

# RIVISTA ITALIANA PER LE SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

6  
—  
2015



JOVENE EDITORE

# SAGGI

## Sguardi oltre Atlantico di costituzionalisti italiani fra gli anni Sessanta e gli anni Ottanta

---

Cesare Pinelli

SOMMARIO: 1. Quando e come nasce l'interesse per il costituzionalismo americano. – 2.1. Procedimento legislativo e forma di governo. – 2.2. L'organizzazione del governo. – 2.3. Il potere giudiziario negli ordinamenti statali. – 3.1. Sistemi elettorali e partiti. – 3.2. L'opposizione anticostituzionale. – 4.1. Il sindacato di costituzionalità sulle sfere di competenza degli enti territoriali. – 4.2. La giurisprudenza sull'eguaglianza del voto. – 4.3. I bilanciamenti sulla *privacy*. – 4.4. Delega legislativa e Corte Suprema. – 5.1. Il sistema federale e le tracce dell'origine pattizia. – 5.2. Il procedimento di revisione della Costituzione federale. – 6. Democrazia e redistribuzione. – 7. Fra tradizione e modernità.

### 1. *Quando e come nasce l'interesse per il costituzionalismo americano*

Negli scritti costituzionalistici di epoca liberale si indovina un'acritica ammirazione per le esperienze straniere, si tratti della democrazia francese o del parlamentarismo inglese, fino a quando l'*Allgemeine Staatslehre* non conquista quasi tutti. Più tardi Biscaretti di Ruffia e Chimienti, incoraggiati dallo stesso Mussolini, guardano agli Stati Uniti alla ricerca di sviluppi paralleli a quelli del regime fascista, come gli interventi pubblici in economia di Roosevelt, la dimensione plebiscitaria della sua rielezione e l'allineamento della Corte Suprema all'indirizzo presidenziale, anche se i giovani vicini a Bottai apprezzano piuttosto gli ideali di libertà e di eguaglianza che nutrono il mito fondativo del «*We the People*»<sup>1</sup>. Non mancano nemmeno i primi studi a carattere scientifico<sup>2</sup>, che però restano confinati all'ambiente accademico.

<sup>1</sup> Cfr. M. GALIZIA, *Gli scritti giovanili di Carlo Lavagna alla soglia della crisi dello Stato fascista*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Il pensiero giuridico di Carlo Lavagna*, Giuffrè, Milano, 1996, 21 ss.

<sup>2</sup> M. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo di costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Torino, Università di Torino, 1931; S. CATINELLA, *La Corte suprema federale nel sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, Cedam, 1934; G.B. RIZZO, *La Repubblica presidenziale*, Edizioni italiane, Roma, 1944; G. FERRI, *Le leggi elettorali degli Stati Uniti d'America*, Sansoni, Firenze, 1946.

Di tutto questo non rimangono tracce nei lavori della Costituente. Tra i più anziani domina l'antico «sentimento di sufficienza e di critica alla cultura giuridica anglosassone» proprio di Orlando e della sua scuola, ed anche i frequenti richiami di Calamandrei, Einaudi e Ambrosini alla storia costituzionale americana e in particolare alla Corte Suprema finiscono col «rappresentare un omaggio a un sistema costituzionale di cui si apprezza la lunga durata», piuttosto che servire alla «concreta costruzione dei diversi istituti»<sup>3</sup>.

In età repubblicana l'attitudine verso il diritto costituzionale di altri Paesi muta completamente solo negli anni Sessanta<sup>4</sup>, e stavolta si rivolge prevalentemente agli Stati Uniti. Proviene da giovani che hanno alle spalle una Costituzione anch'essa giovane, e si nutrono di una cultura – non solo giuridica – fiduciosa verso il futuro e aperta all'esterno, ma altrettanto esigente e attenta alle differenze. Cessato il senso di inferiorità delle generazioni precedenti, costoro non cercano un modello o ideali da importare, ma apprendimenti da un'esperienza comunque paradigmatica. In alcune aree servono filtri robusti, come nell'organizzazione costituzionale<sup>5</sup>, o nei sistemi elettorali e

<sup>3</sup> S. VOLTERRA, *La Costituzione italiana e i modelli anglosassoni con particolare riguardo agli Stati Uniti*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*. Tomo I: *Costituzione italiana e modelli stranieri*, il Mulino, Bologna, 1980, risp. 123 e 270. Questo studio, che rimane il più argomentato e documentato sul punto, ha consentito di confutare le tesi di una «recezione» o almeno di un forte influsso del costituzionalismo statunitense sulle scelte dei nostri Costituenti, sostenuta fra gli altri da Matteucci, Galeotti e Maranini (S. VOLTERRA, *La Costituzione italiana*, cit., 119). Sono altresì da ricordare le posizioni di grandi esuli antifascisti in America come Luigi Sturzo e Gaetano Salvemini (v. rispettivamente V.V. ALBERTI, *Caltagirone, Londra, New York. Dall'origine ai luoghi dell'esilio: cenni sulle idee di Luigi Sturzo sulla Costituzione*, e P. SCARLATTI, *Dall'America. Modello democratico e riflessione federalista nel contributo di Gaetano Salvemini*, in A. BURATTI e M. FIORAVANTI (a cura di), *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-48)*, Carocci, Roma, 2010, risp. 110 ss. e 123 ss.).

<sup>4</sup> Negli anni Cinquanta, al termine di un soggiorno ad Harvard, Vincenzo Gueli redige un saggio di taglio teoretico (V. GUELI, *Realtà e logica nel diritto (La Common Law e la nostra scienza giuridica)*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1954, 342 ss.), dove mantiene le premesse della tradizione giuridica continentale circa la portata necessariamente non creativa della giurisprudenza (cfr. L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in *La sentenza in Europa. Metodo tecnica e stile*, Atti del Convegno internazionale di Ferrara, 10-12 ottobre 1985, Padova, Cedam, 1988, 218).

<sup>5</sup> G. NEGRI, *Il leader del partito anglosassone. Osservazioni sulle tendenze monarchiche nei sistemi britannico e statunitense*, Giuffrè, Milano, 1958; L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1961;

nella disciplina dei partiti<sup>6</sup>. Ma anche dove servono di meno, si ricercano, al massimo, anticipazioni di problemi che potranno porsi da noi, come in certi indirizzi della Corte Suprema<sup>7</sup>, in taluni aspetti del sistema federale<sup>8</sup>, o nell'amministrazione e nel governo dell'economia<sup>9</sup>.

Una rassegna dei contributi più significativi vorrebbe ricostruire quella stagione, ad un tempo pionieristica per la comparazione e fruttuosa per l'esperienza e la formazione di una tradizione costituzionale in Italia<sup>10</sup>.

## 2.1. *Procedimento legislativo e forma di governo*

Il volume di Leopoldo Elia sul procedimento legislativo si colloca senz'altro fra i contributi dove la comparazione ha bisogno di

G. NEGRI, *Le istituzioni costituzionali degli Stati Uniti d'America*, Nistri-Lischi, Pisa, 1961; F. D'ONOFRIO, *La posizione dei ministri nel sistema di governo degli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 1966; S. VOLTERRA, *L'indipendenza del giudice negli Stati degli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1970.

<sup>6</sup> S. VILLARI, *L'elezione del presidente nel sistema costituzionale degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1961; S. VOLTERRA, *Sistemi elettorali e partiti in America*, Giuffrè, Milano, 1963; N. GRECO, *Conservatorismo e liberalismo nella Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Edistudio, Roma, 1970; A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d'America*, Cedam, Padova, 1977.

<sup>7</sup> G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione (alla luce dell'esperienza statunitense)*, Giuffrè, Milano, 1963; G. BOGNETTI, *Malapportionment. Ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1966; A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Bulzoni, Roma, 1974; M. PATRONO, *Sistema dei regulatory powers e Corte Suprema federale*, 1974.

<sup>8</sup> A. LA PERGOLA, *Sistema federale e Compact clause: premesse allo studio degli accordi conclusi dagli Stati membri della Federazione statunitense*, Giuffrè, Milano, 1961; N. OLIVETTI RASON, *Note sulle unità costitutive del sistema federale degli Stati Uniti. Stati membri e «territori»*, Giuffrè, Milano, 1967; A. LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici» e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1969; N. OLIVETTI RASON, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Cedam, Padova, 1984.

<sup>9</sup> P. Tesauro, *L'ordinamento del «Civil service» negli Stati Uniti d'America*, Jovene, Napoli, 1961; ID., *Le «Independent Regulatory Commissions». Organi di controllo dei pubblici servizi negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 1966; G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione. Un sondaggio nel Welfare statunitense*, il Mulino, Bologna, 1983; A. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia e sostegno della piccola impresa negli Stati Uniti*, Firenze, 1984.

<sup>10</sup> La limitazione così apportata allo studio non riguarda soltanto i contributi diversi dalle monografie, ma anche la ricerca delle occasioni di scambio fra giuristi italiani

maggiori filtri, tanto da presentarsi come «uno studio del diritto americano in sé considerato»<sup>11</sup>. L'obiettivo consiste nel demistificare la tesi di un Congresso ormai in declino a fronte della *leadership* presidenziale, con l'occhio non tanto all'Italia<sup>12</sup>, quanto all'assimilazione di Vedel e Duverger della forma di governo americana a quella britannica per la più o meno indiretta attribuzione della scelta del leader al corpo elettorale: la quale non considera che l'evento elettorale produce negli Stati Uniti non già un *premier* di regola incontrastato ma «un uomo fornito soprattutto del 'power to persuade'»<sup>13</sup>. Per altro verso Elia avverte della «sfida tecnologica di questi anni che grava su ogni collegio di 'politici', sul particolare tipo di personale che occupa cariche politiche, ed è costretto a inseguire problemi che si rinnovano a ritmo velocissimo nei loro stessi termini: inseguendo i problemi, anche i membri del parlamento più indipendente ed efficiente dell'universo sentono che le decisioni più importanti rischiano di sfuggire sia al Congresso che al Presidente»<sup>14</sup>.

Accantonata la tesi di un semplice dualismo Presidente-Congresso, l'A. formula l'ipotesi di lavoro che a garantire la diarchia sia piuttosto la poliarchia che regna nel Congresso, in forza della fluidità degli schieramenti politico-parlamentari ma anche del rilievo costituzionale attribuito alle articolazioni interne di ogni camera, e della tendenza di disposizioni e consuetudini costituzionali a perpetuare i lineamenti essenziali della forma di governo<sup>15</sup>. Da cui l'importanza dello studio del procedimento legislativo, visto come «la forma di governo in azione»<sup>16</sup>.

In effetti, la grande «dispersione del potere» all'interno delle due camere viene ricondotta a una serie di fattori, quali la titolarità

e americani (le borse Fulbright, la sede bolognese della John Hopkins University, l'Unidroit, il Centro Rockefeller di Bellagio, l'Istituto Universitario Europeo di Fiesole), nonché dell'importante ruolo di collegamento svolto da giuristi non costituzionalisti del calibro di Mauro Cappelletti e di Guido Calabresi.

<sup>11</sup> L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America* (1961), in *Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Giuffrè, Milano, 2005, 254.

<sup>12</sup> Dove comunque, a partire dal citato studio di Rizzo, aveva guadagnato consenso: v. ad es. A. PREDIERI, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei ministri*, Barbèra, Firenze, 1951, 16.

<sup>13</sup> L. ELIA, *Forma di governo*, cit., 255-256.

<sup>14</sup> L. ELIA, *Forma di governo*, cit., 257.

<sup>15</sup> L. ELIA, *Forma di governo*, cit., 261-263.

<sup>16</sup> L. ELIA, *Forma di governo*, cit., 425.

di «una illimitata libertà di iniziativa» in capo ad ogni parlamentare, la «priorità assoluta» che ciascuno accorda al suo rapporto con gli elettori, il fatto che la sua «carriera» si svolge quasi sempre all'interno della camera di appartenenza, la *seniority rule*, grazie a cui la presidenza delle commissioni è assegnata al membro più anziano anziché dipendere da scelte di partito, e ancora, il ruolo cruciale degli *standing committees*, dove si svolgono *hearings* che sono «lo strumento più vivo, più moderno, del procedimento legislativo americano», e dai cui lavori i membri dell'amministrazione sono viceversa esclusi in sede di discussione di un disegno di legge<sup>17</sup>.

Ad assumere «una forza centripeta di grande rilievo per lo svolgimento dell'attività legislativa» è piuttosto il Presidente, grazie a strumenti che oltre al veto comprendono l'iniziativa «materiale» delle leggi e l'*advocacy*, attività di persuasione sui parlamentari che non esclude talora il *patronage* e, in casi estremi, l'appello all'opinione pubblica per spingere un Congresso riluttante ad approvare un disegno di legge<sup>18</sup>.

Esaminato il procedimento legislativo dal punto di vista dei soggetti che vi prendono parte, Elia lo riguarda in termini teorici, chiedendosi tra l'altro se il mancato obbligo da parte delle Commissioni di prendere in esame un disegno di legge riduca l'iniziativa al rango di una petizione popolare. Qui, dopo aver considerato in linea generale «troppo spinta» l'assimilazione tra iniziativa legislativa e iniziativa giudiziaria prospettata da Galeotti nel tentativo di costringere «la formazione della legge in costruzioni dottrinali assai vicine a quelle del processo»<sup>19</sup>, quanto al diritto parlamentare statunitense nota che il procedimento legislativo, se non può avviarsi senza presentazione di un disegno di legge, può invece avere inizio a prescindere dall'invio di petizioni: altro è dunque «il rapporto di condizionalità e di semplice propulsione» fra disegno di legge e avvio del procedimento, ed altro il «carattere giuridicamente necessitato della serie degli atti», che, a parte l'atipicità dei procedimenti propria del diritto pubblico, nel diritto costituzionale può mancare o perché il procedimento non riguarda diritti o interessi dei singoli o perché po-

<sup>17</sup> L. ELIA, *Forma di governo*, cit., 270 ss.

<sup>18</sup> L. ELIA, *Forma di governo*, cit., 348-349.

<sup>19</sup> L. ELIA, *Forma di governo*, cit., 383, con riferimento a S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Giuffrè, Milano, 1957.

trebbe ritenersi politicamente inopportuno disciplinare con legge una certa materia<sup>20</sup>.

Anche dall'esame dei congegni procedurali, «il Congresso mostra quella sua irresistibile tendenza a dividersi e a suddividersi per rendersi inafferrabile alla presa di un *leader*», senza che i tentativi del 1946 di stabilire un contatto più stretto con l'esecutivo siano andati a buon fine: il fatto che la sua struttura sia rimasta immutata nei decenni dell'espansione presidenziale suona conferma della irriducibilità del modello statunitense a quello britannico, ciascuno dei quali ha una «logica interna, per cui è vano pretendere di cumulare i benefici della «*rivalry*» tra organismi costituzionali competitivi e i vantaggi della «*efficiency*», procurati da un solido raccordo tra l'esecutivo e il legislativo»<sup>21</sup>.

## 2.2. *L'organizzazione del governo*

Anche Francesco D'Onofrio invita a non confondere la preminenza del *Premier* inglese con quella del Presidente americano, dal momento che, al di là della loro comune rappresentanza dell'unità politica nazionale, tutto il resto è diverso, dal ruolo dei partiti e dell'opposizione alla posizione dei Ministri e delle Assemblee legislative<sup>22</sup>. Ma, al contrario di Elia, D'Onofrio accosta al massimo l'esperienza americana a quelle europee, ipotizzando «una fase di transizione il cui sbocco finale sarà il superamento dello Stato dei partiti», di cui vede i segni nella crisi di rappresentatività dei partiti, nella «riscoperta della sovranità popolare» e nella formazione di una pluralità dei centri di potere che pongono come negli Stati Uniti il problema della loro ricomposizione unitaria<sup>23</sup>.

Ciononostante, lo studio dell'organizzazione del governo americano porta lo stesso A. a metterne in evidenza le peculiarità. Se infatti il rapporto di proporzionalità diretta fra aumento dei compiti della Federazione e creazione di nuovi Dipartimenti, e più in generale la forte espansione degli apparati amministrativi a Costituzione invariata, segue un tragitto parallelo a quello che si verifica in Europa, lo

<sup>20</sup> L. ELIA, *Forma di governo*, cit., 387.

<sup>21</sup> L. ELIA, *Forma di governo*, cit., 427.

<sup>22</sup> F. D'ONOFRIO, *La posizione dei Ministri*, cit., 38.

<sup>23</sup> F. D'ONOFRIO, *La posizione dei Ministri*, cit., 50 ss.

stesso non può dirsi della politica estera e della difesa, vista la preminenza assunta dagli Stati Uniti nelle relazioni internazionali nel corso del Novecento. Ancora, quanto all'assetto dei rapporti fra istituzioni politiche, D'Onofrio perviene alla conclusione che è solo il Presidente «a realizzare il momento unitario del sistema», mentre a livello sub-presidenziale l'esecutivo si frammenta, impedendo la concentrazione nel Ministro e anche nel *Cabinet* della direzione politica. Questa viene recuperata non solo dalla linea verticale di responsabilità tra Ministri e Presidente ma anche dalla *leadership* in fatto da questi acquisita nella formulazione del programma legislativo e nel potere estero. L'incidenza del Congresso sulla forma di governo sarebbe ormai dovuta soltanto all'espansione dei suoi poteri di controllo, che raggiunge il vertice con la previsione della diretta responsabilità del *General Accounting Office* davanti al Congresso stesso<sup>24</sup>.

### 2.3. *Il potere giudiziario negli ordinamenti statali*

2.3. In un volume sul potere giudiziario Sara Volterra ricerca le ragioni che spinsero i legislatori di quasi tutti gli Stati a scegliere il sistema dell'elezione popolare e la limitazione del mandato dei giudici, e le individua nella diffidenza di ampi strati popolari per la *common law* a partire dall'epoca di Jackson, in particolare per una giurisprudenza dei tribunali federali preoccupata di garantire la proprietà e l'ordine pubblico anziché i diritti individuali<sup>25</sup>. Ai primi del Novecento, l'introduzione del *recall* nella normazione costituzionale di alcuni Stati, questa volta su esplicito impulso del Presidente Theodore Roosevelt, rifletteva a maggior ragione la convinzione che il giudice debba essere responsabile nei confronti del popolo come lo è il legislatore<sup>26</sup>.

Dopo aver esaminato il regime disciplinare e le garanzie di imparzialità dei magistrati, Volterra si sofferma sulla vigente disciplina del reclutamento, che riflette una critica crescente al sistema dell'elezione popolare, sempre più spesso sostituito dal *Missouri plan*, il

<sup>24</sup> F. D'ONOFRIO, *La posizione dei Ministri*, cit., 294 ss.

<sup>25</sup> S. VOLTERRA, *L'indipendenza del giudice negli Stati degli Stati Uniti d'America*, cit., 46 ss.

<sup>26</sup> S. VOLTERRA, *L'indipendenza del giudice*, cit., 73 ss. e 83 per la precisazione che l'istituto non è previsto in nessuno degli Stati ammessi di recente negli Stati Uniti.

quale prevede la designazione di una lista di eleggibili ad opera di *non partisan nominating commissions*, la successiva nomina da parte dell'esecutivo, infine la conferma o la revoca del nominato da parte del corpo elettorale. Inoltre le Costituzioni statali richiedono che i magistrati siano esperti di diritto, qualità che la giurisprudenza ritiene acquisita con l'ammissione all'esercizio della professione forense, per cui si può dire che un'estrazione e una formazione comune a giudici e avvocati sostituisca lo strumento del concorso utilizzato in Europa continentale<sup>27</sup>.

Nonostante queste significative correzioni di rotta, le discipline statali continuano a riflettere la visione del giudice come «un uomo inserito nella società in cui opera» cui la stessa A. sembra guardare con favore, il che a suo avviso non significa che l'elezione popolare favorisca sviluppi progressisti della giurisprudenza<sup>28</sup>.

### 3.1. *Sistemi elettorali e partiti*

In un secondo contributo Volterra mette in luce le peculiarità dei sistemi elettorali e della disciplina dei partiti americani anche rispetto alle teorie allora più in voga. In particolare, la tesi di Duverger che il maggioritario a turno unico sarebbe da solo in grado di produrre un assetto bipartitico trascurerebbe le barriere istituzionali e le tecniche elettorali che hanno impedito l'affermazione di terzi partiti in America<sup>29</sup>, senza contare che anche nell'ambito di un consolidato bipartitismo il sistema federale e la separazione dei poteri «comportano assai spesso la ripartizione delle responsabilità politiche fra partiti diversi nei diversi organi dello stato»<sup>30</sup>.

Vi è di più. La stessa disciplina dell'organizzazione di partito in rapporto alla funzione elettorale è dettata dagli Stati, taluni dei quali ostacolano per legge la formazione di partiti aventi un seguito puramente locale, e il rapporto fra partiti statali e federali è fortemente sbilanciato a favore dei primi anche per via della distribuzione di certi tipi di *patronage* ai membri del Congresso<sup>31</sup>. Le elezioni prima-

<sup>27</sup> S. VOLTERRA, *L'indipendenza del giudice*, cit., 319 ss.

<sup>28</sup> S. VOLTERRA, *L'indipendenza del giudice*, cit., 460, sulla scorta di un'opinione di Roscoe Pound.

<sup>29</sup> S. VOLTERRA, *Sistemi elettorali e partiti*, cit., 48.

<sup>30</sup> S. VOLTERRA, *Sistemi elettorali e partiti*, cit., 223.

<sup>31</sup> S. VOLTERRA, *Sistemi elettorali e partiti*, cit., 64.

rie, che pure si affermano in tutta la Federazione in reazione alle oligarchie partitiche dei *caucus* e delle *conventions*, si differenziano notevolmente in ragione dei requisiti di accesso e di funzionamento dettati sempre a livello statale<sup>32</sup>. Nello stesso tempo, il valore dell'indipendenza del parlamentare è sentito al punto che nemmeno Roosevelt, in difficoltà nel varo delle misure legislative del *New Deal*, riuscì a far valere per vie indirette la disciplina di partito<sup>33</sup>.

Il giudizio dell'A. sul funzionamento del sistema è comunque nettamente positivo, sia per l'incompatibilità che diversamente si creerebbe fra «un sistema potestativo frammentato che rende difficile la creazione di una solida, unita e coerente maggioranza» e un'elevata ideologizzazione della competizione partitica, sia perché le primarie hanno consentito di spezzare «quella dipendenza degli organi dello stato in confronto agli organi di partito, che si risolve nel dominio di un potere oligarchico»<sup>34</sup>. Giudizio sottoscritto dall'autorevole Prefatore, nell'auspicio che la lezione venga meditata dai «molti italiani di buona fede, ma incolti e acritici, per i quali i partiti sono tabù»<sup>35</sup>. Ma anche a Costantino Mortati il sistema delle primarie apparirà «degnò di attenzione, data l'esigenza sempre più avvertita di sottrarre, per quanto possibile, la selezione dei candidati a cariche pubbliche all'arbitrio delle oligarchie partitiche»<sup>36</sup>.

### 3.2. *L'opposizione anticostituzionale*

Al lavoro di Volterra sui partiti risulta complementare quello di Antonio Reposo sull'opposizione anticostituzionale, nella misura in cui segnala i limiti della capacità inclusiva del sistema.

In effetti, pur escludendo gli Stati Uniti dal novero delle democrazie protette per assenza di norme costituzionali sulla repressione dell'opposizione antisistema, ed anche di un dovere di fedeltà ricavabile anche implicitamente dal testo<sup>37</sup>, l'A. avverte subito della ri-

<sup>32</sup> S. VOLTERRA, *Sistemi elettorali e partiti*, cit., 157 ss.

<sup>33</sup> S. VOLTERRA, *Sistemi elettorali e partiti*, cit., 122 ss.

<sup>34</sup> S. VOLTERRA, *Sistemi elettorali e partiti*, cit., 224 ss.

<sup>35</sup> G. MARANINI, *Presentazione* a S. VOLTERRA, *Sistemi elettorali e partiti*, cit., VIII.

<sup>36</sup> C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Cedam, Padova, 1973, 335.

<sup>37</sup> A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione*, cit., 28 ss. e 136 ss., nonché 234, ove invece, alla luce degli indirizzi legislativi e giurisprudenziali che si riporteranno nel testo, ricomprende gli Stati Uniti fra le democrazie protette.

correnza nella storia costituzionale americana di discipline restrittive di gruppi e partiti, della propaganda contraria alle istituzioni, e di altre forme di opposizione anticostituzionale.

Reposo distingue vari filoni. Vi è quello che scaturisce dalla connessione di matrice contrattualista fra diritti individuali e *States' rights*, in ordine al quale mostra come la garanzia delle libertà ricollegabile alla separazione orizzontale del potere sia cosa diversa dalla presunzione, facilmente confutabile proprio in base all'esperienza statunitense, che le democrazie locali siano in quanto tali fattori di tutela dei diritti individuali<sup>38</sup>. Vi è la legislazione restrittiva dei diritti degli stranieri, dagli *Alien and Sedition Acts* dei primi del XIX secolo all'*Alien Registration Act* del 1940, recante peraltro in appendice lo *Smith Act*, significativo di una tendenza a fare della normativa dedicata agli stranieri considerati appartenenti o simpatizzanti per partiti fascisti o comunisti un modello per quella relativa ai cittadini delle medesime tendenze<sup>39</sup>. E vi è la legislazione della guerra fredda, che con l'*Internal Security Act* del 1950 imponeva l'obbligo di registrazione delle «organizzazioni comuniste» e istituiva Commissioni parlamentari d'inchiesta rivolte ad accertare non tanto le loro attività, quanto il legame con esse di persone o associazioni, esponendole alla riprovazione dell'opinione pubblica<sup>40</sup>.

Parallelamente Reposo ricostruisce gli indirizzi della Corte Suprema prestando attenzione all'evoluzione della *doctrine* del «*clear and present danger rule*», che, originariamente formulata dai giudici Holmes e Brandeis al fine di limitare la repressione del dissenso politico, viene declinata in «*clear and probable danger rule*» al fine di giustificare lo *Smith Act* (*Dennis v. United States* (1951)), e in questi termini è addotta nelle premesse dell'*Internal Security Act* a fondamento costituzionale dell'intervento legislativo<sup>41</sup>. Il giudizio su questa evoluzione giurisprudenziale è fortemente critico, non solo per l'immotivato rigetto delle censure di violazione del I emendamento e del principio di eguaglianza, in presenza di «privilegi odiosi» perpetrati a carico di un singolo partito politico e dei suoi membri, ma anche per l'inconciliabilità dell'atteggiamento assai

<sup>38</sup> A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione*, cit., 71 ss.

<sup>39</sup> A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione*, cit., 151 ss.

<sup>40</sup> A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione*, cit., 195.

<sup>41</sup> A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione*, cit., 206.

prudente in ordine alla legislazione anticomunista con l'indirizzo democratico contestualmente assunto dalla Corte sulle libertà civili e politiche<sup>42</sup>.

#### 4.1. *Il sindacato di costituzionalità sulle sfere di competenza degli enti territoriali*

Negli studi su altri aspetti del costituzionalismo americano, la comparazione può risultare più diretta che nei precedenti, sia pure con le cautele accennate all'inizio.

Quello di Giuliano Amato cerca nel lunghissimo sviluppo, soprattutto giurisprudenziale, dell'assetto federale risposte utili a inquadrare questioni di equilibrio fra sfere di competenza degli enti territoriali che potranno porsi in un ordinamento da poco instaurato, convinto che anche per «i problemi meno avvicinati ai nostri» l'esame delle diverse fasi di un sistema tanto maturo «offre una vasta gamma di soluzioni e di tendenze»<sup>43</sup>.

Muovendo dal presupposto che l'interpretazione giurisprudenziale dell'impianto federale abbia superato una lettura rigidamente dualista, in parziale dissenso da Antonio La Pergola<sup>44</sup>, Amato distingue un'accezione della *Commerce Clause* quale limite al potere degli Stati da un'altra quale fonte di competenza della Federazione, che potrà affermarsi solo nel XX secolo, in particolare con il forte intervento del legislatore federale dell'epoca del *New Deal*<sup>45</sup>. Il successivo esame della prima giurisprudenza costituzionale italiana lo porta a rinvenire significativi punti di convergenza, nella misura in cui la relativizzazione del concetto di 'materia' e il connesso ricorso al criterio teleologico scavalcano anche da noi l'impostazione dualista, e soprattutto a scorgere nel frequente ricorso a moduli di cooperazione fra legislatori locali e Congresso, arbitrato dalla Corte Suprema, una traccia per un analogo sviluppo in Italia<sup>46</sup>. Dove in effetti i moduli cooperativi si diffonderanno, anche qui propiziati dalla Corte costituzionale, a partire dagli anni Ottanta.

<sup>42</sup> A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione*, cit., 233.

<sup>43</sup> G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità*, cit., 19.

<sup>44</sup> A. LA PERGOLA, *Sistema federale e «compact clause»*, cit.

<sup>45</sup> G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità*, cit., 88 ss.

<sup>46</sup> G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità*, cit., 252 ss.

#### 4.2. *La giurisprudenza sull'eguaglianza del voto*

La giurisprudenza è del pari al centro dell'opera di Giovanni Bognetti, che trae spunto dalla sentenza con cui la Corte Suprema affermò l'obbligo degli Stati membri di conformarsi al principio «*One man one vote*» nel disegnare i collegi elettorali (*Reynolds v. Sims* (1964)), per ripercorrere il processo di democratizzazione dalla seconda Presidenza Roosevelt in poi: la condanna del *malapportionment* segnerebbe la definitiva affermazione del valore dell'eguaglianza, in cui ritiene consistere la democrazia, sull'«individualismo giuridico» della fase precedente, dominata dalla «santità della proprietà privata e dei contratti», nella quale perfino i mancati adeguamenti dei collegi elettorali alle prescrizioni delle Costituzioni degli Stati, in quanto non seguiti da reazioni popolari, potevano leggersi come acquiescenza della *law in the books* alla *law in action*, come aveva scritto il Justice Frankfurter nell'opinione dissenziente in *Baker v. Carr* (1962), che aveva aperto la via a *Reynolds*<sup>47</sup>.

Nonostante la sua lettura ricordi la tesi della «fine del liberalismo»<sup>48</sup>, Bognetti coglie un elemento di profonda continuità col passato. Il processo di democratizzazione, osserva, è stato guidato dalla Corte Suprema, così come era stata la sua giurisprudenza ad informare gli orientamenti precedenti. Per Bognetti le interpretazioni delle corti non sono mai vincolate dai testi normativi, senza però che la convinzione lo porti a prendere posizione nel vivacissimo dibattito di allora sull'interpretazione costituzionale, avviato dalla tesi della «*counter-majoritarian difficulty*» di Alexander Bickel<sup>49</sup>. Leggendo con occhiali crociani il peso determinante della Corte Suprema nella conformazione delle grandi scelte della collettività<sup>50</sup>, l'A. preferisce

<sup>47</sup> G. BOGNETTI, *Malapportionment, Ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1966, 229 ss.

<sup>48</sup> T.J. LOWI, *The end of liberalism: ideology, policy, and the crisis of public authority*, Norton, New York, 1969.

<sup>49</sup> A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1962.

<sup>50</sup> G. BOGNETTI, *Malapportionment*, cit., 272, sub (3), per il richiamo all'assunto che uno stato non può «concepirsi come ontologicamente costituito da istituti e strutture giuridiche *da un lato* e concrete attività umane individuali *dall'altro*: deve invece venir identificato interamente coi 'processi di azioni' in cui si concreta l'opera di governo (nel significato più lato del quale la parola è capace) che regge e disciplina la vita sociale» (B. CROCE, *Filosofia della pratica*, Bari, 1950, 347 ss.). Ricordo peraltro che molti

dimostrare che la Corte è pienamente partecipe dell'indirizzo politico, tramite pronunce così intensamente creative da «imprimere allo sviluppo del diritto una direzione che è l'autonoma scelta di quello stesso organo e porta l'impronta originale del suo orientamento politico»<sup>51</sup>.

In questo senso le sentenze che fissano il principio *One man one vote* segnano il culmine di una tendenza costante, anche se «Mai il potere coercitivo delle Corti in sede di *Equity* si era in passato esteso, per attuare la difesa di un principio costituzionale, a comprendere formalmente l'esercizio di una potestà legislativa»<sup>52</sup>. Col suo attivismo la Corte avrebbe sacrificato altri valori riconosciuti dalla Costituzione, tanto più in considerazione delle strutture «madisoniane» degli apparati governativi americani: «Intervenendo come è intervenuta, la Corte si è schierata con una certa tendenza politica contro altre tendenze politiche pur presenti nell'opinione pubblica del paese»<sup>53</sup>. Essa non si limita dunque a svolgere funzioni di freno e di controllo degli organi di indirizzo, secondo l'opinione allora dominante in Europa sulla funzione della giurisdizione costituzionale che Bognetti mira a demistificare, ma interviene attivamente nella sfera politica nell'intento di «far spazio ai principi della democrazia radicale-egualitaria»<sup>54</sup>.

#### 4.3. *I bilanciamenti sulla privacy*

Il libro di Antonio Baldassarre sulla *privacy* propone una lettura per certi versi opposta<sup>55</sup>. Ripercorre la lunga battaglia scientifica e poi giurisprudenziale intorno alla *privacy*, vista come un potente

anni prima, nella Prefazione a un volume sull'influsso della Scuola storica nel mondo di *common law* come in quello di *civil law* nel corso del XIX secolo, Roscoe Pound aveva denunciato il debito verso Croce: «My chief obligation is to Senator Benedetto Croce. His writings which were of special use to me are cited in the notes. In addition, I had the privilege of talking with him about the subject while the lectures were writing» (R. POUND, *Interpretations of Legal History*, New York, MacMillan, 1923, XVI). Ringrazio Nicola Cezzi per la segnalazione.

<sup>51</sup> G. BOGNETTI, *Malapportionment*, cit., 277.

<sup>52</sup> G. BOGNETTI, *Malapportionment*, cit., 323.

<sup>53</sup> G. BOGNETTI, *Malapportionment*, cit., 407.

<sup>54</sup> G. BOGNETTI, *Malapportionment*, cit., 435.

<sup>55</sup> A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Bulzoni, Roma, 1974, 14 ss.

mezzo di difesa dei privilegi proprietari o al contrario come estrinsecazione di una sfera di libertà individuale propria di ogni cittadino, secondo una linea che da John Stuart Mill giunge al saggio di Warren e Brandeis del 1890, e che lo stesso Brandeis tradurrà sul piano costituzionale una volta giunto alla Corte Suprema. Sarà alla fine questa linea a prevalere, distaccandosi dal liberalismo classico, che ancora distingue il regno della coscienza da quello dell'esteriorità, per il fatto che «portando la tutela dell'interiorità nell'ambito del diritto, le dà una forma giuridica e la collega al sistema dei diritti e dei doveri del cittadino»<sup>56</sup>. Ma è solo con il *dissent* del giudice Douglas a *Public Utilities v. Pollak* (1952) che avrebbe preso forma una teoria costituzionale del diritto di *privacy* vista come dignità della persona, e che in quanto principio di ogni altra libertà è tutelata non da una sola disposizione costituzionale, ma dall'intera serie di disposizioni sulle libertà fondamentali<sup>57</sup>.

Riferito invece alla libertà di espressione politica, il diritto di *privacy* verrà a lungo bilanciato con il *Loyalty System*, insieme dei provvedimenti adottati durante la Guerra Fredda onde circoscrivere il contenuto di quella libertà alle opinioni gradite al governo: in questo modo, osserva Baldassarre, il bilanciamento si traduce in un sindacato di ragionevolezza particolarmente deferente nei confronti del legislatore, e diventa uno strumento per contrastare la convinzione, sostenuta dai giudici dissenzienti Black, Douglas e dello stesso *Chief Justice* Warren, che il pensiero può essere combattuto soltanto col pensiero, motivo sottostante alla teoria di Holmes del *free marketplace of ideas*, con il corollario che lo Stato ha il potere di usare la sua forza coercitiva solo nei confronti di azioni, ove lesive di beni costituzionalmente protetti<sup>58</sup>.

Solo in *Griswold v. Connecticut* (1965), Douglas riuscirà a far prevalere la sua linea quale estensore dell'opinione della Corte, trovandosi contro però Black, fautore di un approccio letterale che esclude l'ipotesi, ricorrente nel caso, di riferire il diritto di *privacy* al di là della libertà di opinione garantita dal I Emendamento<sup>59</sup>. Da allora si moltiplicano le pronunce che dilatano l'area di operatività di

<sup>56</sup> A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, cit., 138.

<sup>57</sup> A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, cit., 159.

<sup>58</sup> A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, cit., 252 ss.

<sup>59</sup> A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, cit., 333.

quel diritto fino a comprendervi la libertà di aborto in *Roe v. Wade* (1973). A parte l'argomentazione, così fragile da far derivare la legalità dell'aborto da un fatto, quale l'alto tasso di mortalità negli aborti illegali, la critica dell'A. torna a investire un ricorso al bilanciamento che mostra «in una sola occasione tutti i pericoli e tutte le deformazioni sostanziali del giudizio di costituzionalità insiti nel *balancing test*», concorrendo «ad ampliare quel processo di 'decostituzionalizzazione' dei diritti costituzionali, che la più che ventennale applicazione del *balancing test* ha di fatto prodotto»<sup>60</sup>.

A tali «deformazioni» del giudizio di costituzionalità corrisponde per Baldassarre la indeterminatezza di un concetto di *privacy* inserito in uno schema che contrappone astrattamente l'individuo alla comunità statale, secondo un'impostazione privatistica propria della «impalcatura ideologica dello Stato liberale»<sup>61</sup>. Dopo che il totalitarismo ha dissolto il confine fra esterno e interno, fra azione e coscienza, il diritto di *privacy* avrebbe invece perso la vecchia dimensione di «diritto ad essere lasciati soli», per acquisire quella di fondamento di ogni libertà, «resa necessaria dai mutamenti istituzionali comportati dalle moderne democrazie di massa e dall'evoluzione scientifica, per la quale la 'coscienza' non è più in gran parte un mistero»<sup>62</sup>.

È un'ispirazione che trascende la collocazione costituzionale della *privacy*, e che si avverte nella giurisprudenza della Corte costituzionale durante il mandato di Baldassarre (1986-1995), il quale peraltro stende le prime pronunce dove il bilanciamento è non solo praticato ma teorizzato e costruito (v. ad es. sent.n. 177 del 1988). D'altra parte, nelle discussioni scientifiche allora avviate in Italia – da Leopoldo Elia a Sergio Bartole, da Alessandro Pizzorusso ad Augusto Cerri –, le mature costruzioni della Corte Suprema non furono materia di suggestione, ma occasione per ripensare i termini dell'intero dibattito sulla giustizia e sull'interpretazione costituzionale.

#### 4.4. *Delega legislativa e Corte Suprema*

Il contributo di Mario Patrono sui criteri di giustificazione costituzionale della delega legislativa, ignota alla Costituzione statuni-

<sup>60</sup> A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, cit., risp. 353 e 356.

<sup>61</sup> A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, cit., 467.

<sup>62</sup> A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, cit., 473.

tense, muove da una ricognizione delle ragioni istituzionali del ricorso all'istituto, a partire dall'«acefalia» che viene al Congresso dalla flessibilità di aggregazione dei partiti, da una serie di fattori interni alla sua organizzazione e al procedimento legislativo nonché dalla pressione delle *lobbies*, che riduce fra l'altro la qualità tecnica della legislazione<sup>63</sup>.

La premessa mira a spiegare l'ampio ricorso ad atti normativi di rango legislativo non adottati dal Congresso, fra i quali Patrono distingue: *a)* le *ordinances* governative, ritenute ammissibili dalla Corte Suprema in base al principio degli *implied powers*, e perciò funzionali all'esercizio degli *enumerated powers*; *b)* le *emergency ordinances* presidenziali, del pari ammesse dalla giurisprudenza solo in quanto riferibili ad *implied powers* e diversamente inammissibili, anche in caso di guerra, al di fuori di una delega legislativa; *c)* gli atti istitutivi di Autorità indipendenti, impropriamente assimilati secondo l'A. ad atti delegati, e piuttosto riconducibili all'esercizio di autonomia normativa da sempre riconosciuta dalla *common law*; *d)* i *contingency statutes*, atti governativi volti a sospendere gli effetti di una disciplina legislativa, ammessi dalla Corte Suprema in quanto non creativi di diritto; *e)* gli atti governativi adottati su delega del Congresso, che contrariamente alla giurisprudenza e a gran parte della dottrina statunitense l'A. ritiene di dover distinguere in atti di carattere strettamente esecutivo ed atti legislativi, ai quali soli è dedicato il resto dell'indagine<sup>64</sup>.

Patrono scandisce in tre fasi l'evoluzione dell'istituto, dall'epoca del wilsoniano *Congressional Government*, dominata dalla diffidenza per l'Esecutivo e per una tendenza a confinarne i poteri all'applicazione della legge, alla «rivoluzione costituzionale» del *New Deal*, allorché il ricorso alla delega legislativa diventa consueto, fino a una terza e più controversa fase, dove alla tesi della istituzionalizzazione della supremazia presidenziale l'A. oppone quella dell'equilibrio fra Congresso e Presidente, basandosi su un recupero della tutela dei diritti delle minoranze da parte del primo, sugli effetti delle perduranti differenze di *constituency* fra i titolari dei due poteri e soprattutto sul rilievo che nel procedimento di delega, peraltro non più frequente che nei regimi parlamentari, il Congresso interviene tanto nella fase di conferimento quanto in quella di controllo, così come nel proce-

<sup>63</sup> M. PATRONO, *Sistema dei «regulatory powers»*, cit., 42 ss.

<sup>64</sup> M. PATRONO, *Sistema dei «regulatory powers»*, cit., 66 ss.

dimento legislativo, a parti rovesciate, il Presidente interviene con pur informali iniziative e col potere di veto<sup>65</sup>.

Nell'analisi della giustificazione costituzionale dell'istituto, Patrono mette in luce la tendenza della Corte a dichiarare invalida ogni delegazione di potere legislativo per violazione della separazione dei poteri e del principio di matrice civilistica *delegatus delegare non potest*, salvo a circoscrivere l'indirizzo ai casi di mancata precostituzione legislativa di disposizioni di principio<sup>66</sup>. E se la *non-delegation doctrine* risalente a *Panama and Schecter v. United States* (1935) richiederà che tali disposizioni contengano un chiaro vincolo finalistico, un appropriato schema di regolamentazione e una precisa determinazione dell'ambito materiale, in seguito la giurisprudenza attenuerà notevolmente il rigore di simili enunciazioni<sup>67</sup>.

Nel criticare l'impostazione, l'A. osserva fra l'altro come la distinzione fra *legislation* come atto libero nel fine e *regulation*, l'atto delegato che sarebbe perciò al primo subordinato, trascuri i molti casi in cui la Costituzione introduce principi sostantivi che il legislatore è chiamato ad attuare, sicché non potrebbe escludersi che la *regulation* sia dotata di capacità innovativa al diritto vigente al pari dello *statute*; inoltre gli stessi principi in base a cui la Corte Suprema esclude la validità della delegazione di potere legislativo, compresa la spettanza al popolo della sovranità su cui si regge l'affermazione della non delegabilità di un potere già delegato dal popolo al Congresso, sarebbero privi di fondamento in termini di diritto costituzionale positivo<sup>68</sup>.

Per quanto la parte finale possa apparire influenzata dalla nostra dogmatica delle fonti, non bisogna trascurare che il saggio precede il fondamentale *overruling* compiuto sul punto dalla Corte Suprema con *INS v. Chadha* (1983).

### 5.1. *Il sistema federale e le tracce dell'origine pattizia*

Nel volume sui «residui contrattualistici» dell'ordinamento federale, Antonio La Pergola si propone di ricercare quanto del carat-

<sup>65</sup> M. PATRONO, *Sistema dei «regulatory powers»*, cit., 136.

<sup>66</sup> M. PATRONO, *Sistema dei «regulatory powers»*, cit., 156.

<sup>67</sup> M. PATRONO, *Sistema dei «regulatory powers»*, cit., 180.

<sup>68</sup> M. PATRONO, *Sistema dei «regulatory powers»*, cit., 200 ss.

tere associativo del processo di formazione dell'ordinamento sia rimasto inciso nella sua struttura. Prese le distanze dalla tesi jellinekiana dell'irrelevanza delle modalità di instaurazione ai fini della costruzione teorica dello Stato, come da quella del *federalizing process* propria di Friedrich, che assume di poter bandire la categoria di Stato dallo studio dei fenomeni federali<sup>69</sup>, l'indagine si incentra sulla teoria contrattualista, che mirando a conformare l'intera struttura federale rivendica per gli Stati non solo il diritto di secessione, ma anche il *right of nullification*, ossia il potere di disapplicare gli atti della Federazione ritenuti lesivi delle competenze statali, e il *right of interposition*, che l'A. qualifica come «lo strumento per paralizzare l'attività coercitiva degli organi federali ed in tal senso costituisce un diritto, per così dire, di ultima istanza»<sup>70</sup>.

Sostenitori e avversari della teoria si sono sempre mossi in un campo di istanze politiche variamente sostenute da costruzioni teoriche, dove non trova spazio la giurisprudenza, che interviene solo quando la posizione costituzionale dei membri della Federazione si sia assestata come sfera di autonomia anziché come potere sovrano<sup>71</sup>. Infatti i protagonisti dell'opera sono Calhoun, Jackson e soprattutto Story. Nei *Commentaries* questi rigetta la teoria contrattualista con l'argomento che potrebbe fondarsi solo sulla premessa che le Costituzioni degli Stati membri sorgano da un contratto fra individui, argomento che però, osserva l'A., riflette esso stesso la robusta corrente di pensiero contrattualista radicata nel culto puritano per il *social compact* e per la libertà dell'individuo<sup>72</sup>.

Dai *Commentaries* La Pergola estrae tuttavia l'elemento fondamentale per la sua costruzione: il principio del *consent*, che, in quanto riferito da Story soltanto all'accordo della maggioranza degli elettori di ciascuno Stato, ne trascura l'importanza per comprendere un sistema federale provvisto di «un doppio livello di competenze, il cui esercizio è in ogni caso affidato a rappresentanti direttamente o mediamente scelti dal popolo», senza che per questo la sua orga-

<sup>69</sup> A. LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici»*, cit., 6 ss.

<sup>70</sup> A. LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici»*, cit., 61.

<sup>71</sup> A. LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici»*, cit., 84.

<sup>72</sup> A. LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici»*, cit., 110, e 118 per la notazione che l'identificazione del contratto nel dogma della libertà assoluta trascura di considerare che libertà politica e libertà naturale non coincidono neanche nella teoria lockiana del contratto sociale, assunta da Story come paradigma della teoria contrattualista.

nizzazione rimanga assorbita nella forma dello Stato costituzionale: il consenso diventa così «un principio organizzativo» volto a garantire «la partecipazione od anche, talvolta, la mera adesione del potere locale alle attività – all’esercizio delle competenze – della federazione (e viceversa)». Mentre per i contrattualisti l’origine pattizia continua a impregnare l’intero sistema, col risultato di confondere la Costituzione con un trattato internazionale, per l’A. essa «non offre all’interprete il criterio *individuativo* dello Stato federale...bensì un fatto per più versi *rilevante*, del quale non si può non tener conto nel ridurre a sistema le caratteristiche strutturali del federalismo americano»<sup>73</sup>.

Su questa premessa La Pergola distingue le ricadute del principio del *consent* sul sistema a seconda che si consideri il profilo statico o quello dinamico. Dal primo punto di vista, la Costituzione consentirebbe di cogliere le forme in cui si estrinsecava la sovranità statale se gli Stati stessi non avessero accettato di spogliarsene, come dimostrano il *government of enumerated powers* in sede centrale, la competenza esclusiva della Corte Suprema sulle controversie interstatali e il criterio di composizione del Senato. Lo stesso vale quando si tratti di ricavare da principi generali la soluzione di problemi lasciati aperti dal testo, come la *concurrent jurisdiction* fra Stati membri e Federazione, e i margini di applicabilità del diritto internazionale ai rapporti fra membri di una Federazione non regolati dalla Costituzione, margini pensabili solo se l’ordinamento federale sia di origine pattizia<sup>74</sup>.

Sul piano dinamico la Costituzione rigida, che negli Stati membri serviva solo a limitare la sovranità del legislatore, nell’ordinamento federale serve pure a rimuovere il principio di unanimità e quindi a limitare la sovranità degli stessi Stati, dal momento che l’abilitazione a promuovere o a ratificare gli emendamenti li investe di una funzione federale. Diverso è il discorso sui limiti alla revisione costituzionale, tanto più importante dopo che la Corte Suprema ha ammesso la sindacabilità dei vizi formali e materiali degli emendamenti. La Pergola confuta la tesi di matrice contrattualista che annovera fra i limiti alla revisione ogni riduzione dei poteri costituzionalmente riservati agli Stati, implicitamente desunto dalla sottrazione te-

<sup>73</sup> A. La Pergola, *Residui «contrattualistici»*, cit., 126.

<sup>74</sup> A. LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici»*, cit., 157 ss.

stuale alla revisione dell'eguale diritto di voto al Senato di ogni Stato senza il consenso dello stesso (art. V Cost.): non solo l'interpretazione consolidata della clausola è in senso opposto, ma la tesi avvertita trascura la strettissima connessione delle norme costituzionali che tutelano gli Stati con le altre<sup>75</sup>.

Inerisce invece al principio del *consent* l'impossibilità giuridica di estromettere gli Stati membri dall'*amending power*, vero e proprio limite alla revisione costituzionale<sup>76</sup>. Lo conferma la frequente identificazione del tratto tipico di uno Stato federale nella partecipazione degli Stati al procedimento di revisione, nella misura in cui svela, almeno come tendenza strutturale, la matrice pattizia del suo procedimento di formazione. Per contro, negli Stati ad autonomia «ottriata» dal centro, compreso lo Stato regionale italiano, non solo tale partecipazione difetta, ma la stessa potestà di autoorganizzazione delle Regioni a statuto speciale è riservata ai relativi statuti approvati con legge costituzionale<sup>77</sup>.

Anche le regole di ammissione di nuovi Stati alla Federazione e più in generale il regime di *membership*, che richiedono il consenso tanto del Congresso quanto degli organi legislativi degli Stati interessati, confermano la rilevanza dell'origine storica della Federazione, collocando gli Stati Uniti in una via di mezzo fra le Confederazioni e i sistemi decentrati. La teoria contrattualista, che vorrebbe fare dell'ammissione il rovescio del diritto di secessione, si imbatte nelle stesse difficoltà che incontra a tale riguardo, confermate stavolta da un'abbondante giurisprudenza<sup>78</sup>.

## 5.2. *Il procedimento di revisione della Costituzione federale*

Anche Nino Olivetti Rason riferisce la «dinamica costituzionale» statunitense al procedimento di revisione, che però intende come crescente tendenza ad introdurre modifiche sostanzialmente costituzionali attraverso atti e procedimenti estranei a un sistema di revisione dall'elevato tasso di rigidità. La sfasatura si spiega secondo l'A. sul piano della cultura giuridica, posto che, nonostante la ma-

<sup>75</sup> A. LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici»*, cit., 263 ss.

<sup>76</sup> A. LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici»*, cit., 285.

<sup>77</sup> A. LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici»*, cit., 304.

<sup>78</sup> A. LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici»*, cit., 401 ss.

trice illuministica, il testo è interpretato da una dottrina e da una giurisprudenza rimaste fedeli alla tradizione del *law making judge*; d'altra parte, l'*amending power* suscita remore in ragione del «valore simbolico-carismatico» che il documento costituzionale ha assunto progressivamente nella società americana, di guisa che il ricorso alla revisione appare praticabile solo quando l'allarme per la discrasia accennata, dovuta in particolare agli indirizzi creativi della Corte Suprema, risulti insuperabile<sup>79</sup>. Un caso del genere si presentava alla vigilia del bicentenario della Convenzione di Filadelfia, quando un Comitato formato da personalità politiche venne incaricato di formulare progetti emendativi<sup>80</sup>. Da cui l'ulteriore utilità di uno studio sulle procedure di revisione.

Olivetti Rason mette in luce come la connessione del procedimento di cui all'art. V alla struttura federale si ricava, prima che dal testo, dalla sua nascita. Fu l'esigenza di superare la regola dell'unanimità richiesta per la revisione degli *Articles of Confederation*, la cui rigidità rendeva paradossalmente instabile il sistema, che portò alla Convenzione di Filadelfia, dove i delegati degli Stati si accorsero che nessuna soluzione del problema poteva funzionare senza un passaggio al sistema federale<sup>81</sup>.

Nell'esaminare le due procedure alternativamente previste dalla disposizione costituzionale, la via congressuale, la sola finora esperita, e la via della *Convention*, ciascuna delle quali articolata in una fase di proposta e in una di ratifica, l'A. sottolinea che mentre è richiesto che i membri del Congresso ritengano «necessaria» la proposta, ciò non è previsto ove siano gli Stati a richiedere una *Convention*, e addebita la differenziazione al fatto che, quali autori del patto costituzionale, gli Stati erano i sicuri interpreti della vita dell'Unione, laddove il Congresso era soltanto uno strumento per la realizzazione del patto<sup>82</sup>.

Qui si potrebbe scorgere un altro «residuo contrattualistico», anche, se diversamente da La Pergola, Olivetti Rason preferisce ri-

<sup>79</sup> N. OLIVETTI RASON, *La dinamica costituzionale*, cit., 79 ss.

<sup>80</sup> N. OLIVETTI RASON, *La dinamica costituzionale*, cit., 10, ove riporta il resoconto di J. SUNDQUIST, *Il crescente interesse per le riforme istituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 1983, 208 ss.

<sup>81</sup> N. OLIVETTI RASON, *La dinamica costituzionale*, cit., 40 ss.

<sup>82</sup> N. OLIVETTI RASON, *La dinamica costituzionale*, cit., 146.

correre nella sua indagine al canone letterale o a quello dell'*Original Intent of the Framers*<sup>83</sup>.

## 6. *Democrazia e redistribuzione*

Nel periodo considerato Amato dedica un secondo saggio agli Stati Uniti, occupandosi dell'evoluzione del *Welfare* nei settori sanitario e dell'edilizia. Anche qui trova largo spazio la dinamica del federalismo, poiché il pendolo mercato/Stato è strettamente connesso alla prevalenza delle legislazioni statali su quella federale o viceversa al di là della pur fondamentale evoluzione giurisprudenziale sulla *Commerce Clause*: se la «Grande Società» di Kennedy e Johnson equivale a un apice dell'interventismo pubblico e del federalismo cooperativo avviati col *New Deal*, l'amministrazione Reagan riduce i compiti del governo centrale con un corrispondente ritorno al federalismo duale<sup>84</sup>.

Sebbene Reagan sia ancora al suo primo mandato, egli prevede un declino strutturale del *Welfare* americano e ne indica le ragioni. Nota certo le conseguenze inattese delle riforme degli anni Sessanta, come la lievitazione dei costi delle prestazioni sanitarie che i riformatori avevano ipotizzato di finanziare con una crescita che invece non ci sarà, e i tentativi di contrastare con ausili federali ai costruttori privati il degrado di centri urbani ormai abitati da poveri spesso negri, permettendo così ai costruttori di comprare case vecchie a poco prezzo e di rivenderle a prezzi speculativi, con oneri a carico del governo federale<sup>85</sup>. Ma a questi errori di impostazione aggiunge le specificità di un Governo federale «messo al passo dai poteri decentrati, dal Congresso, dalle *constituencies* locali e quindi solo apparentemente sul ponte di comando, ma di fatto cedevole sportello, davanti a pressioni più forti di lui»<sup>86</sup>, nonché assediato «dai gruppi di

<sup>83</sup> Analogamente, N. OLIVETTI RASON, *La dinamica costituzionale*, cit., 198, esclude l'ipotesi che il X emendamento, secondo cui i poteri non delegati alla Federazione né costituzionalmente proibiti agli Stati sono riservati rispettivamente agli Stati o al popolo, abbia modificato le modalità di ratifica degli emendamenti previste dall'articolo V, dal momento che nel 1787 l'intervento diretto del popolo nel procedimento di revisione era stato consapevolmente respinto.

<sup>84</sup> G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione*, cit., 88.

<sup>85</sup> G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione*, cit., 61.

<sup>86</sup> G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione*, cit., 66.

interesse – i medici, gli ospedali, i costruttori di case – ciascuno dotato di una propria area di decisione e di una forza sufficiente a difenderla»<sup>87</sup>.

Un confronto con la vicenda europea diventa possibile, sia perché quegli stessi interessi particolari possono annidarsi nei partiti, sia perché comuni sono le riflessioni che si vanno facendo sulle due sponde dell'Atlantico sul governo delle società complesse, un «governo debole», in quanto afflitto da *path-dependence*, oltre che dalla contraddizione fra uno sviluppo che fornisce le risorse necessarie a realizzare obiettivi egualitari e nello stesso tempo genera gruppi sociali sempre più diversificati. L'alternativa consisterebbe nel ricorrere «all'educazione collettiva», con un conseguente dilemma per le politiche redistributive in termini di democrazia<sup>88</sup>.

Amato lascia aperto il dilemma fra governo debole e governo giacobino, anche se lo ridimensiona con la proposta, che si farà strada da noi, di differenziare i livelli essenziali e uniformi delle prestazioni relative ai diritti sociali, oggetto di «ragionevoli margini di tutela» da parte dei pubblici poteri, dai livelli ulteriori, che superando quella soglia possono dar luogo a «una arbitraria definizione degli stessi bisogni», e il cui godimento andrebbe perciò rimesso a scelte dei singoli circa l'uso migliore del loro reddito<sup>89</sup>.

Sono ormai alle spalle la spensieratezza da *deficit spending*, ma anche la fiducia nel futuro, che negli anni Sessanta avevano pervaso l'Occidente.

## 7. *Fra tradizione e modernità*

La rassegna ha mostrato quanto variegato fosse il ventaglio di temi, di metodi, di canoni interpretativi, di scelte culturali, di propositi dei nostri studiosi. Ma ha pure fatto emergere la loro comune percezione dell'originale rapporto fra tradizione e modernità caratte-

<sup>87</sup> G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione*, cit., 67.

<sup>88</sup> G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione*, cit., 114.

<sup>89</sup> G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione*, cit., 112, dove, consapevole di muoversi su un terreno minato, aggiunge: «Ciò suona molto sgradevole ai nostri orecchi». Sebbene prevista dalla riforma sanitaria del 1978, la soluzione dei «livelli essenziali» non era praticata, perché smentiva l'idea-forza di un'espansione indefinita dei diritti a prestazione pubblica. La l.cost. n. 3 del 2001 la generalizzerà alle prestazioni pubbliche relative ai diritti civili e sociali.

ristico del costituzionalismo americano. Li abbiamo visti misurarsi con una giurisprudenza percorsa dalla tensione tra fedeltà al testo ed esigenza di un suo adattamento tramite interpretazioni evolutive o bilanciamenti, con una struttura federale destinata a proiettare nel futuro le tracce della sua stessa formazione, con una forma di governo che si lascia modellare variamente nei cicli politico-costituzionali senza sacrificare un minimo di equilibrio fra poteri, con processi di democratizzazione in grado di rinsaldare periodicamente, dalle primarie all'affermazione dell'eguale diritto di voto, la legittimazione del sistema.

Un rapporto originale, quanto paradigmatico. Allora, gli Stati Uniti simboleggiavano la punta avanzata della modernità nell'immaginario collettivo, riflettendone i conflitti, e allo stesso tempo indicavano come le vie per affrontarli potessero risolversi nel diritto costituzionale in variabili combinazioni fra stabilità e mutamento<sup>90</sup>. Allora, Costantino Mortati poteva riconoscere che negli Stati Uniti «alla molteplicità ed alla varietà dei gruppi di pressione si riconnette quel fenomeno di mobilità sociale che contraddistingue la società americana permettendo ad essa di raggiungere una certa omogeneità», spiegando l'assenza di «spirito di classe» proprio con la circolazione delle *élites* e con una mentalità «contraria ad ogni passivo sfruttamento dei redditi (specie di quelli ereditari, o accumulati da altri)»<sup>91</sup>. Allora, dopo le grandi svolte di *Brown v. Board of Education* (1954) e della legislazione sui diritti civili degli anni Sessanta, e prima dell'avvento dei conflitti identitari, sembrava in via di superamento perfino il «male costituzionale» del razzismo<sup>92</sup>.

Intanto, attraverso un'esperienza tanto diversa anche per la natura dei conflitti da affrontare, si stava formando una tradizione co-

<sup>90</sup> Pur suscettibili di letture tanto diverse come quelle del *Chief Justice* Marshall in *McCulloch v. Maryland* (1819), di Oliver Wendell Holmes, di ascendenza darwiniana, di Roscoe Pound, di impronta storicistica, di John Dewey, ispirata allo sperimentalismo democratico.

<sup>91</sup> C. MORTATI, *Le forme di governo*, cit., 334. Sul suo ricorso alla teoria classica delle forme di governo, con conseguente attenzione ai correlativi equilibri sociali, C. PINELLI, *L'esperienza costituzionale degli Stati Uniti d'America e la teoria delle forme di governo di Mortati*, in M. GALIZIA (a cura di), *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 2007, specie 821 ss.

<sup>92</sup> La definizione è di D.J. RICHARDS, *Italiani d'America*, Presentazione di G. AMATO, Giuffrè, Milano, 2004, 208. Il volume è dedicato all'atteggiamento razzista nei confronti degli immigrati italiani nel trentennio 1890-1920.

stituzionale che declinava a suo modo quelle combinazioni fra stabilità e mutamento. Al termine del mandato di giudice e Presidente della nostra Corte (1976-1985), Leopoldo Elia adduceva «l'esempio classico» della Costituzione americana per osservare come, «per aiutare la vita del diritto di un paese, bisogna che il diritto costituzionale sia sufficientemente fermo e sicuro per taluni aspetti, ma anche elastico e a maglie larghe per altri aspetti», aggiungendo di non ravvisare alcuna ironia nella descrizione delle formule del *Bill of Rights* come «*glorious ambiguities*», perché «è proprio il carattere elusivo dei loro contenuti che ha reso possibile un continuo dinamico adattamento delle dottrine costituzionali inteso a rispondere ai bisogni di una libera pluralistica società in continua evoluzione. La precisione, se ha un posto d'onore nella redazione di ordinanze urbane, sarebbe una condanna a morte per una costituzione vivente»<sup>93</sup>.

<sup>93</sup> L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., 222-223.