniera soddisfacente alle sempre più numerose e complesse richieste della società in costante evoluzione nell'epoca della globalizzazione. È ormai perduta, o quantomeno drammaticamente depotenziata e sempre più compromessa, la pretesa di rappresentare, nella sua interezza, una società troppo complessa, variegata e in movimento.

Le domande e i bisogni eccedono ormai di gran lunga le capacità delle istituzioni rappresentative di rispondervi in maniera adeguata e tempestiva.

Tale preoccupante debolezza della rappresentanza politica determinerebbe uno spostamento della risoluzione dei conflitti sociali e del soddisfacimento delle richieste di tutela degli interessi altrove, sempre più spesso negli organi giurisdizionali che di fatto vengono chiamati in causa per la trattazione di compiti a cui tradizionalmente sarebbero estranei. Questo fenomeno condurrebbe alla crescita del protagonismo di corti e tribunali, non solo costituzionali, sempre più chiamati a supplire alle inadeguatezze e lentezze dei circuiti politici della rappresentanza; ciò esporrebbe al rischio di un superamento dello Stato democratico e al pericolo di imboccare un percorso orientato verso una democrazia giudiziaria<sup>401</sup>.

I legislativi abdicerebbero in misura sempre maggiore al loro ruolo di decisori fondamentali delle questioni cruciali della collettività e demanderebbero, di fatto, alla giurisprudenza, anche o soprattutto costituzionale, la disciplina di problemi e bisogni particolarmente delicati e sentiti nella società, per trasferire altrove la relativa responsabilità di tali scelte critiche<sup>402</sup> (talvolta anche dislocando il problema della rappresentanza politica verso l'alto, vale a dire mettendolo direttamente nelle mani di forti e autorevoli *leaders* personali, sempre più spesso con preoccupanti scivolamenti di

---

<sup>400</sup> M. Luciani, "Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato", in N. Zanon e F. Biondi (a cura di), "Percorsi e vicende attuali della rappresentanza politica", Giuffrè, Milano, 2001, pp.109 ss.

<sup>401</sup> C. Guarnieri, P. Pederzoli, "La democrazia giudiziaria", il Mulino, Bologna, 1997.

<sup>402</sup> M. Cavino, C. Tripodina (a cura di), "La tutela dei diritti fondamentali fra diritto politico e diritto giurisprudenziale: casi difficili alla prova", Giuffrè, Milano, 2012. Nel contesto statunitense è possibile trovare diversi esempi emblematici dell'individuazione, in alcuni casi la vera e propria scoperta, di alcuni diritti fondamentali ad opera della Corte Suprema, ad esempio, da ultimo, il *right to same-sex marriage* con la sentenza storica *Obergefell v. Hodges*. Sulla sentenza vedi G. Romeo, "Esercizi di common law constitutional interpretation: *Obergefell v. Hodges* e il diritto fondamentale al matrimonio tra persone dello stesso sesso", in Rivista on-line *Diritti Comparati*, 2015.

tipo populista, oppure verso il basso, qualora lo riconsegnino, o rivendichino il bisogno di farlo, direttamente alla società civile e alle articolazioni territoriali dello Stato che avvicinano il potere al cittadino). Si tratta di problematiche comuni, nonostante le dovute differenze e peculiarità, a molti ordinamenti costituzionali contemporanei.

### **7.3 *Judicial review* e federalismo. Quale risultato democratico ?**

Abbiamo parzialmente trascurato fino ad ora, in questo capitolo, il secondo elemento chiave e fondamentale della nostra analisi, ovvero il federalismo. Inserendo quest'ultimo nell'analisi, le problematiche e gli spunti di riflessione critica diventeranno ancora maggiori e il quadro complessivo da valutare si complicherà notevolmente, rendendo la "difficoltà antimaggioritaria" ancor più difficile da sciogliere.

Questo lavoro ha avuto, fra i suoi obiettivi principali, lo studio del *federalizing process*<sup>403</sup> statunitense all'interno della giurisprudenza della Corte Suprema.

Il tema, dalle plurime sfaccettature, del rapporto fra Federazione ed enti federati, nel suo complesso, è stato analizzato all'interno della prospettiva friedrichiana del federalismo come processo e non come "stato", in un'ottica, quindi, dinamica ed evolutiva delle relazioni istituzionali fra i poteri multipli di un ordinamento costituzionale composto come gli Stati Uniti.

La storia costituzionale statunitense, in maniera evidente, avvalorata e conferma questo approccio al federalismo in quanto, come abbiamo avuto modo di approfondire nel corso della ricerca, l'assetto federale dei poteri - suddivisi territorialmente, sull'asse verticale, fra governo centrale e governi periferici, fra Federazione e Stati membri -, per quanto presenti un aggancio costituzionale testuale e una relativa garanzia dell'esistenza e della capacità di governo dei rispettivi soggetti istituzionali, depositari di specifiche competenze in uno schema residuale della ripartizione delle stesse che funziona a favore degli Stati, tale modello non ha esaurito la descrizione del concreto funzionamento del federalismo statunitense che si è anzi sviluppato lungo traiettorie non previste nel testo originario della Costituzione.

I rapporti fra i due distinti livelli di governo si sono mossi, e continuano a farlo, influenzandosi a vicenda lungo una molteplicità di linee di sviluppo, apparentemente

---

<sup>403</sup> A. La Pergola, "Tecniche costituzionali e problemi delle autonomie garantite. Riflessioni comparatistiche sul federalismo e sul regionalismo", CEDAM, Padova, pp.123 ss.

confliggenti, tendenti alternativamente all'accentramento o al decentramento, all'universalismo o al particolarismo, all'unità o alla divisione, in forme e modalità non sempre facilmente comprensibili, coerenti e stabili nel lungo e anche medio periodo.

Questo movimento si è riflesso, inevitabilmente, nella giurisprudenza della Corte Suprema che, per l'appunto, non si è dimostrata uniforme in tema di federalismo e si è mossa seguendo direzioni anche in netto contrasto tra esse<sup>404</sup>.

È possibile analizzare il *Federalizing process* degli Stati Uniti, e in generale di uno Stato federale, misurando le variazioni dei rapporti tra Federazioni ed enti federati all'interno delle diverse linee di scorrimento in cui tale processo si muove e si sviluppa.

La complessità e soprattutto la dinamicità a più dimensioni, talvolta contorta e irregolare, di queste relazioni possono essere constatate, ad esempio, nell'ampliamento complessivo delle competenze del Congresso nei confronti dei Legislativi statali a partire dal *New Deal* che non ha coinciso con un analogo ampliamento delle competenze federali in ambito giudiziario in cui, al contrario, si è registrato un orientamento della Corte Suprema incline a ridurre il proprio controllo sulle decisioni delle Corti statali<sup>405</sup>.

Un'analisi globale del federalismo dovrebbe quindi necessariamente verificare come si strutturano e si diversificano le relazioni federali all'interno di ognuno dei diversi segmenti, legislativo, esecutivo, giudiziario (e anche fiscale), in cui tale fenomeno si dirama e si sviluppa, percorrendo il più delle volte percorsi autonomi e specifici in ogni ambito. L'andamento complessivo del federalismo statunitense ha evidenziato una partenza caratterizzata da una relazionalità fra i due livelli di governo minima, dovuta alla strutturazione duale delle rispettive competenze e funzioni, per poi veder imprimere al sistema istituzionale una forte spinta centralizzatrice con la costituzione del *welfare state* newdealiano e con una configurazione maggiormente cooperativa e interattiva dei rapporti istituzionali fra i poteri dello Stato centrale e degli Stati membri (soprattutto

---

<sup>404</sup> M. Comba, "Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il judicial federalism negli Stati Uniti", op. cit., p.324.

<sup>405</sup> Con l'affermazione della c.d. dottrina *Erie* (a partire dalla sentenza *Erie R.R. v. Tompkins* del 1938), la Corte Suprema si autoimpone il limite di attenersi ai precedenti giurisprudenziali delle Corti Supreme statali quando viene chiamata a pronunciarsi su una controversia che coinvolga l'applicazione del diritto statale (come, ad esempio, nel caso della *diversity citizenship*), inibendosi ogni possibilità di modificare e creare, di fatto, diritto statale, ledendo la sfera di autonomia riconosciuta agli Stati. Dal punto di vista del *Judicial Federalism*, vi è stato quindi un costante rafforzamento dell'autonomia delle Corti statali rispetto a quelle federali. Ad esempio con la decisione *Michigan v. Long* del 1983 che per un verso ha ampliato la competenza d'appello della Corte Suprema, ha però contemporaneamente attribuito alle Corti statali la facoltà di inibire l'appellabilità delle proprie decisioni davanti alla Corte Suprema attraverso l'inserimento nella sentenza di un *plain statement* che dichiara che la decisione si basi su diritto statale *adequate and independent*. Vedi F.G. Pizzetti, "Bush v. Gore. Un nuovo caso di federalismo giurisdizionale", op.cit., pp. 107 e 113.

con l'utilizzo degli strumenti finanziari dei *grants-in-aid*), per approdare, più recentemente, a una rimodulazione di nuovi equilibri, tendenzialmente più rispettosi dell'autonomia statale, nel *New Federalism*.

In questi processi evolutivi la Corte Suprema, in quanto arbitro dei conflitti fra i diversi livelli di governo, doveva assicurare che i due ordini di potere non prevaricassero l'uno sull'altro e si mantenessero all'interno dei limiti previsti in Costituzione.

La presenza di una Corte giudiziaria, suprema o costituzionale, in grado di risolvere i conflitti di attribuzione tra gli enti federati e fra questi e la federazione viene ormai ritenuta una delle caratteristiche fondamentali e imprescindibili dell'esistenza del modello di Stato federale, a garanzia del principio federativo stesso<sup>406</sup>. Gli enti territoriali dello Stato federale statunitense vedrebbero assicurata la garanzia costituzionale della propria autonomia proprio nella funzione di controllo di costituzionalità esercitata dalla Corte Suprema.

La previsione di tale organo al vertice del sistema giudiziario federale doveva quindi garantire il rispetto della Costituzione soprattutto riguardo alla ripartizione delle competenze fra i due livelli di governo, censurando ogni tentativo di modifica sostanziale di quella ripartizione, che sarebbe potuta avvenire solo tramite il concorso e consenso degli stessi Stati, prescritto nel procedimento formale di revisione della Costituzione (la partecipazione degli Stati al processo emendativo della Costituzione – negli USA con la necessaria ratifica dei  $\frac{3}{4}$  di essi o delle apposite convenzioni statali, in base all'art. V - costituisce infatti un'altra delle garanzie costituzionali del federalismo). La Corte Suprema con la sua giurisprudenza costituzionale ha sostanzialmente registrato, dopo alcuni tentativi di resistenza, i mutamenti significativi dei rapporti istituzionali tra Federazione e Stati e della correlata ripartizione di funzioni e competenze (il federalismo cooperativo) richiesti dai poteri politici per superare la crisi, andando così a configurare una modifica costituzionale profonda avvenuta però al di fuori del procedimento costituzionale di emendamento, senza quindi il formale e ampio consenso prescritto degli Stati (che tuttavia non mancò a livello sostanziale in quanto gli Stati, di fatto, accettarono di buon grado il nuovo interventismo federale a motivo della gravità, estensione e del perdurare della crisi economica e sociale seguita alla Grande Depressione del '29).

---

<sup>406</sup> K. Wheare, *“Del governo federale”*, il Mulino, Bologna, 1997, (ed. originale *“Federal Government”*, Oxford University Press, New York, 1946), pp. 53 ss. Vedi anche S. Ventura, *“Il Federalismo”*, il Mulino, Bologna, 2002; D.J. Elazar, *“Idee e forme del federalismo”*, op.cit.

Uno dei collegamenti principali tra potere politico e potere giudiziario, come abbiamo anticipato, vede la Corte Suprema federale capace di valutare e rendere nulle *ab origine* le leggi (nonché i regolamenti e le sentenze dei livelli sia federale che statali), in quanto ha acquisito, a partire da *Marbury v. Madison*, e consolidato la funzione fondamentale della *judicial review*, ossia della tutela e dell'attuazione giudiziaria della Costituzione che può tradursi in un censura delle decisioni della maggioranza qualora in contrasto con la Costituzione (con ciò che i giudici leggono in essa).

Questo compito di applicazione e garanzia del rispetto delle disposizioni costituzionali, ovvero di controllo della costituzionalità di qualunque atto dei pubblici poteri, a livello statale e federale, si specifica in un'attività, o processo, d'interpretazione normativa e costituzionale, in cui il relativismo connaturato in ogni operazione intellettuale come quella, in oggetto, di attribuzione di significato<sup>407</sup> a determinati significanti (le astratte disposizioni del legislatore e del costituente), impone di ridimensionare, o quantomeno ripensare, la razionalità giuridica di tipo tecnico-conoscitivo imputata all'interpretazione, ovvero la pretesa di fondare l'interpretazione applicativa delle disposizioni costituzionali meramente su un tecnicismo logico-deduttivo che non può infatti che dimostrarsi, in realtà, creazione di diritto, o quantomeno co-produzione della norma giuridica concreta<sup>408</sup>.

Altro collegamento cruciale previsto, questa volta in Costituzione (come uno dei meccanismi di *checks and balances* istituzionali formali a garanzia del necessario bilanciamento-controllo reciproco fra i poteri), fra politica e giustizia, o potrebbe anche dirsi fra politica ordinaria e politica costituzionale, o ancora fra diritto legislativo e diritto costituzionale (di matrice giurisprudenziale), come abbiamo visto, è quello del procedimento di selezione e nomina dei giudici della Corte Suprema che vede protagonisti i poteri politici rappresentativi, fondamentalmente il Presidente a seguito della necessaria approvazione senatoriale; si tratta in ogni caso di un legame che si ritiene superato grazie alla previsione del mandato vitalizio e dell'intoccabilità della retribuzione dei giudici nominati che azzererebbe ogni potenziale rapporto di dipendenza o influenza politica.

---

<sup>407</sup> Si tratta del procedimento d'individuazione del significato specifico della norma giuridica con effetti dichiarativi di principio – enunciazione del precedente vincolante valido *ex tunc* ed *erga omnes* - nonché pratici – con effetti *inter partes*, sul piano della risoluzione della vertenza in esame -.

<sup>408</sup> Sull'interpretazione costituzionale - da intendersi sia come processo che come prodotto – che non può essere considerata come fondata su una razionalità assoluta dai risultati inevitabilmente certi e corretti, vedi A. Gusmai, “*Giurisdizione, interpretazione e co -produzione normativa*”, Cacucci, Bari, 2015.

Altro legame, questa volta che propende a favore del legislativo, riguarda il potere riconosciuto in Costituzione al Congresso di stabilire - anche in maniera strategica, come non ha mancato di fare - la numerosità dei membri della Corte e la creazione di un sistema giudiziario federale inferiore a cui demandare le competenze che seleziona e sceglie fra le materie ricomprese, sempre in Costituzione, nella vasta competenza d'appello della Corte Suprema (all'art. III), andando così ad incidere sulle concrete possibilità d'intervento della stessa Corte.

Tornando alla complessa e dinamica relazione/interazione fra federalismo o principio federale, che prende forma e si sviluppa all'interno del *federalizing process*<sup>409</sup>, e *judicial review*, che se ne fa principale manifestazione-estrinsecazione, non possiamo che prendere atto della variabilità dei contrastanti percorsi evolutivi, centripeti e centrifughi, che caratterizzano l'esistenza dello Stato Federale, il quale li può percorrere anche simultaneamente, seppur in misura e ad intensità differenziata o in segmenti differenti.

È interessante notare come per federalismo e per coloro che si proclamavano suoi sostenitori, i federalisti appunto, si intendesse, agli albori del nuovo ordinamento costituzionale federale, nato dagli incontri della *Convention* di Filadelfia, la necessità e utilità di consolidare e rafforzare il nuovo governo federale appena istituito che si sentiva minacciato dalla rivendicazione intransigente del rispetto dell'autonomia da parte degli Stati, che a lungo puntarono sulla propria natura di soggetti originari del Patto costituente.

Solo in un secondo momento, in maniera definitiva da quando gli Stati Uniti completarono-perfezionarono il loro processo di unificazione, rendendo perpetua e indistruttibile l'Unione e nello stesso tempo inconsistente ogni timore di dissoluzione legata agli egoismi, all'arroganza e alle differenze fra gli Stati, con federalismo si iniziò a riferirsi al valore dell'autonomia degli Stati e alla connessa volontà di proteggerla da indebite e eccessive ingerenze autoritative della Federazione.

Fatta questa precisazione e a seguito dell'analisi della principale giurisprudenza della Corte Suprema sul tema del federalismo ovvero della certificazione degli equilibri federali in armonia con i precetti costituzionali, soprattutto quelli sulla ripartizione delle competenze, è possibile individuare delle tendenze generali o alcuni principali punti di snodo, *turnings points*, della storia costituzionale statunitense che hanno sempre corrisposto, anche, a dei profondi cambiamenti nella struttura dei rapporti fra i poteri della Federazione.

---

<sup>409</sup> C. Friedrich, "*Trends of Federalism in Theory and Practice*", op.cit. pp. 7 e 8.

Si tratta dei tre momenti di modifica del “regime costituzionale”<sup>410</sup>: quello della “rivoluzione” americana e dell’età costituente, quello della Guerra Civile e della Ricostruzione e quello del *New Deal*.

Non è ancora chiaro e inequivocabile a che livello di cambiamento si collochi la fase ancora in corso, del *New Federalism*, rispetto all’epoca precedente e se e quanto le tendenze che ha imboccato siano veramente durature, coerenti e consistenti.

Se almeno fino al *New Deal* e alla fase di *judicial activism* della Corte Warren e Burger è stato possibile, perché più evidente, nonostante la giurisprudenza in alcuni casi ambigua ed oscillante, mettere in luce un orientamento, nelle sue linee guida, abbastanza definito e compatto della Corte Suprema, la fase storica che si è aperta nel *New Federalism* risulta, ad oggi, più difficile da sistematizzare e sembra semmai aver spostato il baricentro degli equilibri federali più che dalla Federazione agli Stati, dalle istituzioni d’indirizzo politico alla stessa Corte Suprema<sup>411</sup>.

È comunque possibile affermare che il ricorso ad argomenti federalistici da parte della Corte Suprema è stato il più delle volte impiegato in chiave strumentale per dare espressione e legittimità alla tradizione conservatrice statunitense che, ad esempio, è fortemente radicata nella differenziazione e nella definizione statale dei diritti e delle libertà (questo configura un vero e proprio diritto alla differenza come diritto degli Stati nonché come ricchezza per le comunità territoriali dotate di *home rule*).

La tensione permanente, connaturata ad ogni sistema sostanzialmente federale, tra universalismo e particolarismo, omologazione e differenziazione (l’uguaglianza nella differenza), supremazia federale e autonomia statale, deve (o dovrebbe) in ogni caso mantenersi all’interno della cornice costituzionale, rispettarne limiti e vincoli fondamentali, per non compromettere l’identità collettiva nella sua doppia specificazione, statale e nazionale, e per riuscire a mantenere in equilibrio funzionale i rapporti istituzionali dei soggetti plurimi dell’ordinamento giuridico che si fonda e struttura, come noto, sulla base di una Costituzione pensata e tuttora sentita quale potente elemento unificante della Federazione statunitense.

Il potere della *judicial review*, pur essendo di tipo diffuso, trova nella Corte Suprema il suo momento definitivo e inappellabile di chiusura ordinatrice.

---

<sup>410</sup> B. Ackerman, “*We, the People, I, Foundations*”, op.cit.

<sup>411</sup> V.C. Jackson, “*Federalism and the Court: Congress as the audience?*”, in *Annals of Political and Social Science*, March 2001, p. 154; R.K. Christensen, C.R. Wise, “*Dead or alive? The Federalism revolution and its meaning for Public Administration*”, in *Public Administration Review*, n.5, 2009, pp. 920-931.

Superato il modello dello Stato minimo e compiuto il passaggio da questo ad un modello di Stato interventista in materia economica e sociale (con la creazione di un sistema di *Welfare State* nazionale), è diventato molto più probabile e frequente che le azioni politiche statali e federali si sovrapponevano, facendo paventare il rischio di indebite invasioni nelle rispettive sfere di competenza.

L'aumento della materia del contendere, ovvero delle occasioni di inevitabile sconfinamento fra competenze, sempre più contigue e dai confini incerti, non più, quindi, raggruppabili in compartimenti stagni e attribuibili, in via esclusiva, ad un preciso livello di governo, vede la Corte interpellata di continuo per dirimere tali conflitti e per cercare di dare possibili certezze in merito ai poteri della Federazione e degli Stati e alle modalità del loro esercizio; decisioni, queste, che si rivelano di fatto incerte e temporanee, in quanto discendenti da valutazioni e scelte caso per caso, fatte spesso in termini efficientistici e di opportunità contingenti.

Attualmente, infatti, ci si interroga, sempre più spesso, più che su quale sia l'equilibrio formale rispettoso del dettato costituzionale, su quale sia il livello istituzionale ottimale dell'esercizio, trascurando in parte l'aspetto della titolarità formale, di funzioni e competenze, capace, ad esempio di tutelare meglio i diritti o affrontare più adeguatamente la risoluzione di crisi economico-finanziarie e di problemi sociali più o meno diffusi.

Analizzando la storia costituzionale statunitense è possibile registrare una comune e prevalente tendenza centralistica e unitaria nei momenti di grave crisi istituzionale, economica-sociale nonché di crisi del sistema di protezione delle libertà fondamentali, giustificata sulla base della necessità e urgenza di rispondervi con strumenti sistemici risolutivi di ampio respiro, quindi inevitabilmente su scala federale.

Gli Stati hanno comunque sempre mantenuto una porzione, per quanto ridotta, di autonomia utile a calibrare le risposte politiche rispetto alle esigenze della popolazione del territorio<sup>412</sup>.

Il rapporto fra federalismo e diritti o fra giurisprudenza federalista della Corte Suprema e garanzia degli stessi, può essere letto e analizzato da due diverse e opposte prospettive, entrambi compresenti, seppur con dosaggi rispettivamente differenti nelle diverse fasi storiche, in tutto il percorso evolutivo, politico-istituzionale, seguito dagli Stati Uniti, fin dalla loro costituzione; dualità di visioni che riflette convinzioni e orientamenti confliggenti che si esprimono anche nella società civile.

---

<sup>412</sup> A. Pin, "La sovranità in America", op.cit., p.95 e p. 100.

Le dinamiche evolutive dell'ordinamento costituzionale, governate dai complessi meccanismi di riequilibrio istituzionale dei *checks and balances*, hanno poi fatto prevalere, di volta in volta, una delle due tendenze, apparentemente in aperta antitesi, orientate alternativamente a favorire il livello unitario e centralizzatore della Federazione o quello differenziato e autonomistico degli Stati, senza però mai sopprimere completamente la vitalità e l'energia delle forze, centripete e centrifughe, immancabilmente compresenti, in quanto ne rappresentano istanze insopprimibili, in un ordinamento genuinamente federale.

Nel confronto-scontro, nel bilanciamento e reciproco controllo fra istanze unitarie e autonomistiche, una delle due risulta, infatti, solo parzialmente e temporaneamente sconfitta e soccombente. Le due anime del federalismo devono difatti mantenersi necessariamente e continuativamente vive e attive per rendere il sistema federale *de jure*, federale anche *de facto*, ovvero per trasfondere il carattere federale formale e costituzionale in qualità federale sostanziale e materiale, in breve per considerare un ordinamento giuridico-costituzionale genuinamente federale.

Il federalismo, inoltre, è stato adottato non semplicemente come meccanismo istituzionale di divisione e strutturazione territoriale dell'autorità politica, ma soprattutto quale strumento principale di protezione delle libertà fondamentali. Questo obiettivo viene raggiunto attraverso la dispersione del potere e la moltiplicazione degli attori istituzionali e dei centri di comando che influiscono nella vita dei singoli individui e della comunità.

La frammentazione del potere era ed è tuttora vista e rivendicata quale migliore garanzia dei diritti e delle libertà in quanto presuppone e assicura maggiori spazi di autogoverno locale e autodeterminazione individuale. I singoli individui avrebbero maggiori capacità di incidere sulle scelte che collettivamente li riguardano, potendo inoltre più agevolmente arginare eventuali abusi e ingiustizie e ristabilire l'ordine democratico complessivo<sup>413</sup>.

Le decisioni verrebbero prese da autorità rappresentative più prossime, accessibili e immediatamente controllabili dalle popolazioni direttamente coinvolte che avrebbero riconosciute, quindi, maggiori opportunità di partecipazione ed influenza politica<sup>414</sup>.

---

<sup>413</sup> S.G. Calabresi, "A Government of limited and enumerated powers: in defense of *United States v. Lopez*", in *Michigan Law Review*, n.3, 1995, cit. p. 756: "Federalism is likely to be more important to the liberty and well-being of American People than any other structural feature of our Constitution, including the separation of powers, the Bill of Rights and judicial review".

<sup>414</sup> G. Bogneri, "Federalismo", Utet, Torino, 2001, p. 46.

Ad esempio, in tema di protezione sociale, la variabilità connessa e concessa dal federalismo costituirebbe una insostituibile risorsa a motivo dell'opportunità efficientistica di fornire risposte politiche e di strutturare il *welfare*, calibrandoli sulle reali esigenze e peculiarità del contesto locale.

Il federalismo consentirebbe quindi un positivo ed elevato livello di sperimentazione delle politiche pubbliche che andrebbe a favorire un autonomo processo di apprendimento-assorbimento delle buone pratiche altrove collaudate con successo<sup>415</sup>.

Il risultato di un tale discorso federalista che nel *New Federalism* è stato nuovamente rilanciato con vigore e che ha portato la Corte a ridimensione l'interventismo regolatore dello Stato centrale e a stabilire il divieto (*l'anticommandering principle*)<sup>416</sup> di trasformare gli Stati nel braccio amministrativo della Federazione - attraverso l'imposizione di specifiche normative di attuazione delle decisioni centrali -, ha fatto sì che il federalismo statunitense subisse nuovamente una variazione in direzione dell'accentuazione del suo carattere competitivo (sempre all'interno della cornice del federalismo cooperativo), in cui cioè i singoli Stati si adoperano ad attirare risorse e popolazione (in base alla logica connessa al federalismo stesso, dell'opzione del "voto con i piedi"); si instaura, cioè, una concorrenza orizzontale che non sempre si traduce nella ricerca di un'offerta di servizi migliori per i cittadini (*a race to the top*), ma che anzi, troppo spesso, soprattutto in fatto di assistenza sociale, si esprime in un abbassamento dei livelli delle prestazioni del *welfare* connesso ad un generale e consistente alleggerimento del livello della spesa pubblica e dei tributi (*a race to the bottom*)<sup>417</sup>.

È infatti attestabile un notevole livello di disomogeneità in materia di *welfare* e in generale della definizione e regolazione di diritti e libertà (basti solo pensare alle differenze marcate che registra la materia del diritto penale nei singoli Stati che arriva al punto di ammettere, in alcuni di essi e non in altri, la pena di morte).

Le implicazioni di tale orientamento favorevole alla più ampia e incondizionata autonomia dei singoli Stati, in particolare nelle delicata e cruciale materia dei diritti fondamentali può comprometterne pesantemente la relativa garanzia se non si colloca

---

<sup>415</sup> L.S. Greer, "How does decentralisation affect the welfare State? Territorial politics and the welfare State in the UK and US", in *Journal of Social Policy*, n.2, 2009, p.193.

<sup>416</sup> Tale divieto si contrappone ad esempio al federalismo (di esecuzione) tedesco che vede ordinariamente demandata ai *Länder* l'attuazione delle leggi federali del *Bund*. Sul tema vedi ad esempio D. Halberstam, R.M. Hills, "State autonomy in Germany and the United States", in *Annals of the American Academy of Political Social Science*, 574, March 2001, pp.173- 184.

<sup>417</sup> G. Bognetti, "Lo spirito del costituzionalismo americano. II. La Costituzione democratica", op.cit., p. 233.

quantomeno l'autodeterminazione statale su una forte base di *standard* generali, condivisi e inviolabili.

La parabola del rapporto fra federalismo e diritti può quindi essere semplificata in tal modo: da una fase originaria in cui prevaleva la convinzione che il federalismo tutelasse le libertà al migliore dei modi, si passa, a seguito delle drammatiche vicende della schiavitù e della sanguinosa e devastante Guerra Civile, all'inizio di un'inversione di orientamento che metterà in dubbio le acritiche premesse sulle qualità intrinsecamente democratiche, quantomeno nei risultati concreti, del federalismo, opinione questa che verrà avvalorata dal problema della discriminazione razziale e rafforzata dalle battaglie per i diritti civili degli anni '50 e '60 del Novecento.

Se, quindi, a lungo il federalismo è stato strumentalmente sfruttato in funzione fortemente conservatrice e antidemocratica, basti pensare agli Stati, soprattutto del Sud, che l'avevano strategicamente piegato ai propri interessi schiavisti e in un secondo momento a convinzioni e pratiche discriminatorie, la giurisprudenza della Corte Suprema ha attivamente contrastato tale difesa intransigente del federalismo in nome della promozione di una indispensabile funzione di uniformazione della tutela dei diritti che ne assicurasse a tutti i livelli dell'ordinamento e a tutti i cittadini un equivalente godimento<sup>418</sup>.

Sono stati sicuramente il movimento abolizionista e successivamente il movimento per i diritti civili, quindi una nuova sensibilità emergente nella società civile, a richiedere a gran voce e ad imprimere l'inversione di tendenza nella concezione di un rapporto, più bilanciato ed equo, fra federalismo e democrazia. La Corte ha, in una certa misura, saputo rispondere a queste nuove esigenze, interpretando estensivamente il ruolo della Federazione nella salvaguardia dei diritti individuali affinché precludesse alcune scelte, quelle illiberali e antidemocratiche, dal ventaglio delle possibilità ricomprese nell'autonomia degli Stati. Il valore del federalismo necessitava di essere parzialmente compresso, regolamentato o contenuto in nome del valore superiore e fondamentale dell'uguaglianza, pilastro essenziale di un'autentica democrazia.

La Corte Suprema si è fatta interprete e promotrice, a livello istituzionale, delle preoccupazioni egualitarie avvertite dalla società civile, attivando un controllo più penetrante delle decisioni prese dagli organi politici che toccano la materia sensibile dei diritti fondamentali, *in primis* l'uguaglianza, dando in questo ambito prevalenza al

---

<sup>418</sup> Per la gestione giudiziale dei diritti ad opera della Corte Suprema in fasi di particolare attivismo progressista della sua giurisprudenza vedi C. Valentini, "Le ragioni della Costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia", Giappichelli, Torino, 2001.

momento unitario, per mettere i cittadini al riparo dagli effetti delle loro stesse decisioni prese a livello statale. Questa possibilità di un intervento politico e normativo della Corte, di tipo sostitutivo, suppletivo o correttivo della volontà popolare, che vaglia e vincola l'autodeterminazione democratica delle comunità statali e locali, è stato, in tempi più recenti, nuovamente e aspramente contestato, attraverso la rivendicazione della competenza costituzionalmente garantita agli Stati di decidere autonomamente quali forme di tutela accordare ai diritti dei propri cittadini. Ma ancora una volta la tensione dialettica fra unità e diversità, uguaglianza e differenza, non ha esaurito il suo dinamismo e il suo vigore, pervenendo alla conclusione del conflitto tra ragioni e forze contrapposte e fissando in maniera definitiva l'equilibrio ottimale, sul piano efficientistico e formale, fra livello di accentramento e decentramento del potere.

Non è chiaro quanta differenza possa legittimamente essere ammessa nell'ordinamento senza che entri in collisione con il principio fondamentale d'uguaglianza, in altre parole quanto e quale federalismo possa assicurare realmente la democrazia.

D'altronde nella stessa *Convention* costituzionale il problema del bilanciamento dei poteri fra Stati e Federazione fu risolto con la previsione, considerata mediana rispetto ad altre vie prospettate, dell'annullamento giudiziale quale presidio imparziale delle norme costituzionali sulla competenza<sup>419</sup>.

Esigenze, circostanze e interessi differenti, di volta in volta implicati nella risoluzione di una controversia di natura federale, influenzano le valutazioni della Corte Suprema e la scelta, variabile e contingente, di quale livello, federale o statale, debba in quell'occasione prevalere. È come se fosse proprio la Corte Suprema, tacciata talvolta di antidemocraticità per la funzione potenzialmente contro-maggioritaria che può esercitare, a dover stabilire nei suoi giudizi, di volta in volta, il "livello di federalismo" compatibile con il principio democratico, in una disputa, o tensione, complessa e senza fine tra *judicial review*, federalismo e democrazia. La vera "difficoltà" da definire, discutere e risolvere, o quantomeno da appianare, non è tanto, o solo, quella contromaggioritaria del sindacato giudiziario di costituzionalità, ma quella che si crea, attraverso tale controllo, nel rapporto instabile e talvolta sbilanciato fra esigenze federali

---

<sup>419</sup> Cfr. J.R. Schmidhauser, "State rights and the origin of the Supreme Court's power as arbiter in Federal-State relations", in K.L. Hall (a cura di), "A Nation of State. Federalism at the bar of the Supreme Court", Garland Publishing Inc., New York-London, 2000, *passim*. La costituzione di una Corte Suprema e di un sistema giudiziario federali doveva garantire la neonata struttura federale dello Stato e impedire la dissoluzione del Patto, preservando la natura mista dell'Unione, al contempo federale – con elementi propri di una Confederazione di Stati sovrani – e nazionale – come unificazione di Stati - (così Madison nel *Federalist* n.39 si esprime sulla temeraria e radicale innovazione prospettata in Costituzione).

ed esigenze democratiche, fra diritto alla differenza e al pluralismo e diritto all'uguaglianza e all'unità.

Le decisioni che la Corte ha preso nelle ultime decadi hanno infatti mandato segnali misti e ambigui rispetto al suo approccio attuale al federalismo. Da una parte si registra una tendenza a ricorrere ad argomenti federalistici per trasferire, o mantenere, la responsabilità di decisioni difficili e controverse, come la pena di morte<sup>420</sup>, in capo agli Stati. Dall'altra abbiamo anche alcune coraggiose prese di posizioni, come nel caso della recente sentenza sul diritto al matrimonio fra persone dello stesso sesso.

Ovviamente non è possibile trascurare il fatto che la Corte Suprema sia organo del livello federale e che quindi questa appartenenza strutturale al governo federale possa rivelarsi anche a livello funzionale, ovvero possa influenzare, più o meno permanentemente, la sua attività interpretativa e di giudizio, orientandola tendenzialmente a favore del livello a cui è iscritta e pregiudicare così la neutralità e imparzialità richiesta dal suo ruolo di arbitro dei conflitti di attribuzione fra Federazione e Stati. Si dubita che la Corte, essendo un braccio operativo della struttura del governo federale, possa davvero funzionare quale guardiano degli interessi costituzionalmente garantiti degli Stati e si critica il fatto che possa, al contrario, più presumibilmente avvantaggiare la Federazione nelle situazioni di contrasto o di incertezza sull'allocazione del potere, che sono d'altronde le questioni centrali su cui si struttura il federalismo stesso. Questa è infatti una delle obiezioni che vengono mosse all'attività di *judicial review* messa nelle mani della Corte Suprema (a partire da una decisione giurisprudenziale), quando invece in Costituzione era attribuita esplicitamente solo ai giudici statali secondo una modalità di controllo diffuso, che vedeva la Corte Suprema esclusivamente quale organo di vertice dell'ordinamento giudiziario federale ma non nella veste di giudice speciale, *ad hoc*, e superiore della legge (*the supreme law of the land*), men che meno dei diritti<sup>421</sup>.

---

<sup>420</sup> La Corte ha infatti relativizzato la sentenza *Furman v. Georgia* del 1972 con cui aveva fatto un primo timido tentativo di dichiarare incostituzionale la pena di morte. Negli anni successivi si limitata infatti a valutare, nei ricorsi per *Habeas corpus*, se le regole processuali applicate dallo Stato nel processo capitale risultassero imparziali e corrette, prive di elementi discriminatori, dimostrando una propensione via via maggiore a rispettare la definitività delle condanne statali. Vedi M. Comba, "Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia", op.cit., pp. 221 e 222.

<sup>421</sup> A. Hamilton, "Il Federalista n.80", in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, "Il Federalista", op. cit., pp.634-641. La necessità di uniformità nell'interpretazione della Costituzione e delle leggi federali impone che le controversie tra una Federazione e i suoi Stati membri o i suoi cittadini siano attribuite ai Tribunali federali.

## CONCLUSIONI

Lo scopo di questa ricerca è stato, in particolare, l'analisi di un istituto, la *judicial review*<sup>422</sup>, in uno specifico ordinamento costituzionale, quello degli Stati Uniti d'America, per rilevare come esso abbia interagito con o influito sul *federalizing process*<sup>423</sup>, ovvero se, quando e quanto ne abbia riflesso e registrato passivamente le tendenze o le abbia piuttosto ostacolate o, perfino, indotte e stimolate.

Il secondo obiettivo era quello di inquadrare la *judicial review*, nel suo complesso, ovvero sia come processo che come prodotto, all'interno di un ordinamento democratico e composto, e valutarne l'impatto complessivo e combinato, esercitato sulla struttura e sul funzionamento delle relazioni federali e, simultaneamente, sulla qualità democratica dell'ordinamento giuridico di riferimento.

Una multifattorialità estrema di componenti variabili e plurali non può portare a risposte univoche e rassicuranti in termini di certezze ed evidenze giuridiche e rende ogni tentativo di comprensione e ogni risultato di ricerca inevitabilmente parziali, relativi ed instabili.

Partendo da un breve premessa sul metodo giuridico comparato come strumentario fondamentale di base per una ricerca valida che abbia fra gli strumenti analitico-conoscitivi anche quelli essenziali delle altre discipline sociali - storia, economia, sociologia e scienza politica, non soltanto per quanto riguarda le rispettive categorie concettuali fondamentali ma soprattutto per gli approcci di studio, le prospettive d'analisi e le sensibilità -, abbiamo analizzato uno specifico fenomeno o istituto giuridico, la *judicial review*, la giurisprudenza della Corte Suprema in relazione, però, ad altri fenomeni, soprattutto il processo federale, coniugando diversi formanti, non solo di natura giuridica, e rivolgendo l'osservazione ad un lasso di tempo particolarmente dilatato, l'intera storia costituzionale degli Stati Uniti, fin dalle origini coloniali.

Il federalismo<sup>424</sup> non corrisponde pienamente e immancabilmente alle caratteristiche sostanzialmente prescrittive che gli si attribuiscono come categoria analitica prototipica di natura giuridica, ma presa consapevolezza di quest'ultima la si deve aprire ad

---

<sup>422</sup> M. Elliott, *"The Constitutional Foundations of Judicial Review"*, Hart Publishing, Oregon, 2001.

<sup>423</sup> C.J. Friedrich, *"The political theory of federalism"*, in *Federalism and supreme courts and the integration of legal systems*, ed. E. Mc Whinney, P. Pescatore, Heule-Bruxelles-Namur, 1973; C.J. Friedrich, *"L'uomo, la comunità, l'ordine politico"*, Bologna, il Mulino, 2002.

<sup>424</sup> R. Gori Montanelli, *"Il Federalismo e la Corte Suprema degli Stati Uniti"*, EPAP, Firenze, 2006.

ulteriori contributi e a nuove letture che ne arricchiscano le prospettive d'analisi e le vedute d'insieme.

Il federalismo rappresenta, non solo un'idea e un progetto politico e filosofico dalle multiple sfumature ideali, ma anche, per quello che qui in particolare ci interessa, una modalità giuridica concreta di organizzazione del potere su diversi livelli territoriali di governo.

Si tratta di un'organizzazione che è composta, oggi, di numerose e complesse relazioni istituzionali, non solo formali, norme e procedure, ma anche prassi più o meno consolidate, comportamenti più isolati, minoritari o sporadici, e mentalità, sia dominanti che alternative, che si presentano e si sviluppano tra diversi attori su diversi piani, legislativo, esecutivo e giudiziario, e che producono accordi e divergenze, cooperazioni o contrapposizioni, solidarietà e rivalità in maniera non sempre prevedibile ma piuttosto scomposta e incerta, in quanto dipendenti da diversi condizionamenti di contesto e varie concause, in una fitta trama di soggetti, regole, vincoli e opportunità.

Ogni processo di federalizzazione risulta immancabilmente situato in un preciso e irripetibile contesto storico, politico, economico e socio-culturale, in cui la tradizione del passato interagisce con la condizionalità del presente, restituendo un'attualità peculiare e irriproducibile con altre circostanze di partenza.

Per quanto la scienza giuridica si impegni nell'elaborazione di modelli e categorie ermeneutiche idealtipiche, la realtà dei fenomeni sfuggirà sempre dai confini limitanti delle definizioni e delle spiegazioni che intendono sezionarla e descriverla compiutamente.

Il processo di federalizzazione può attivarsi da diversi punti di partenza (più unitari o differenziati-divisi)<sup>425</sup> ed evolvere secondo diverse traiettorie di sviluppo, seguendo cioè percorsi e tempistiche differenti, peculiari ai contesti e ai soggetti in gioco, non con un moto lineare e un indirizzo stabile ma con un dinamismo discontinuo e multidirezionale. L'esito dei processi di federalizzazione non è immancabilmente lo Stato federale<sup>426</sup> di cui gli Stati Uniti sono reputati archetipo. Una gamma di differenti soluzioni giuridiche-istituzionali è sempre possibile, purché si assista a qualche forma e grado di distribuzione dei poteri fra più soggetti posti a livelli territoriali differenti, all'interno di un ordinamento costituzionale composto. L'attribuzione e l'articolazione del potere

---

<sup>425</sup> T. Groppi, *“Il federalismo”*, Laterza, Roma, 2004.

<sup>426</sup> G. Bognetti, *“Federalismo”*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 6°, Torino 1991; K.C. Wheare, *“Del governo federale”*, il Mulino, Bologna, 1997.

trova la propria definizione e la connessa garanzia dell'autonomia riconosciuta ai diversi centri di potere in Costituzione.

È questo lo snodo in cui si chiama in causa la giustizia costituzionale<sup>427</sup> e la sua attività interpretativa e di controllo del rispetto della Costituzione, quindi anche delle sue previsioni sull'attribuzione territoriale dei poteri di governo.

Si tratta di una voluta e concertata divisione di competenze e funzioni – discendente dalla volontà popolare costituente, originaria e suprema, impressa nella Costituzione – le quali, dopo la fase in cui erano ripartite rigidamente secondo uno schema duale di poteri enumerati attribuiti alla Federazione e quelli residuali agli Stati, a partire dal *New Deal* non possono più rispondere a criteri formali di esaustività, esclusività e nettezza delle materie in esse ricomprese, in quanto vedono attenuare i propri confini definitivi, diventano più attigue e promiscue e si compenetrano una nell'altra.

La confusione e ibridazione competenziale, come difficoltà ad una chiara, fissa e non conflittuale attribuzione di un potere ad uno specifico organo all'interno di un determinato livello di governo, crea non poco disorientamento e denuncia sempre più spesso la necessità di una risposta definitiva e affidabile che viene richiesta alla Corte Suprema.

Una volta avvenuto il passaggio fondamentale dal federalismo duale al federalismo cooperativo, nonché dallo Stato minimo allo Stato interventista e regolatore, sempre più spesso si fa affidamento al giudizio della Corte per un'indicazione risolutiva dei contrasti fra norme e poteri dell'ordinamento.

La soluzione ai conflitti di attribuzione tra Federazione e Stati non può più provenire interamente e automaticamente dal testo costituzionale, scritto ormai in un lontanissimo passato, o da altre disposizioni specifiche che il Congresso, in ossequio alla Costituzione, possa aver successivamente approvato per integrarvi specificazioni e chiarimenti di sorta; la comunità, sempre più ampia e composita, degli interpreti, esecutori amministrativi e giudici, si inseriscono fattualmente e attivamente nel procedimento di creazione di una norma giuridica. Si tratta di una disposizione normativa il cui *iter* di formazione vede, infatti, la partecipazione di più soggetti a diverso titolo, in diversi momenti e con diverso impatto sul risultato effettivo-applicativo.

Se normalmente si immagina il legislatore all'inizio e al cuore del processo normativo, come l'unico soggetto che abbia il potere decisionale formale di stabilire le regole

---

<sup>427</sup> A.A. Negroni, “ *Il modello e le origini della giustizia costituzionale degli Stati Uniti*”, Aracne, Roma, 2013.

generali per la collettività di riferimento, in quanto appositamente eletto all'espletamento di tale funzione per esplicita e diretta volontà popolare, espressasi tramite elezioni democratiche, e il giudice semmai alla sua conclusione, nella veste di mero applicatore tecnico e imparziale di una specifica norma, completa di significato immediatamente intelligibile, al caso concreto, la realtà dimostra come sempre più spesso le parti si possano invertire e i ruoli tradizionali rinnovarsi e integrarsi in inedite espressioni di cui occorre prendere piena consapevolezza.

La distorsione, o allontanamento, del processo di creazione delle norme rispetto alla sua previsione formale e alla sua concezione tradizionale che li affidano in via esclusiva al legislatore, impone di rinnovare la prospettiva d'analisi.

L'immagine del giudice legislatore, supplente o concorrente, è ormai diventata comune non solo in contesti di *common law*. Il rapporto sempre più tensivo e complesso fra diritto costituzionale di matrice giurisprudenziale e diritto legislativo ordinario prende ormai un posto centrale nella scena politica-istituzionale di molti ordinamenti costituzionali odierni.

La manifestazione di nuovi fenomeni necessita operazioni di contestualizzazione ovvero di individuazione di attori, relazionalità e collegamenti, influenze e condizionamenti e una rete di concause non sempre immediatamente evidenti.

Le comunità politiche contemporanee, in misura sempre maggiore e più complessa (talvolta conflittuale), si federalizzano lungo più dimensioni, a più velocità e seguendo specifici percorsi evolutivi difficilmente prevedibili e talvolta governabili.

Il potere sovrano dello Stato-nazione risulta ormai un retaggio concettuale del passato che ha visto ormai tramontare il suo periodo di gloria sia a livello teorico-ideale che di effettiva affermazione. Oggi si assiste alla diffusione di nuovi processi, apparentemente contraddittori o quantomeno confusi e contorti, di accentuata devoluzione di funzioni, valorizzazione delle autonomie e delle differenze identitarie e di generalizzata frammentazione dei poteri che si combinano ad una opposta tendenza unitaria e all'ampliamento complessivo del ruolo del potere giudiziario nella chiarificazione vincolante, in realtà mai veramente definitiva, dell'attribuzione di competenze e responsabilità.

La divisione e specializzazione delle tradizionali funzioni di governo e la pluralizzazione dei soggetti istituzionali interni o collaterali a quelli tradizionali si afferma come il portato della crescente complessità sociale (ad esempio con la crescente creazione di gruppi e sottogruppi specializzati e competenti per singola materia

all'interno degli organi legislativi, con la previsione aggiuntiva di numerosi collaboratori tecnici esterni; con l'allargamento esponenziale dell'apparato amministrativo e burocratico ipersettorializzato; con l'istituzionalizzazione dell'esecutivo attraverso la previsione di un consistente *staff* di esperti, ecc.).

Le società contemporanee hanno ed esprimono un crescente grado di complessità ed eterogeneità interne difficilmente gestibili e disciplinabili normativamente secondo i tradizionali canali politico-istituzionali dei governi nazionali che un po' dappertutto vedono svuotare o depotenziare la propria capacità di risposta ai bisogni crescenti, complessi e mutevoli della popolazione.

Inoltre l'individualismo delle società contemporanee occidentali a livello aggregato non può che produrre pluralismo. Il processo di globalizzazione si dispiega e si mostra con infinite espressioni, manifestazioni plurali e contraddittorie di un fenomeno che investe sempre più profondamente l'esistenza dell'uomo di oggi a 360 gradi.

L'aumento esponenziale dei collegamenti e delle interdipendenze fra individui, gruppi e fenomeni di diversa natura, sempre più sfumata e ambigua, non può che generare smarrimento e incertezza diffusa.

Assistiamo alla crisi generalizzata della sovranità dello Stato, della sua libertà decisionale e autorità risolutiva dei problemi, sempre più complessi, interdipendenti e variabili, di una società, a sua volta, più articolata, eterogenea e mutevole.

L'estrema complessità sociale si tramuta inevitabilmente in complessità giuridica, si trasferisce, cioè, anche sulla dimensione del diritto – la legge come strumento unico, adeguato e sufficiente per governare le società e regolarne lo sviluppo, perde il suo monopolio tradizionale di espressione unica del potere di comando e di regolamento dei comportamenti individuali e sociali, in un contesto generalizzato di ibridazione non soltanto giuridica.

Si indebolisce il ruolo dello Stato<sup>428</sup> come un'entità unica, definita, che riesca a garantire ai singoli la possibilità di rispondere e risolvere in modo soddisfacente e omogeneo ai vari e intricati problemi del nostro tempo.

La crisi dello Stato e della legge si accompagnano ad una serie di altre crisi altrettanto serie e diffuse.

---

<sup>428</sup> G.Silvestri, "La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto", in *Riv. Dir. Cost.*, 1996, 1, pp. 3-74.

La crisi della rappresentanza politica e della politica in genere, la crisi delle ideologie e dei partiti, la crisi del concetto di comunità e la crisi di tutte le “grandi narrazioni” che ritenevano di sovrapporre perfettamente al mondo il proprio modello di ordine.

L’individualismo delle società globalizzate (“post-moderne” e “liquide”<sup>429</sup>) che ha reso fragile e precario il nostro presente, dominato da un senso di incertezza insopprimibile, si esprime anche in una contraddittoria tendenza alla pluralizzazione, alla frammentazione estrema non solo dei centri di potere ma in generale dei punti di riferimento, dei valori e degli interessi, che genera differenziazione/particolarismo, antagonismo, instabilità e ambiguità generalizzati. Viene meno la certezza del diritto, in un ambiente estremamente federalizzato, verso l’alto, all’esterno dei confini statali, con poteri di fatto devoluti, in misura e modalità diverse, ad organismi internazionali e/o sovranazionali di varia tipologia e con diversi obiettivi e finalità; e verso il basso, con la tendenza alla valorizzazione e al potenziamento dell’autonomia e delle specificità locali degli enti sub-statali.

Le società complesse contemporanee si federalizzano, quindi, a più livelli e lungo plurime direzioni, secondo dinamiche contingenti, temporanee, irregolari e ambigue. Rivendicazioni di appartenenze identitarie, sempre più specifiche e minute, si esprimono in un contesto globalizzato in cui forze universalistiche di diverso tipo spingono verso processi di unificazione-integrazione sovranazionale o cooperazione internazionale.

Una crisi generale di ogni possibile appello ad una comunità di valori che permetteva al singolo di sentirsi parte di qualcosa che ne interpretava i bisogni e ne risolveva in modo omogeneo i vari problemi porta ad un sostanziale trasferimento di richieste e aspettative, compiti e responsabilità altrove, talvolta verso l’alto, soggetti sovranazionali ed internazionali, talvolta verso il basso, comunità sub-statali che rivendicano maggiore

---

<sup>429</sup> Z. Bauman, “*Modernità liquida*”, Laterza, Roma-Bari, 2002. Nell’epoca della postmodernità che per Bauman è “la convinzione che il cambiamento è l’unica cosa permanente e l’incertezza l’unica certezza”(Z. Bauman, “*La società dell’incertezza*”, il Mulino, Bologna, 1999, cit.p.67), assistiamo a processi di precarizzazione e liquefazione della vita che portano le società contemporanee ad una condizione di fragilità strutturale, ad un presente in corso d’opera, fattosi inafferrabile e difficilmente prevedibile, in cui la perdita di valori e sicurezze comuni (con la fine delle “grandi narrazioni” del ‘900, la crisi dello Stato, della politica, delle ideologie, dei partiti, del diritto, ecc.) e il crescente relativismo in ogni aspetto dell’esistenza portano ad un soggettivismo sfrenato (crisi del senso di comunità e ascesa di quello di identità), un individualismo antagonista senza una missione comune che si coniuga ad un contesto sempre più globalizzato di omologazione planetaria dell’*homo consumens*. In un ambiente altamente complesso e contraddittorio, in continua e rapida trasformazione, che esprime bisogni sempre più sofisticati, eterogenei e cospicui, la sfida dell’appartenenza diventa cruciale, la costruzione dell’identità, in un contesto dominato da spersonalizzazione, alienazione e precarietà permanente, oscilla, senza una mediazione definitiva, tra il canale della similitudine e quello della differenza e non si sa se porterà alla disgregazione o all’aggregazione sociale.

autonomia. Aspirazioni universaliste, che non possono che essere uniformanti e tendenti all'uguaglianza e all'unità, dunque, si affiancano, confusamente, a rivendicazioni particolariste e autonomiste, che all'opposto puntano alla differenziazione, alla separatezza e all'autonomia.

Se l'organizzazione politica e la regolazione sociale erano pensate come argine della conflittualità endemica della natura umana e ancoraggio sicuro nella legge che annulla ogni motivo di instabilità, confusione e incertezza, oggi gli individui non trovano più garanzia immediata dei propri diritti e risposte certe alle proprie aspettative nella legge e in generale nella politica.

A questa crisi generalizzata di certezze giuridiche e di risposte istituzionali - immediate, omogenee, stabili e soddisfacenti - a problemi sociali in continua ridefinizione, sembra corrispondere una comune tendenza ad imputare al potere giudiziario *in toto* e alla giurisprudenza costituzionale in particolare, un ruolo politico-normativo preponderante.

La legge, come strumento generale di strutturazione e disciplinamento dell'agire sociale in tutte le sue multiple manifestazioni, non è più appannaggio esclusivo del legislativo, ma viene di fatto condivisa, nella sua produzione, dal giudiziario, attraverso il suo potere di individuare e attribuire significato vincolante alle norme costituzionali e non.

Viene così compromesso e distorto il tradizionale equilibrio istituzionale della divisione funzionale dei poteri di un ordinamento costituzionale e democratico.

Negli Stati Uniti, dove tanta enfasi viene attribuita al principio costituzionale cardine della separazione dei poteri del governo democratico, persino estremizzato in alcune previsioni, il principio e meccanismo dei controlli e dei bilanciamenti reciproci – i *checks and balances* - fra gli organi costituzionali funzionalmente divisi, risulta talvolta prevalere, sul piano fattuale, sul principio della tripartizione – chiara - dei poteri e delle funzioni pubblici.

L'analisi della giurisprudenza della Corte Suprema rende evidente quanto sia significativa e determinante nello sviluppo del *federalizing process* e nella strutturazione e nel funzionamento complessivi dell'ordinamento, la *judicial review*, una delle fondamentali estrinsecazioni del principio dei *checks and balances*, ovvero uno dei più importanti collegamenti e controlli istituzionali previsti fra i poteri separati e distinti.

Le funzioni legislativa, esecutiva e giudiziaria – concettualmente e strutturalmente distinte - di fatto, sono implicate, in maniera combinata e indistinta, all'interno dell'attività interpretativa e di controllo di costituzionalità delle leggi compiuta dalla

Corte Suprema. Non è più possibile inquadrare l'attività legislativa e quella giudiziaria come chiuse in sé stesse, nettamente divise e autosufficienti nell'esercizio pieno dei rispettivi e differenti compiti istituzionali, ma sempre più spesso nelle mani dei giudici, soprattutto supremi, si assiste ad un espletamento congiunto e indistinto dei due ruoli istituzionali.

La crescita del protagonismo delle corti giudiziarie è collegato alla natura federale dell'ordinamento composto statunitense e in particolare alla sua evoluzione in senso cooperativo. La previsione di un accentuato pluralismo dei centri di potere divisi territorialmente fra Federazione (che sperimenta al suo interno, sull'asse orizzontale, una notevole frammentazione e settorializzazione del potere, insieme legislativo-esecutivo-giudiziario, nelle numerose agenzie e commissioni amministrative indipendenti) e Stati (con al loro interno molteplici enti locali dotati di *home-rule*), e soprattutto la flessibilizzazione dei rapporti fra i due livelli di governo dopo il tramonto del federalismo duale, non può che necessitare un'autorità riconosciuta superiore e idonea, preposta alla risoluzione dei conflitti istituzionali fra i poteri multipli dell'ordinamento federale in continua evoluzione.

È la necessità di ritrovare la certezza del diritto venuta parzialmente meno, in un contesto plurale in cui anche le fonti del diritto subiscono una frammentazione estrema e determinano una maggiore confusione e conflittualità normativa, che richiede l'intervento risolutivo della Corte Suprema.

La garanzia e l'affermazione applicativa della Costituzione diventa, in maniera sempre più evidente e in parte inevitabile, interpretazione creativa del significato precettivo della stessa, quindi vera e propria attività politico-normativa, di *rule making*, con cui la Corte riesce a colmare i vuoti normativi, puntualizzarne le ambiguità o anche a sovrapporsi e prevalere sulle scelte effettuate dagli organi politici, espressione democratica della volontà dell'elettorato.

La funzione della *judicial review* si avvicina molto, nei suoi effetti, alla funzione legislativa non di livello ordinario ma perfino costituzionale. Ciò comporta un'anomalia nel funzionamento democratico dell'ordinamento, che si professa devoto ad un principio particolarmente rigido della separazione strutturale e funzionale dei poteri e a quello della maggioranza, rappresentanza eletta dalla volontà popolare, ma che di fatto, in diverse modalità e circostanze, elude e viola<sup>430</sup>.

---

<sup>430</sup> O. Chessa, "I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale", Franco Angeli, Milano, 2005.

La Corte Suprema per vigilare sul rispetto e l'osservanza generalizzati del dettato costituzionale, fra le cui righe legge, di fatto in piena libertà, ciò che più ritiene opportuno, si ritrova in sostanza a trasgredire alcuni dei principi fondamentali che sorreggono, sul piano teorico e pratico, l'intero impianto costituzionale.

I nodi da sciogliere, secondo molti osservatori, riguardano alcune tensioni permanenti che si innescano nell'ordinamento tra politica e diritto, da un lato, e tra istanze unitarie e istanze federali (o autonomistiche) dall'altro e che ne determinano e caratterizzano l'alterno sviluppo.

Lungo queste linee di tensione irregolari e complesse si snoda il processo di evoluzione costituzionale, si sviluppa cioè l'esistenza stessa dell'ordinamento. Si tratta di un processo di sviluppo ordinamentale su cui insistono diverse forze, anche opposte, e in cui interagiscono un gran numero di attori istituzionali e non, creando uno scenario altamente pluralistico e talvolta caotico che non può che determinare un innalzamento del livello di antagonismo e conflittualità tra i diversi soggetti e interessi in gioco.

In tale scenario altamente pluralizzato ed eterogeneo in cui i rapporti istituzionali non seguono più la logica duale, i contrasti istituzionali fra soggetti dotati di porzioni differenti di potere e posti a diversi livelli ordinamentali, vedono aumentare esponenzialmente le probabilità di emergere e riprodursi sotto nuove forme, richiedendo sempre più frequentemente una risposta definitiva che metta fine, almeno temporaneamente, ai motivi di contrasto sulle competenze o di confusione di ruoli e responsabilità.

La Corte Suprema pensata appositamente come arbitro finale e supremo dei conflitti interorganici e d'attribuzione fra i plurimi centri di potere, separati lungo più direttrici, territoriali e funzionali, è riuscita, nonostante le scarse e incomplete previsioni costituzionali a riguardo, a costruirsi, a consolidare e rafforzare notevolmente il proprio ruolo di attore politico decisivo dell'ordinamento, posto allo stesso livello d'influenza e autorità attribuito formalmente agli organi d'indirizzo politico, depositari esclusivi, sulla carta, della funzione normativa. La Corte Suprema, invece, fin da subito, dimostra di volere esercitare un potere di controllo della costituzionalità di ogni atto pubblico in un modo particolarmente incisivo e libero, capace di elaborare autonomamente delle scelte sostanzialmente politiche che si aggiungano, integrandola o censurandola, alla manifestazione della volontà popolare trasfusa nelle leggi votate dai propri rappresentanti democraticamente eletti.

Il difetto di legittimazione democratica è imputato alla Corte Suprema in quanto composta da membri nominati, a vita, senza alcun legame con la volontà popolare, se non in forma labile ed indiretta, e senza essere vincolati nel loro agire da un rapporto di responsabilità nei confronti né degli organi politici democratici che li nominano, né direttamente di fronte all'opinione pubblica.

L'attività di controllo e di interpretazione normativa diventa nelle mani dei giudici della Corte vera e propria attività normativa se non perfino attività sostanzialmente costituente. Tanti e significativi sono gli esempi di *judicial activism*, *judicial rule making* e *judicial supremacy* disseminati lungo l'intera storia costituzionale degli Stati Uniti.

Il ruolo materialmente politico di vertice, dal peso cioè prevalente nell'equilibrio istituzionale dei poteri, esercitato dalla Corte è emerso in diverse occasioni, non solo eccezionali, suscitando sia reazioni critiche che consensi.

È possibile analizzare e comprendere l'intera evoluzione dell'ordinamento costituzionale statunitense, nonché le traiettorie di sviluppo dinamico del suo *federalizing process*, attraverso la lettura e l'esame della giurisprudenza della Corte Suprema che se ne è fatta, continuativamente, massima espressione. L'autorità, l'autorevolezza e il prestigio del ruolo della Corte non sono più messi seriamente in discussione nonostante spesso vengano mosse anche pesanti critiche ai presupposti del suo intervento o ai risultati concreti del suo operato.

La legittimazione del ruolo dalla Corte Suprema, particolarmente incisivo e sovraordinato rispetto agli altri poteri della Federazione, in quanto potere contro-maggioritario, se in maniera non del tutto soddisfacente viene fatto discendere dal carattere rigido e gerarchicamente superiore, nella graduatoria delle fonti giuridiche, riconosciuto alla Costituzione, potrebbe meglio essere collegata e resa dipendente dalla qualità democratica, non tanto dell'osservanza di modalità e procedure formali precise e stabili nell'espletamento delle proprie funzioni, né delle regole che ne determinano la composizione, ma piuttosto del significato vincolante e degli effetti giuridici concreti prodotti con le proprie sentenze.

L'esame attento dei presupposti, delle motivazioni e degli esiti applicativi delle pronunce della Corte ci porta a mettere in evidenza la variabilità di orientamenti, indirizzi e argomentazioni che non permette di inquadrare in maniera unitaria, definitiva e chiara le modalità d'intervento della Corte, il suo impatto sulla struttura e sul funzionamento del sistema costituzionale, sugli equilibri federali e sulla garanzia

effettiva dei diritti individuali. In ognuno di questi ambiti la giurisprudenza della Corte ha imboccato percorsi alternativi e non sempre coerenti. La Corte, come uno degli attori fondamentali del processo di federalizzazione, che ne registra, corregge o determina dinamiche e tendenze, particolarmente instabili, complesse, interattive, conflittuali e contingenti, ha sia rafforzato la Federazione, soprattutto nei momenti più critici in cui risultava compromessa o a rischio la stabilità dell'ordinamento e la tenuta complessiva del sistema federale (come a seguito della Guerra Civile e della Grande Depressione), consolidandone e amplificandone compiti e finalità, sia ha agito da promotore e difensore dell'autonomia degli Stati, limitando l'interventismo regolatore del governo federale quando giudicato eccedente dagli ambiti competenziali d'intervento federale.

Ha dato voce, alternativamente - in base ad una serie di contingenze di varia natura e forza, di pressioni e condizionamenti della società civile e degli organi politici, di soggetti e fenomeni collaterali influenti di volta in volta implicati e di valutazioni ideologiche e strategiche di opportunità politica di un proprio intervento -, alle istanze unitarie o alle istanze autonomistiche, rivendicanti protezione e sostegno.

È possibile tracciare a grandi linee, dei periodi nella giurisprudenza della Corte a seconda che a prevalere siano state le ragioni e le forze, centripete o centralizzatrici, a sostegno dell'unità, dell'omogeneità e dell'uguaglianza giuridica o al contrario le forze centrifughe, autonomistiche o devolutive, a supporto del diritto alla differenziazione giuridica e all'autogoverno degli Stati.

Nonostante abbia affermato di volersi e doversi regolarmente astenere dall'intervenire in questioni squisitamente politiche (così ad esempio arriva a definire la distribuzione federale delle competenze), per non invadere indebitamente le funzioni attribuite ad altri soggetti e pregiudicare l'equilibrio istituzionale dei poteri, di fatto ha disatteso ripetutamente al solenne impegno al *self-restraint* nelle *political questions*, orientando o riflettendo le dinamiche di sviluppo dell'ordinamento federale.

Le direzioni, le modalità e i tempi dell'evoluzione, non solo federale, dell'ordinamento costituzionale sono stati di fatto fortemente influenzati se non direttamente determinati dall'andamento della giurisprudenza della Corte, dalle teorie e modelli dell'interpretazione della Costituzione impiegati e strategicamente orientati a determinati obiettivi.

Dopo la fase originaria del federalismo duale, con il perfezionamento dell'Unione e l'affermazione definitiva della sua indissolubilità, seguiti alla Guerra civile e

all'approvazione degli emendamenti ricostruttivi, si apre la fase del liberalismo maturo e della giurisprudenza fortemente conservatrice della *Lochner era*.

Il passaggio successivo epocale è quello del *New Deal* che ha segnato un profondo mutamento della forma di Stato e della forma di governo degli Stati Uniti (con la forte spinta alla presidenzializzazione della forma di governo presidenziale, con la crescita dell'apparato amministrativo delle agenzie indipendenti che distorcono la tripartizione funzionale dei poteri, con la marcata e generalizzata tendenza alla centralizzazione del potere che fa inclinare l'equilibrio federale a favore della Federazione e a svantaggio dell'autonomia statale compressa e infine con il passaggio fondamentale dal federalismo duale al federalismo cooperativo).

La fase dell'attivismo di stampo progressista della Corte Warren e Burger ha segnato un altro importante *turning point* della storia costituzionale statunitense, rendendo la Corte Suprema garante attiva e propulsiva dei diritti fondamentali a livello nazionale, *in primis* del principio d'uguaglianza. Infine la fase più recente e ancora in corso del *New Federalism*, che segna sicuramente significative discontinuità con il periodo precedente, dimostrandosi nettamente più incline a proteggere e valorizzare l'autonomia degli Stati dall'interventismo talvolta sostanzialmente coercitivo della Federazione, rimane ancora di incerto inquadramento.

La relazione, ambivalente ed estremamente complessa, che si crea fra *judicial review* e *federalizing process* (che deve tener conto di una pluralità di soggetti istituzionali e non e una serie di condizionamenti politici, economici e sociali di varia natura e intensità) produce continuamente esiti diversi che non forniscono una risposta univoca e certa riguardo agli effetti democratici o democratizzanti sull'ordinamento nel suo complesso o in singole parti.

È certo che l'affermazione e la garanzia del principio d'uguaglianza sono state associate strettamente al carattere unitario e nazionale dell'ordinamento.

La Corte Suprema ha in diverse occasioni spinto ad una centralizzazione dei poteri a favore del livello di governo federale come garanzia indispensabile e unitaria dei diritti fondamentali, il cui riconoscimento ed esercizio venivano compromessi dalla decentralizzazione e conseguente differenziazione della loro disciplina a livello statale.

Le politiche statali, schiaviste prima e segregazioniste dopo, dimostrano come il federalismo non rappresenti in sé stesso uno strumento immancabilmente democratico, esclusivamente sulla base della sua riconosciuta capacità positiva di disperdere e frazionare il potere a livello nazionale, statale e locale.

La positività e bontà democratica di tale frammentazione del potere di decidere connesso all'immagine incondizionatamente positiva e conveniente del federalismo come espressione di una *grass roots democracy* (democrazia alle radici), può talvolta trarre in inganno e distorcere la comprensione di una realtà ben più complessa e ambivalente.

La democraticità formale di un sistema che preveda una divisione territoriale dei poteri di governo e che assicura un ampio coinvolgimento della cittadinanza locale alla gestione dei affari della rispettiva collettività, può non corrispondere ad un egual grado di democraticità sostanziale degli esiti di quei processi decisionali dal basso, per quanto inclusivi e partecipativi.

La garanzia principale attribuita al federalismo è sicuramente quella di impedire un eccessivo ed ingiustificato trasferimento/accentramento di poteri al governo federale che si traduca in una dispotica, onnicomprensiva e soffocante imposizione autoritaria dal centro, che svilirebbe completamente la libertà riconosciuta agli Stati di determinare autonomamente un gran numero di scelte politiche.

La Corte ha il compito delicatissimo di comporre i conflitti e conciliare gli interessi divergenti tra Federazione e Stati secondo criteri coerenti con la lettera o lo spirito della Costituzione. Tale operazione cruciale e continua di mediazione e bilanciamento di forze, principi e interessi differenti/divergenti mette nelle mani della Corte Suprema un potere politico potenzialmente dirompente, il cui sano e corretto utilizzo in senso democratico dipende sicuramente da una serie di condizionamenti e contingenze provenienti dalla politica istituzionale, dalla situazione economica e sociale e dall'orientamento dell'opinione pubblica, ma che, in definitiva, dipende molto dalla sensibilità politica e ideologica, dallo qualità professionale e dallo spessore etico-morale e culturale dei singoli giudici componenti la Corte.

Se il potere da un lato si pluralizza in modalità dinamiche e processuali oggi particolarmente fluide e flessibili, dall'altro in maniera apparentemente contraddittoria si concentra in un Presidente sempre più forte.

La richiesta e ricerca di punti fermi a cui fare affidamento per individuare certezze giuridiche in un ambiente altamente frammentato, eterogeneo, mutevole e confuso, spesso carente di sufficiente coordinazione, in cui i rapporti fra i soggetti istituzionali plurali dell'ordinamento composto creano contrasti normativi e ambiguità, diventando sempre più instabili e indeterminati, porta ad un indiscusso protagonismo della Corte Suprema quale arbitro finale della costituzionalità – che dovrebbe corrispondere a

democraticità – di ogni comportamento e atto dei poteri pubblici dell'intero ordinamento.

La centralizzazione del potere sia a livello orizzontale, con l'imponente rafforzamento del ruolo del Presidente rispetto al Congresso, che verticale, con il passaggio al federalismo cooperativo che di fatto ha ridotto gli spazi d'autonomia statale, è stata convalidata dalla Corte Suprema e resa possibile tramite una lettura (evolutiva di fatto modificativa) delle disposizioni costituzionali che fosse coerente e funzionale a tali tendenze.

Nulla toglie che la Corte possa agire da argine alle eccessive tendenze alla centralizzazione del potere - nonostante sia organo del *federal government* - così come ha fatto con la bocciatura del *I New Deal* e come ha ripreso a fare nella fase del *New Federalism*.

L'ambiguità maggiore della giurisprudenza più recente della Corte Suprema, che non permette di individuare al suo interno un indirizzo stabile e coerente, suscita un rinnovato interesse di ricerca sull'annosa questione del rapporto fra *judicial review*, federalismo e democrazia.

La Corte Suprema, in maniera intraprendente e coraggiosa, ha dato prova, in diverse occasioni, di voler difendere la democrazia, andando contro le decisioni statali e quindi vincolando e limitando il federalismo, ad esempio quando si è battuta per affermare la necessaria uniformità del diritto in settori cruciali come quello delle libertà e dei diritti fondamentali, anche estrapolando in maniera singolare nuovi diritti dalla Costituzione e assicurandone il rispetto a livello nazionale.

In molti altri casi, al contrario, non si è dimostrata altrettanto audace nel censurare comportamenti antidemocratici posti in essere non solo dal livello statale ma anche federale.

All'inizio del mandato del nuovo Presidente Trump, che suscita non pochi timori e dissensi non solo a livello interno, non si può che auspicare una penetrante e scrupolosa attività di controllo da parte del sistema giudiziario federale e ovviamente, al suo vertice, della Corte Suprema, affinché sappia vigilare sulla democraticità delle scelte presidenziali e, se necessario, bloccarle, agendo in tal modo da istituzione antimaggioritaria per finalità democratiche.

## BIBLIOGRAFIA

- Ackerman B.A., *“Beyond Carolene Products”*, Harvard Law Review 98, (Feb) n.4, Cambridge (Massachusetts), 1985.
- Ackerman B.A., *“Transformative Appointments”*, in 101 *«Harvard Law Review»*, 1988, pp.1164 e ss.
- Ackerman B.A., *“We The People, I, Foundations”*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.
- Ackerman B.A., *“We the people, II, Transformations”*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1998.
- Adler M.D., *“State sovereignty and the anti-commandeering cases”*, in *The Supreme Court’s Federalism: real or imagined, The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol.574, March 2001, Frank Goodman ed., pp. 158-172.
- Alexander L. (a cura di), *“Constitutionalism: Philosophical foundations”*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.
- Amar A.R., *“The Bill of Rights and the Fourteenth amendment”*, in *“Yale Law Journal”*, 1992, CI, pp.1193 e ss.
- Amar A.R., *“The Bill of Rights: creation and reconstruction”*, Yale University Press, New Haven, 1998.
- Amato G., *“Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione (alla luce dell’esperienza statunitense)”*, Giuffrè, Milano, 1964.
- Anderson E., *“Integration, affirmative actions, and strict scrutiny”*, in *N.Y.Uni.L.Rev.*, vol.77, pp. 1195 e ss.
- Bagni S., *“Stato autonomico e composizione degli organi di giustizia costituzionale”*, in *Le istituzioni del Federalismo*, n.2, 2002, in *Rivista di studi giuridici e politici*, Maggioli Editore, Rimini.
- Bailyn B., Wood G.S., *“Le origini degli Stati Uniti”*, Il Mulino, Bologna, 1987.
- Barberis M., *“Breve storia della filosofia del diritto”*, il Mulino, Bologna, 2004
- Barbisan B., *“Designazione e nomina dei giudici alla Corte Suprema degli Stati Uniti”*, in *Giornale di storia costituzionale*, n.5, I semestre 2003.
- Barbisan B., *“Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti”*, il Mulino, Bologna, 2008.

- Barron J. A., Dienes C.T., “*Constitutional Law in a Nutshell*”, Thomson West, Eagan (MN), 2005.
- Barsotti V., “*L’arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema*”, Giappichelli, Torino, 1999.
- Bassani L.M., “*Dalla rivoluzione alla guerra civile. Federalismo e Stato moderno in America 1776-1865*”, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009.
- Bauman Z., “*La società dell’incertezza*”, il Mulino, Bologna, 1999.
- Bauman Z., “*Modernità liquida*”, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- Beard C., “*Interpretazione economica della Costituzione degli Stati Uniti d’America*”, Feltrinelli, Milano, 1959.
- Beitzinger A.J., “*A History of American Political Thought*”, Eugene, Oregon, 1972.
- Bianchi P., “*La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*”, Giappichelli, Torino, 2000.
- Bickel A.M., “*The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*”, Yale University Press, New Haven, 1986.
- Bickel A.M., “*The Supreme Court and the Idea of Progress*”, New York, Harper & Row, 1970.
- Bilancia P., Pizzetti F.G., “*Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*”, Giuffrè, Milano, 2004.
- Bin R., “*L’ultima fortezza*”, Giuffrè, Milano, 1996.
- Bin R., “*La sovranità nazionale e la sua erosione*”, in A. Pugiotto (a cura di), “*Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*”, Jovene, Napoli, 2013.
- Bittker B.I., “*Bittker on the regulation of interstate and foreign commerce*”, Aspen Law and Business, New York, 1999.
- Bobbio N., “*Stato, governo, società: per una teoria generale della politica*”, Einaudi, Torino, 1980.
- Bognetti G., “*Dalla rule of law allo Stato amministrativo: il problema della giustizia nell’amministrazione in America*”, in *Jus*, 1987, vol.34, pp.11 ss.
- Bognetti G., “*Federalismo*”, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 6°, Utet, Torino 1991, pp.273-302.
- Bognetti G., “*Federalismo*”, Utet, Torino, 2001.
- Bognetti G., “*Introduzione al diritto comparato. Il metodo*”, Giappichelli, Torino, 1994.

- Bognetti G., *“Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. Vol. 1: La Costituzione liberale, Vol. 2: La Costituzione democratica”*, Giappichelli, Torino, 2000.
- Bognetti G., *“Malapportionment, ideale democratico e potere giudiziario nell’evoluzione costituzionale degli Stati Uniti”*, Giuffrè, Milano, 1996.
- Bognetti G., *“Federalismo, proprietà e libertà. Un ripensamento dell’esperienza federalista americana alla luce della giurisprudenza della Corte suprema”*, in *Jus*, 1979, XXVI, n.1, pp. 3-58.
- Bologna C., *“Advice and consent nell’evoluzione del federalismo americano”*, in *“Le istituzioni del Federalismo”*, Maggioli, 2002, n.2, pp. 395 ss.
- Bologna C., *“Dall’approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell’Obamacare”*, in *www.forumcostituzionale.it* (15 ottobre 2012).
- Bologna C., *“Stato federale e national interest. Le istanze unitarie nell’esperienza statunitense”*, BUP, Bologna, 2010.
- Bologna C., *“We the People o We the Judges?”*, in *Quaderni costituzionali*, Fascicolo 4, il Mulino, Bologna, dicembre 2014.
- Bonazzi T., *“Un Costituzionalismo rivoluzionario. Il Demos Basileus e la nascita degli Stati Uniti”*, in *“Filosofia Politica”*, V, dicembre 1991, n.2, pp.283 ss.
- Bork E., *“Il giudice sovrano”*, Liberilibri, Macerata, 2004.
- Bottaro G., *“Federalismo e democrazia in America. Da Alexander Hamilton a Herbert Croly”*, Aracne, Roma, 2013.
- Braveman D., Banks W.C., Smolla R.A., *“Constitutional Law: Structure and Rights in our federal system”*, M. Bender & co, 2<sup>nd</sup> ed., New York, 1991.
- Brest P., *“The misconceived quest for the original understanding”*, in *B.U.L.Rev.*, n. 60, 204, 1980.
- Breyer S., *“Making our democracy work. A judge’s review”*, Alfred A. Knopf, New York, 2010.
- Calabresi S.G., *“A Common law for the age of statutes”*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1982.
- Calabresi S.G., *“A Government of limited and enumerated powers: in defense of United States v. Lopez”*, in *Michigan Law Review*, 94, n.3, 1995, pp. 752-831.
- Calhoun C., *“Disquisizione sul governo e Discorso sul governo e la Costituzione”*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1986.

- Caminker E.H., “*Printz, state sovereignty and the limits of formalism*”, in “*Supreme Court Review*”, 1997, pp. 199 ss.
- Cantoni G., Pappalardo F. (a cura di), “*Magna Europa. L’ Europa fuori dall’Europa*”, D’Ettoris, Crotona, 2007.
- Cappelletti M., “*Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*”, Giuffrè, Milano, 1978.
- Cappon L. (a cura di), “*Adams-Jefferson Letters*”, Chaper Hill, University of North Carolina Press, 1959, voll.
- Cardozo B.N., “*The nature of the judicial process*”, 115, Yale University Press, New Haven, 1921.
- Carr R.K., “*Federal protection of civil rights*”, Cornell University Press, Ithaca (New York), 1947.
- Cavino M., Tripodina C. (a cura di), “*La tutela dei diritti fondamentali fra diritto politico e diritto giurisprudenziale: casi difficili alla prova*”, Giuffrè, Milano, 2012.
- Ceccherini E., “*La codificazione dei diritti nelle nuove Costituzioni*”, Giuffrè, Milano, 2002.
- Ceccherini E., “*La funzione del giudice nel crescente processo di osmosi fra ordinamenti: spunti di riflessione*”, in *Revista general de derecho comparado*, 8, 2011, pp. 1-29.
- Cheli E., “*Il giudice delle leggi: la Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri*”, il Mulino, Bologna, 1996
- Chemersinsky E., “*Constitutional law*”, Aspen Law and Business, New York, 2001.
- Chessa O., “*I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*”, Franco Angeli, Milano, 2005.
- Chiarelli G., “*Elasticità della Costituzione*” in *Studi in memoria di L. Rossi*, Giuffrè, Milano, 1952, pp.43 e ss.
- Choper J.H., Fallon R.H., Kamisar Y., Shrifffin S.H., “*Constitutional Law*”, West Group, St. Paul (Minnesota), 2001.
- Choudhry S., “*The Lochner era and comparative constitutionalism*”, Berkeley Law Scholarship Repository, vol.2, n.1, 2004, pp.1-55.
- Christensen R.K., Wise C.R., “*Dead or alive? The Federalism revolution and its meaning for Public Administration*”, in *Public Administration Review*, n.5, 2009, pp. 920-931.

- Colangelo A.J., “*Double Jeopardy and Multiple Sovereigns: a Jurisdictional Theory*”, in *Washington University Law Review*, n.4, 2008-09, p.769-857.
- Coleman J.L., Leiter B., “*Determinacy, objectivity, and authority*”, in *U.Pa.L.Rev.*, 142, 1993, p. 549 e ss.
- Comba M., “*Il Presidente degli Stati Uniti d’America: la persistenza del modello rooseveltiano*”, in Di Giovine A.e Mastromarino A., “*La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*”, Giappichelli, Torino, 2007.
- Comba M., “*Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il judicial federalism negli Stati Uniti*”, Casa editrice Jovene, Napoli, 1996.
- Conti G., “*Filibuster e nuclear option al Senato USA. L’effetto domino della nomina di Neil Gorsuch alla Corte Suprema degli Stati Uniti*”, in *Federalismi.it*, n.9, 3/maggio/2017.
- Cordray R., “*The Supreme Court’s role in American Federalism*”, in “*Restoring the balance to the American federal system. A report of the proceedings of the 1995 States’ Federalism Summit*”, The Council of State Governments, Lexington (Kentucky), 1996.
- Corso L., “*I due volti del diritto, élite e uomo comune nel costituzionalismo americano*”, Giappichelli, Torino, 2016.
- Corwin E., “*The passing of dual federalism*”, in A.T. Garvey (a cura di), “*American constitutional history. Essays by Edward S. Corwin*”, Harper and Row, New York, 1964.
- Corwin E.S., “*The Constitution and what it means today*” (Princeton University Press, New Jersey, 1938), Trad.it.: “*La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*”, Nistri-Lischi Editori, Pisa, 1958.
- Corwin E.S., “*The doctrine of judicial review. Its Legal and Historical Basis*”, Princeton University Press, Princeton, 1914.
- Corwin E.S., “*The twilight of the Supreme Court: a history of our constitutional theory*”, Yale University Press, New Haven, 1934.
- Currie D., “*Il federalismo statunitense*”, in A. Pace (a cura di), “*Quale dei tanti federalismi?*”, Cedam, Padova, 1997.
- Cushman, B., “*Rethinking the New Deal Court: The Structure of a Constitutional Revolution*”, Oxford University Press, New York, 1998.
- D. Armitage, “*La Dichiarazione d’indipendenza. Una storia globale*”, Utet, Torino, 2008.

- D'Aloia, *“Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale”*, Cedam, Padova 2002.
- D'Atena A., *“Approfondimenti di diritto costituzionale”*, Giappichelli, Torino, 2012.
- D'Ignazio G. (A cura di), *“Integrazione europea e asimmetrie regionali: modelli a confronto”*, Giuffrè, Milano, 2007.
- D'Ignazio G., *“Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America. Lo stato amministrativo fra Costituzione, leggi, giudici e prassi”*, Giuffrè, Milano, 2004.
- Dahl R.A., *“Decision-making in a democracy. The Supreme Court as a national policy-maker”*, in 6 J.Pub.L., 1957.
- Dahl R.A., *“Quanto è democratica la Costituzione americana?”*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2003 (Ed. originale *“How democratic is the american Constitution?”*, Yale University Press, New Haven, 2001).
- De Marco E., *“La sovranità dello Stato tra pluralismo e integrazione sopranazionale”*, in *Rivista di Diritto Pubblico e Scienze Politiche*, 1994, pp.233 ss..
- De Tocqueville A., *“La Democrazia in America”*, Rizzoli, Milano, 1997.
- De Vergottini G., Frosini T.E., *“Sul mito della Corte Costituzionale in-politica”*, Editoriale in *“Giustizia costituzionale e politica”*, *Percorsi Costituzionali*, n.2/3, 2010.
- Defeis E.F., *“A Constitution for the European Union? A Transatlantic perspective”*, in *Temple International & Comparative Law Journal*, vol.19, n.2, 2005.
- Dessi G., *“La Rivoluzione americana: tradizione e progresso”*, in C. Vasale, P. Armellini, *“La democrazia nell'età moderna”*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008.
- Di Martino A., *“Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo”*, Jovene, Napoli, 2016
- Dicey A.V., *“Introduction to the study of the Constitution”*, Mc-Millan, Londra, 1915.
- Dixon R., *“Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism”*, University of Chicago, in *Public Law and Legal Theory Working Paper* n. 348, May 2011, consultabile on-line alla pagina <http://ssrn.com/abstract=1833743>.
- Dowling N.T., *“Interstate commerce and state power”*, in *“Va.L. Rev”*, 1940, XXVII.
- Ducat C.R., Chase H.W., *“Constitutional interpretation”*, West Publishing and Co., St. Paul Minn., 1983.
- Elazar D.J., *“American Federalism. A view from the States”*, Thomas Crowell Company, New York, 1966.

- Elazar D.J., “*Cooperative federalism*”, in D.A. Kenyon-J. Kincaid (ed.by), “*Competition among States and Local Governments*”, Washington DC, The Urban Institute Press, 1991, 65.
- Elazar D.J., “*Idee e forme del federalismo*”, Comunità, Milano, 1995.
- Elazar D.J., “*The American partnership: intergovernmental co-operation in the nineteenth-century United States*”, University of Chicago Press, Chicago, 1962.
- Elliott M., “*The Constitutional Foundations of Judicial Review*”, Hart Publishing, Oregon, 2001.
- Ely J.H., “*Democracy and Distrust; a theory of judicial review*”, Harvard University Press., Cambridge (Mass.), 1980.
- Engdahl D.E., “*The necessary and proper clause as an intrinsic restraint on federal lawmaking power*”, in Harv.J.L. & Pub.Pol’y, 1998, XXII.
- Epstein R.A., Greve M.S., “*Federal preemption, States’ Powers, National Interests*”, American Enterprise Institute, Washington, 2007.
- F.E. Rourke, “*Bureaucracy, Politics and Public Policy*”, Little Brown, Boston-Toronto, 1984.
- Fabbrini S., “*Il presidenzialismo degli Stati Uniti*”, Laterza, Roma-Bari, 1993.
- Fabiano L., “*Le categorie sensibili dell’eguaglianza negli Stati Uniti d’America*”, Giappichelli, Torino, 2009.
- Farnsworth E.A., “*Introduzione al sistema giuridico degli Stati Uniti d’America*”, Giuffrè, Milano, 1979.
- Favoreau L., “*La légitimité du juge constitutionnel*”, in *Revue internationale de droit comparé*, 1994, pp. 557 ss.
- Feldman H., “*Objectivity in legal judgement*”, in *Minch.L.Rev.*, 92, 1994, p.551 e ss.
- Ferrajoli L., “*La sovranità nel mondo moderno*”, Laterza, Bari-Roma, 2004.
- Ferrarese M.R., “*Dal verbo legislativo a chi dice l’ultima parola: Le corti costituzionali e la rete giudiziaria*”, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 63, 2011.
- Ferrari G.F., “*Federalismo, regionalismo e decentramento del potere in una prospettiva comparata*”, in *Le Regioni*, n.4, 2001, p.589-647.
- Ferrerres-Comella V., “*Justicia constitucional y democracia*”, Madrid, 1997, p. 42 ss.
- Fioravanti F., “*Appunti di storia delle Costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*”, Giappichelli, Torino, 1997.

- Fisher L., *“American Constitutional Law”*, Carolina Academic Press, Durham (North Carolina), 2001.
- Fisher L., *“The politics of shared power: Congress and the Executive”*, Congressional Quarterly Press, Washington DC, 1981.
- Foner E., *“Storia della libertà americana”*, Donzelli Editore, Roma, 2009.
- Frankfurter F., *“The commerce clause under Marshall, Taney and Waite”*, University of Nord Carolina Press, Chapel Hill, 1937.
- Friedman B., *“The birth of an academic obsession: the history of the Countermajoritarian Difficulty”*, part five, in *“The Yale Law Journal”*, vol. 112, 2002.
- Friedman B., *“The history of the Counter-Majoritarian difficulty. I. The road to the judicial supremacy”*, in *New York University Law Review*, vol.73, n.2, 1998, pp.333 ss.
- Friedman B., *“The will of the people. How public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution”*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2009.
- Friedman L. M., *“Storia del diritto americano”*, Giuffrè, Milano, 1995.
- Friedrich C.J., *“Constitutional government and democracy. Theory and practice in Europe and America”*, Ginn & Company, Boston, 1950.
- Friedrich C.J., *“L'uomo, la comunità, l'ordine politico”*, Bologna, il Mulino, 2002.
- Friedrich C.J., *“The political theory of federalism”*, in *Federalism and supreme courts and the integration of legal systems*, ed. E. Mc Whinney, P. Pescatore, Heule-Bruxelles-Namur, 1973.
- Friedrich C.J., *“Trends of federalism in theory and practice”*, Praeger, New York, 1968.
- Fuller P., *“Is there a federal police power?”*, in *Columbia L. Rev.*, 1904, IV, pp.563 ss.
- Gambaro A., *“L'apporto della comparazione alla scienza giuridica”*, Giuffrè, Milano, 1980.
- Gambaro A., Sacco R., *“Sistemi giuridici comparati”*, UTET, Torino, 2008.
- Gamkhar S., *“Federal intergovernmental grants and the states”*, Edward Elgar Publishing, Northampton (Mass.), 2002.
- Gardbaum S., *“The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice”*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, n. 4, pp. 707-760.

- Garfinkel I., Rainwater L., Smeeding T., “*Wealth and Welfare States: Is America a Laggard or Leader?*”, Oxford University Press, New York, 2010.
- Gelernter D., “*Americanism: The Fourth Great Western Religion*”, Doubleday, New York, 2007.
- Gerotto S., “*Premesse metodologiche ad una teoria del dialogo tra giudice costituzionale e legislatore*”, Clueb, Padova, 2008.
- Glazer N., “*Il welfare state statunitense: ancora un’eccezione?*”, in M. Ferrera (a cura di), “*Stato sociale e mercato. Il welfare state europeo sopravviverà alla globalizzazione dell’economia?*”, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1993, p. 205.
- Goldoni M., “*La costituzione vivente di Bruce Ackerman*”, in *Quaderni costituzionali*, n.1, 2009.
- Gori Montanelli R., “*Il Federalismo e la Corte Suprema degli Stati Uniti*”, EPAP, Firenze, 2006.
- Gorla G., in “*Diritto comparato*”, in “*Enciclopedia del diritto*” vol.XII, Giuffrè, Milano, 1964.
- Gorlani M., “*Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*”, Giuffrè, Milano, 2004.
- Gorlani M., “*La dissenting opinion nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: un modello importabile in Italia?*”, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012.
- Greenbaum J. (a cura di), “*Giustizia costituzionale e diritti dell’uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*”, Giuffrè, Milano, 1992.
- Greer L.S., “*How does decentralisation affect the welfare State? Territorial politics and the welfare State in the UK and US*”, in *Journal of Social Policy*, 39, n.2, 2009, pp. 181 ss.
- Greve M.S., “*Real Federalism. Why it matters, how it could happen*”, American Enterprise Institute, Washington, 1999.
- Griffin S.M., “*Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*”, il Mulino, Bologna, 2003.
- Groppi T., “*I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza multilivello*”, in E. Paciotti (a cura di), “*I diritti fondamentali in Europa*”, Viella, Roma, 2011, p. 23-39.
- Groppi T., “*Il federalismo*”, Laterza, Roma, 2004.

- Grossi P., *“Mitologie giuridiche della modernità”*, Giuffrè, Milano, 2007.
- Guarnieri C., Pederzoli P., *“La democrazia giudiziaria”*, il Mulino, Bologna, 1997.
- Gusmai A., *“Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa”*, Cacucci, Bari, 2015.
- Gutteridge H.C., in *“Comparative law. An introduction to the comparative method of legal study and research”*, Cambridge: University Press, 1949.
- Halberstam D., Hills R.M., *“State autonomy in Germany and the United States”*, in *Annals of the American Academy of Political Social Science*, 574, March 2001, pp. 173- 184.
- Hamilton A., Madison J., Jay J., *“Il Federalista”*, Giappichelli, Torino, 1997.
- Hasen R. L., *“The Supreme Court and Election Law. Judging Equality from Baker v. Carr to Bush v. Gore”*, New York University Press, New York, 2003.
- Hearn W.E., *“The Government of England. Its structure and its development”*, Longmans, London, 1867.
- Hirschl R., *“Toward Juristocracy: the origins and consequences of the New Constitutionalism”*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2004.
- Holmes O.W., *“Opinioni dissenzienti”*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 16 3 ss.
- Horwitz M.J., *“The Warren Court and the Pursuit of Justice: A Critical Issue”*, Hill and Wang, New York, 1999.
- Hughes C.E., *“Speech before the Chamber of Commerce”*, May 3, 1907, in *“Public Papers of Charles Evans Hughes”*, Albany, N.Y., J.B. Lyons&Co., 1908, 139.
- Jackson V.C. , *“Federalism and the Court: Congress as the audience?”*, in *Annals of Political and Social Science*, March 2001, p. 154 e ss.
- Jensen M., *“The Articles of Confederation: An Interpretation of the Social-Constitutional History of the American Revolution, 1774-1781”*, University of Wisconsin Press, Madison, 1963.
- Kauper P.G., *“La regola del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale degli Stati Uniti”*, in G. Treves, *“La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale”*, UTET, Torino, 1971.
- Kelsen H., *“La giustizia costituzionale”*, Giuffrè, Milano, 1981.
- Kelsen H., *“Teoria generale del diritto e dello Stato”*, III ed., Edizioni di Comunità, Milano 1959.
- Kennedy D., *“A Critique of Adjudication”*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1997.

- Kennedy D., “*Il pensiero giuridico post-testualista: il caso degli Stati Uniti*”, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica. Testo e Diritto*, 1997, pp. 197 ss.
- Kennedy D., “*La distinzione tra giudice e legislatore*”, in *Rivista Critica di Diritto Privato*, n.3, 1997, pp.383-402.
- Kirk R., “*Le radici dell’ordine americano. La tradizione europea nei valori del Nuovo Mondo*”, Mondadori, Milano, 1996.
- Klaeman M.J., “*Bush v Gore. Through the lens of constitutional history*”, in *California L. Rev.*, 2001, vol. 101, p.1725 e ss.
- La Pergola A., “*Tecniche costituzionali e problemi delle autonomie garantite. Riflessioni comparatistiche sul federalismo e sul regionalismo*”, CEDAM, Padova, 1987.
- La Pergola A., “*Un momento del federalismo statunitense: entra in scena il New Deal*”, in AA.Vv. “*Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. scritti in onore di Costantino Mortati*”, Giuffrè, Milano, 1977.
- Lambert E., “*Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti: l’esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*”, Giuffrè, Milano, 1996.
- Levi L., “*La federazione: costituzionalismo e democrazia oltre i confini nazionali*” in “*Il Federalista*” di A.Hamilton, J.Madison, J.Jay, il Mulino, Bologna, 1997.
- Levy L., “*Original intent and Framers Constitution*”, Mcmillan Publishing Co., New York, 1988.
- Lewis C., “*The meaning of State Action*”, in *60 Column. L.R.*, 1960, p.1083 ss.
- Lipset S.M., “*American Exceptionalism: A Double-Edged Sword*”, New York: W.W. Norton, 1996.
- Locke J., “*Due trattati sul governo*”, UTET, Torino, 2010.
- Locke J., “*Senso comune*”, Liberilibri, Macerata, 2006.
- Lombardi G., “*Lo Stato federale. Profili di diritto comparato*”, Giappichelli, Torino, 1987.
- Lombardi G., “*Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*”, Giuffrè, Milano, 1986.
- Lucarelli A., “*Teorie del presidenzialismo: fondamento e modelli*” Cedam, Padova, 2000.

- Luciani M., “*Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*”, in N. Zanon e F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza politica*, Giuffrè, Milano, 2001, 109 ss.
- Lupoi M., “*Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*”, Esi, Napoli, 2001.
- Lutz D.S., “*The origins of American Constitutionalism*”, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1988.
- Magrassi M. (a cura di), “*Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*”, CEDAM, Padova, 2011.
- Mahoney D.J., “*The declaration of Independence as a Constitutional Document*”, in *The Framing and Ratification of the Constitution*, MacMillan, New York, 1987.
- Malfatti E., Panizza S., Romboli R., “*Giustizia costituzionale*”, Giappichelli, Torino, 2013.
- Martinico G., “*L’integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*”, Jovene, Napoli, 2009.
- Mattei U., “*Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d’America*”, Giuffrè, Milano, 1988;
- Matteucci N., “*Il costituzionalismo americano e la democrazia moderna*”, in *La rivista Il Mulino*, fascicolo n.10, Bologna, il Mulino, 1963, pp.1002-1019.
- Matteucci N., “*La Rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*”, il Mulino, Bologna, 1987.
- Maurois A., “*Storia degli Stati Uniti*”, Mondadori, Milano, 1953.
- McConkie P.J., “*Civil Rights and Federalism Rights: is there a More Perfect Union for the heirs to the promise of Brown?*”, in *B.Y.U.L.Rev.*, 1996, pp.389 ss.
- McConnell M.W., “*Institutions and interpretation: a critique of City of Boerne v. Flores*”, in <<*Harv.L.Rev.*>>, 1997, CXI.
- McCoy T.R., Friedman B., “*Conditional federal spending: Federalism’s Trojan Horse*”, in “*Sup.Ct.Rev.*”, 1989, pp.85 e ss.
- Mcllwain C.H., “*La rivoluzione americana: un’interpretazione costituzionale*”, Il Mulino, Bologna, 1965.
- McPherson J., “*Battle cry of freedom. The civil war era*”, Oxford University Press, New York, 1988.
- Michelman F., “*La democrazia e il potere giudiziario*”, Dedalo, Bari, 2004.
- Miller P., “*Lo Spirito della Nuova Inghilterra. Da colonia a provincia*”, il Mulino, Bologna, 1965.

- Miller P., *“Lo Spirito della Nuova Inghilterra. Il Seicento”*, il Mulino, Bologna, 1962.
- Monateri P.G., *“Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici”*, Laterza, Roma-Bari, 2013.
- Morelli G., *“Nozioni di diritto internazionale”*, CEDAM, Padova, 1958.
- Morgan E.S., *“The birth of the republic”*, University of Chicago Press, Chicago, 1953.
- Murphy J., *“The Long Road to Gettysburg”*, Clarion Books, New York, 1992.
- Murray C., *“American Exceptionalism: An Experiment in History”*, AEI Press, Washington D.C., 2013.
- Nagel R.F., *“The implosion of American federalism”*, Oxford University Press, New York, 2001, pp.15 ss.
- Negrone A.A., *“Il modello e le origini della giustizia costituzionale degli Stati Uniti”*, Aracne, Roma, 2013.
- Nozick R., *“Anarchia, Stato e Utopia”*, Il Saggiatore, Milano, 2000.
- Olivetti Rason N., *“La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d’America”*, Cedam, Padova, 1984.
- Ortino S., *“Introduzione al diritto costituzionale federativo”*, Giappichelli, Torino, 1993.
- Paine T., *“The rights of man for the use and benefits of all mankind”*, Eaton, London, 1795.
- Pear R., Sanger-Katz M., Abelson R. *“Insurance Subsidies Remain, but So Do Health Law Questions”* in *The New York Times*, 25 giugno 2015.
- Pegoraro L., *“Giustizia costituzionale comparata”*, Giappichelli, Torino, 2007.
- Pegoraro L., *“Lineamenti di giustizia costituzionale comparata”*, Giappichelli, Torino, 1998.
- Perry M.J., *“Constitutional rights, moral controversy and the Supreme Court”*, Cambridge University Press, New York, 2008.
- Pierini A., *“Corte Suprema e legittimazione democratica: attualità di un dibattito teorico sull’equilibrio istituzionale nel costituzionalismo statunitense”*, in R. Toniatti, M. Magrassi (a cura di), *“Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali: dinamiche e confronti europei e comparati”*, CEDAM, Padova, 2011
- Pierini A., *“Crisi finanziarie e regulation dei mercati negli Stati Uniti d’America”*, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici “Gioacchino Scaduto”, Perugia, 2012.
- Pin A., *“La sovranità in America. Il federalismo di fronte alla Corte Suprema dalle origini alla crisi economica contemporanea”*, CEDAM, Padova, 2012.

- Pinelli C., *“Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema”*, in *Associazione Italiana Costituzionalisti, Annuario 2006. La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa. Atti del XXI Convegno Annuale* (Roma, 27-28 ottobre 2006), Jovene, Napoli, 2010, pp. 21 ss.
- Pinna P., *“La costituzione e la giustizia costituzionale”*, Giappichelli, Torino, 1999.
- Pizzetti F., *“Federalismo, regionalismo e riforma dello Stato”*, Giappichelli, Torino, 1996.
- Pizzetti F.G., *“Bush v. Gore. Un nuovo caso di federalismo giurisdizionale”*, Giappichelli, Torino, 2002.
- Pizzetti F.G., *“Il ruolo delle Corti di Giustizia nei modelli federali”*, in *“Verso la Costituzione europea. Modelli di giuridici ed economici per la Costituzione europea”* (a cura di A.M. Petroni), Il Mulino, Bologna, 2001.
- Pizzorusso A., *“I sistemi di giustizia costituzionale: dei modelli alla prassi”*, in *Quaderni Costituzionali*, 1982, pp. 521 e ss.
- Posner R.A., *“Law, Pragmatism and Democracy”*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2003.
- Pound R., *“Law in Books and Law in Action”*, 44 *Am. L. Rev.*, 1910, pp. 12 e ss..
- Pound R., *“The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence”*, in 25 *Harv. L. Rev.*, 1912, p. 489.
- Powell H.J., *“The original understanding of Original Intent”*, in *Harvard Law Review*, n. 98, 1985.
- Regasto S.F., *“L’interpretazione costituzionale. Il confronto tra valori e principi in alcuni ordinamenti costituzionali”*, Maggioli Editore, Rimini, 1997
- Reigada A.T., *“Interpretazione costituzionale. Una riflessione”*, CEDAM, Padova, 2012.
- Rey M., *“Aspetti finanziari del federalismo negli Stati Uniti d’America”*, in AA. Vv. *“Il federalismo statunitense fra autonomie e centralizzazione”*, Clueb, Bologna, 1979.
- Rinella A., Tobia M., *“I giudici costituzionali nei sistemi federali”*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004, pp. 403-439.
- Rolla G. (a cura di), *“La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati”*, Giappichelli, Torino, 2003.
- Rolla G., Ceccherini E., *“Scritti di diritto costituzionale comparato”*, ECIG, Genova, 2010.

- Romeo G., “*Esercizi di common law constitutional interpretation: Obergefell v. Hodges e il diritto fondamentale al matrimonio tra persone dello stesso sesso*”, in *Rivista on-line Diritti Comparati*, 2015.
- Sacco R., “*Il concetto di interpretazione del diritto*”, Giappichelli, Torino, 2003.
- Salvadori M.L., “*Potere e libertà nel mondo moderno. John C. Calhoun: un genio imbarazzante*”, Laterza, Bari-Roma, 1996.
- Sarat A., Grossman J.B., “*Courts and conflict resolution: problems in the mobilization of adjudication*”, in *American Political Science Review*, 1975, vol.69, pp.1200-1217.
- Sargent N., “*The American judicial veto*”, *American Law Review*, 1917, XLI.
- Sayers-Fay K., “*Conditional federal spending: a block door to enhanced free exercise protection*”, in “*Cal.L.Rev*”, 2000, LXXXVIII, pp. 1296 ss.
- Scarciglia R., “*Introduzione al diritto pubblico comparato*”, il Mulino, Bologna, 2006.
- Scarciglia R., “*La forma di Stato decentrato*”, in AA. Vv. “*Diritto costituzionale e pubblico*”, Giappichelli, Torino, 2005.
- Scarciglia R., “*Metodi e comparazione giuridica*”, CEDAM, Padova, 2016.
- Scarlati P., “*Costituzionalismo multilivello e questione democratica nell’Europa dopo Lisbona*”, in *Rivista telematica giuridica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n.1, 2012.
- Schapiro R.A., “*Polyphonic Federalism. Toward the protection of fundamental rights*”, The University of Chicago Press, Chicago, 2009.
- Schapiro R.A., “*Toward a Theory of Interactive Federalism*”, 91 *Iowa L. Rev.*, 2005, pp.243-317.
- Schmidhauser J.R., “*State rights and the origin of the Supreme Court’s power as arbiter in Federal-State relations*”, in K.L. Hall (a cura di), “*A Nation of State. Federalism at the bar of the Supreme Court*”, Garland Publishing Inc., New York-London, 2000.
- Schwartz B., “*The great rights of mankind. A history of American Bill of Rights*”, Oxford University Press, New York, 1977.
- Schwartz B., Leshner S., “*Inside the Warren Court*”, Garden City, NY: Doubleday, 1983, pp.371-373.
- Sherry S., “*States are People too*”, in *Notre Dame Law Journal*, 1999-2000, pp.1121 ss.
- Silvestri G., “*La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*”, in *Riv. Dir. Cost.*, 1996, 1, pp. 3-74.

- Skowronek S., *“Building a new American State. The expansion of national administrative capacities 1877-1920”*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982.
- Somma A., *“Introduzione al diritto comparato”*, Editori Laterza, Roma, 2014.
- Sperti A., *“Corti Supreme e conflitti tra i poteri. Spunti per un confronto Italia-Usa sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale”*, Giappichelli, Torino, 2000.
- Stepan A., *“Democrazia e federalismo. Un'analisi comparata”*, in *Rivista italiana di scienza politica*, n.1, aprile 1998, pp. 5-54.
- Strauss D. A., *“The Living Constitution”*, Oxford University Press, New York, 2010.
- Strauss D.A., *“The modernizing mission of judicial review”*, in *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 271, August 2009, pp. 865-867.
- Strauss D.A., *“Is Carolene Product Obsolete?”*, University of Chicago Law School, Chicago, 2010.
- Sundquist J.L., *“Il nuovo federalismo di Ronald Reagan”*, in *Quaderni costituzionali*, n.1, 1982, p.263-291.
- Swindler W.F., *“The Constitution and the Chief Justice Marshall”*, Dodd, Mead & Company, New York, 1978.
- T.R. McCoy, B. Friedman, *“Conditional federal spending: Federalism’s Trojan Horse”*, in *“Sup.Ct.Rev.”*, 1989, pp.85 e ss.
- Tesauro P., *“Le Independent Regulatory Commissions. Organi di controllo dei pubblici servizi negli Stati Uniti”*, Jovene, Napoli, 1966.
- Tesauro P., *“Lezioni di diritto pubblico americano”*, Liguori editore, Napoli, 1976.
- Testi A., *“La formazione degli Stati Uniti”*, il Mulino, Bologna, 2003.
- Toqueville A.de, *“La democrazia in America”*, 1831.
- Toth F., *“Yes, we did? Luci ed ombre della riforma sanitaria di Obama”*, in *Riv.It.Sc.Pol.*, 2011, pp. 110 ss.
- Treves R., *“Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi”*, Einaudi, Torino, 1987.
- Tribe L.H., *“American Constitutional Law”*, Foundation Press, New York, 1988.
- Tribe L.H., *“The Invisible Constitution”*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Tribe L.H., Dorf M.C., *“Leggere la costituzione. Una lezione americana”* il Mulino, Bologna, 2005.
- Tushnet M.V., *“Alternative Forms of Judicial Review”*, in *Michigan Law Review*, August 2003, Vol. 101, n. 8, P.2781-2802.

- Tushnet M.V., “*Weak-Form Judicial Review and Core Civil Liberties*”, 41 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 1-22, 2006.
- Valelly R.M., “*American Politics. A very short introduction*”, Oxford University Press, New York, 2013.
- Valentini C., “*Le ragioni della Costituzione La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*”, Giappichelli, Torino, 2011.
- Ventura S., “*Il Federalismo*”, il Mulino, Bologna, .
- Vitale E. (a cura di), “*Quale federalismo?*”, Giappichelli, Torino, 2011.
- Volterra S., “*Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d’America (1874- 1910)*”, Giappichelli, Torino, 2003.
- Walker D.B., “*Qual è il ruolo più corretto del centro nel sistema federale?*” *Un argomento ancora dibattuto, controverso e attuale*”, in *Le Regioni*, n.1-2, 1994.
- Walsh J.W., “*True scope and meaning of the commerce clause*”, Barnard & Miller, Chicago, 1915.
- Warren C., “*The making of the Constitution*”, Little, Brown and Co., Boston, 1928.
- Wechsler H., “*The political safeguards of federalism: the role of the states in the composition and selection of the national government*”, in *Colum. L. Rev.*, 1954, LIV.
- Wheare K.C., “*Del governo federale*”, il Mulino, Bologna, 1997, (ed. originale “*Federal Government*”, Oxford University Press, New York, 1946).
- White G.E., “*The Constitution and the New Deal*”, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2000.
- Whittington K.E., “*Political Foundations of Judicial Supremacy: the Presidency, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. history*”, Princeton, NJ, 2007.
- Wiebe R. H., “*La democrazia in America*”, Il Mulino, Bologna, 2009.
- Williams N.R., Denning B.P., “*The new protectionism and the American common market*”, in *Notre Dame L. Rev.*, 2009, LXXXV, pp. 247 ss.
- Wilson W., “*Congressional Government*”, Houghton Mifflin, New York, 1885.
- Wolfe C., “*The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge-made law*”, Basic Books, New York, 1986.
- Wood G.S., “*The creation of the American Republic 1776-1787*”, North Carolina Press, Chapel Hill, 1969.

- Wood G.S., *“The Fundamentalists and the Constitution”*, in *“New York Review of Books”*, 18 febbraio, 1988.
- Zagrebelsky G., *“La giustizia costituzionale”*, il Mulino, Bologna, 1988.
- Zagrebelsky G., *“Principi e voti: la Corte costituzionale e la politica”*, Einaudi, Torino, 2005.
- Zick T., *“Are the States sovereign?”* in *Washington University Law Quarterly*, vol.83, n.1, 2005, pp.329-337.
- Zimmerman J.F., *“Contemporary American Federalism. The growth of national power”*, Praeger, New York- Westport, 1992.
- Zimmerman J.F., *“Federal preemption. The silent revolution”*, Iowa State University Press, Ames, 1991.