



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

2016

FASCICOLO 1

(ESTRATTO)

DANIELE ROMEO

A proposito del testo *Judicial Activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, a cura di L. Pereira Coutinho, M. La Torre, S.D. Smith, in *IUS Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, vol. 44, Cham, Springer International Publishing Switzerland, 2015

DANIELE ROMEO*

A proposito del testo *Judicial Activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, a cura di L. Pereira Coutinho, M. La Torre, S.D. Smith, in *IUS Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, vol. 44, Cham, Springer International Publishing Switzerland, 2015

Il volume affronta, in modo problematico, il tema del «*Judicial Activism*»; espressione introdotta da Arthur Schlesinger in un saggio del 1947 per indicare, con buona dose di criticismo, una certa tendenza nell'approccio ermeneutico tenuto dalla Suprema Corte americana. Sebbene tale termine sembrerebbe aver riscosso considerevole fortuna in ambito accademico, la sua traduzione in un concetto propriamente giuridico non pare un compito agevole. Nondimeno, i contributi nel testo raccolgono la sfida concettuale e si assumono il compito di offrire alcune letture in grado di fornire un appiglio semantico su cui fondare la successiva riflessione.

Il testo è diviso in tre parti. La prima, dal taglio teorico generale, comprende i saggi di La Torre, Alexander, Almeida Riberio, Smith e Legrand. La seconda sezione si concentra sull'analisi del sintagma *judicial activism* attraverso diversi prismi concettuali, tra cui la filosofia morale, la scienza politica e la teoria costituzionale, attraverso i contributi di Allan, Nogueira de Brito, Fidalgo del Breitas e Coutinho. La parte conclusiva, costituita dalle riflessioni teoriche di

* Dottorando di ricerca in “*Teoria del Diritto e Ordine Giuridico ed Economico Europeo*”, Università “*Magna Græcia*” di Catanzaro.

Sampaio, Urbano, Vihlena de Freitas, Schwarzschild e Coutinho, affronta il problema dalla prospettiva di diversi contesti ordinamentali tra cui quello eurounitario. Per offrire una breve panoramica dei notevoli spunti di riflessione offerti dal testo sembra utile soffermarsi, seppur brevemente, sul *central core* delle diverse riflessioni proposte, nell'ottica di evidenziare quanto sia variegato e complesso il dibattito e sottolineare (senza alcuna pretesa di esaustività) alcuni dei passaggi argomentativi più interessanti.

L'analisi critica dell'enunciato appare, spesso, come il pretesto per avviare una seria riflessione sulle prassi giudiziarie nel contesto ordinamentale europeo e in quello statunitense, segnate, negli ultimi anni, dalla crescente tendenza, da parte dei giudici, a rivendicare un ruolo normativo e politico. Si tratta del nodo centrale della riflessione del volume, che si interroga, pure, sull'eventualità che tale tendenza possa costituire, per certi versi, un'usurpazione del potere legislativo. Le opinioni degli Autori possono essere collocate lungo uno spettro ai cui estremi è possibile incontrare, da un lato, le posizioni espresse da Massimo La Torre¹ – il quale difende la dimensione interpretativa e argomentativa delle decisioni giudiziali, che implicano il giudicante nell'esercizio di un ragionamento pratico –, dall'altro, le concezioni di Lawrence Alexander – che, al contrario, guarda con sospetto l'esercizio da parte dei giudici di quelle ragioni che lo stesso autore definisce «ragioni pratiche di primo ordine». Muovendo dalla prospettiva classica secondo cui i giudici sarebbero «attori passivi

¹ M. LA TORRE, *Between Nightmare and Noble dream: Judicial Activism and Legal Theory*, in *Judicial Activism. An interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, a cura di L. Pereira Coutinho, M. La Torre, S.D. Smith, in *IUS Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, vol. 44, Cham, Springer International Publishing Switzerland, 2015, 3.

nella scena del diritto»², l'idea di un giudice attivo – scrive La Torre – suonerebbe come un ossimoro, oppure come un cattivo giudice³.

Nondimeno il sintagma attivismo giudiziale potrebbe significare che il giudice esercita il proprio ufficio non soltanto come un mero applicatore delle leggi, ma come produttore del diritto, sebbene in una dimensione più limitata. In tal senso più che un giudice attivo – secondo l'A. – si dovrebbe parlare di un giudice legislatore o attore politico o che riempie le lacune di legge in via giurisprudenziale con un'autorità comparabile a quella di un legislatore.

Per discutere e comprendere il ruolo dei giudici è necessario, secondo La Torre, considerare tre prospettive diverse: (i) il modo in cui si concepisce la costituzione di una società; (ii) come si concepisce il ragionamento dei giudici nell'applicare il diritto; (iii) quale sia, infine, la natura del diritto. In base alle risposte che si offrono a tali interrogativi, muta il significato di attivismo giudiziale⁴. Riprendendo la distinzione proposta da Charles McIlwain tra “costituzionalismo degli Antichi” e “costituzionalismo dei Moderni”, La Torre fa osservare come nel “costituzionalismo dei Moderni” il potere giudiziale appare innanzitutto sottomesso alla Costituzione giacché non è possibile ipotizzare un potere costitutivo originato prima della Costituzione stessa. Inoltre, un'accezione forte di costituzionalismo potrebbe concepire le norme della costituzione non soltanto come regole programmatiche ma come vere e proprie prescrizioni, cui le leggi gerarchicamente inferiori devono conformarsi.

² *Ibidem.*

³ *Ibidem.*

⁴ *Ivi*, 4.



Questa concezione *forte* della Costituzione sembrerebbe implicare un ruolo altrettanto forte del giudice, chiamato ad abrogare o dichiarare invalida la legislazione ordinaria allorché incostituzionale. Tuttavia, considerando che la legislazione ordinaria, attraverso la partecipazione rappresentativa dei cittadini, rappresenta la perpetuazione, in senso dinamico, del processo costituzionale, l'A si domanda se sia possibile che le decisioni politiche siano ostacolate da una decisione giudiziale. È possibile – si chiede ancora l'A. – che una decisione collettiva del popolo sia sostituita dalla volontà di pochi esperti di diritto o pochi «*Law-Lords*»? Come potrebbe ipotizzarsi una formula «*we the Judges*» come opposto o correttivo a «*we the people*»?

Una seconda problematica affrontata dall'A. concerne la pratica e la giustificazione del ragionamento giudiziale. Su questo versante del crinale, l'A. confronta due prospettive contrapposte: (i) la visione «*nightmare*» e (ii) quella «*noble dream*». Sebbene il termine greco *basileus* significhi re, oltre che giudice, per Platone, com'è noto, il giudice non svolge una funzione regale, nel senso che non produce diritto, ma applica le regole poste dal monarca. Si tratta di un'idea che ha avuto grande successo nel pensiero giusfilosofico, soprattutto dopo la rivoluzione francese, che, com'è noto, è stata anche una rivoluzione contro i giudici. L'idea alla base è che il giudice sia non più che la *bouche de la loi*; un semplice automa per l'applicazione del diritto. Con la rivoluzione, dunque, muta il paradigma di sovranità, il cui detentore diviene il popolo, ossia un'entità turbolenta e collettiva la cui volontà si concretizza nel diritto, che deve essere, appunto, semplificato e razionalizzato al fine di limitare quanto più possibile gli abusi perpetrati dai giudici. In questo contesto – fa osservare l'A. – l'interpretazione non

sembrerebbe giocare alcun ruolo chiave, e ciò poiché il diritto pretende di essere completo e senza alcuna lacuna da colmare.

Questa concezione «*noble dream*» (o forse «*nightmare*», nota l'A.) non parrebbe trovare riscontro nel modo in cui i giudici ragionano e applicano le regole, perché sebbene vi siano, certo, ragionamenti deduttivi in una decisione giudiziale, la razionalità espressa non è solo deduttiva ma eminentemente argomentativa e interpretativa. Il punto cruciale della tesi di La Torre è che le regole (così come i principi e gli standard) non sono riducibili ad algoritmi giacché la dimensione semantica e pragmatica assume maggiore rilevanza rispetto a quella sintattica; del resto «attraverso le regole puoi raccontare una storia, per mezzo degli algoritmi non puoi raccontare alcunché: due più due fa quattro non è una storia»⁵. Seguendo il pensiero dell'A. il significato delle regole, così come il loro *peso* pratico, non può essere ricostruito attraverso operazioni matematiche di mero calcolo. In realtà, parafrasando una nota formula di Wittgenstein, ripetuta poi da Hart, *le regole non regolano completamente la loro applicazione*, e ciò significa che la loro applicazione deve essere giustificata.

Il terzo passaggio argomentativo concerne il concetto di diritto; questione che, com'è noto, richiama la contrapposizione classica tra positivismo giuridico e diritto naturale. Secondo la riflessione di La Torre lo scontro tra queste visioni può essere riformulato in differenti modi. Per esempio la si potrebbe concepire nei termini di una contrapposizione sul ruolo che i fatti giocano nella deliberazione giuridica e nella normatività. Nella prospettiva positivista, i fatti giocano il ruolo principale, corrispondendo alle

⁵ *Ivi*, 6. Trad. dello scrivente.

regole positive; il che potrebbe condurre, per certi versi, alle tesi anti-logiciste dell'ultimo Kelsen. In contrapposizione a tale visione, il giusnaturalismo ritiene che i fatti siano determinazione o deduzioni di altre regole o di principi pratici trascendentali. Da tale prospettiva, dunque, i fatti sembrerebbero giocare un ruolo sussidiario.

Un altro modo di intendere la contrapposizione tra le due visioni classiche può essere proposto analizzando la ben nota disputa in merito al rapporto tra diritto e morale. Per il positivismo, com'è noto, il diritto può essere concepito senza alcun riferimento alla moralità. Dalla prospettiva giusnaturalista, invece, il diritto deve essere connesso in qualche modo ad alcuni criteri morali. Ovviamente, fa osservare La Torre, tali concezioni implicano diversi modi di concepire il ragionamento giudiziale e, di conseguenza, l'attivismo giudiziale. Dalla prospettiva positivista, si avverte la necessità di impedire qualsiasi discrezione giudiziale. Con l'avvento della codificazione il giudice non può essere molto più che un *subsumptionsautomat* come sostiene Laband. L'ordinamento concepito senza lacune non consente alcuno spazio per un ruolo attivo del giudice. Nondimeno, il pensiero positivista consente anche una diversa lettura, prospettata da John Austin, secondo cui il giudice passivo rappresenterebbe una funzione puerile, poiché la capacità di giudicare non è altro che "sovranità delegata" che, essendo sovranità come lo stesso potere legislativo, è inevitabilmente discrezionale. La Torre, sottolinea come il positivismo giuridico potrebbe supportare due diverse concezioni apparentemente opposte: la concezione continentale che vede nel giudice una macchina per trarre deduzioni giuridiche dalla legge senza bisogno di argomentazione o deliberazione morale e il positivismo di *Common law* britannica che, invece, assume la necessità di un potere

discrezionale. Tuttavia, esiste un comune denominatore, ossia il fatto che il diritto è inteso “com’è” non come “dovrebbe essere”.

Nella prospettiva giusnaturalista, pur nelle diverse correnti, i giudici non sono concepiti come macchine per deduzioni logiche; il loro compito, piuttosto, richiede l’attività della deliberazione e tale deliberazione può essere guidata da valori o principi (più o meno obiettivi) che sono accessibili attraverso un ragionamento pratico e intuizioni morali. Sul versante giusnaturalista si registra anche l’opposizione tra concezioni che ritengono i valori incommensurabili destinati inevitabilmente allo scontro e visioni che puntano tutto sulla cosiddetta «*one right answer*». Per queste ultime la discrezionalità assoluta, ossia senza ragioni «*decisive and conclusive*»⁶, comprometterebbe il ruolo stesso del giudice.

Pur considerando che la passività del giudice è intesa come una virtù che richiama l’imparzialità del *soggetto*, la “*visione da incubo*” potrebbe portare a pensare ad un giudice *che scelga di non decidere* nel silenzio del legislatore. Tuttavia la passività, secondo La Torre, non può risolversi nel silenzio, nel *non liquet*. Il problema deve essere risolto presenti le diverse variabili prima individuate.

Per quanto riguarda il concetto del diritto, la fatticità richiesta dai modelli positivisti – che nel loro nobile sogno vedono il giudice come il giudice *bouche de la loi* – si scontra con il problema insormontabile che le regole di diritto non sono elementi mondani cui è possibile applicare la regola della causalità, ma sono proposizioni che devono essere riconosciute come leggi, capite e ricostruite nel loro significato. Tale significato non può essere frutto di un nominalismo volontaristico o di un decisionismo semantico à la

⁶ *Ivi*, 9.



Humpty-Dumpty, ma il senso deve essere valido intersoggettivamente poiché parte di un complesso di regole o, meglio di un gioco linguistico espresso nel contesto linguistico e culturale di una *forma di vita*. Se così non fosse ogni ascrizione di significato sarebbe una decisione che condurrebbe all'incubo di un giudice solipsistico. La posizione sposata da La Torre richiede un «*middle course*» tra il nobile sogno e la visione da incubo, ovvero sia una soluzione teorica che connetta funzionalmente la necessità di «*fit*» e di «*giustification*» che, secondo l'A., devono essere funzionalmente connesse poiché la prima necessita della seconda per offrirgli un significato oggettivo da riferirsi alle ragioni intersoggettive per agire, mentre la seconda necessita della prima per evitare il solipsismo e l'auto-compiacenza e ottenere una dimensione operativa.

Per quanto concerne l'attivismo giudiziale connesso al concetto di costituzione, quest'ultimo deve essere visto in una prospettiva dinamica⁷. Il momento costituente, secondo l'A., non esaurisce il discorso costituzionale che continua nella produzione legislativa ordinaria che riproduce gli schemi deliberativi e discorsivi adottati nella costituzione. In questo senso, la costituzione non è principalmente o unicamente un limite al legislatore ma «il motore che mantiene la democrazia in movimento»⁸, una sorta di «*prime mover*» istituzionale e normativo⁹. La Costituzione pone anche una serie di diritti individuali, la cui proclamazione non è solo retorica, e la cui applicazione non è sempre mediata dal legislatore. Da tale

⁷ *Ivi*, 12.

⁸ *Ivi*, 13.

⁹ *Ibidem*.



prospettiva l'attivismo del giudice costituzionale potrebbe risolversi nella protezione e applicazione della forza permanente del momento costituzionale, soprattutto nell'applicazione dei diritti ascritti ai cittadini, per cui il giudice dovrebbe «*fuel and monitor the legal force of those right*»¹⁰. La funzione fondamentale rimane quella di risolvere controversie che sono affermazioni individuali di diritti, per cui le parti chiedono che giustizia sia fatta attraverso gli occhi della costituzione. In questo caso i giudici non potrebbero rimanere passivi poiché svolgono un ruolo precluso al legislatore, il quale non può operare istituzionalmente *ad personam*.

Alla lettura di La Torre si contrappongono le riflessioni di Alexander¹¹. Nell'ottica di Alexander il sintagma attivismo giudiziale è normalmente utilizzato in senso dispregiativo, come dispregiativo potrebbe suonare, allo steso modo, il sintagma opposto «*judicial passivity*». Al fine di interpretare in modo proficuo il sintagma, l'A suggerisce di partire dalla definizione del paradigma corretto dell'attività del giudice che, semplicemente è quello di seguire e applicare il diritto¹². Nello svolgere questo compito i giudici possono sbagliare in due modi: (i) possono fallire nel seguire il diritto rifiutando di applicarlo, ed è il caso della «*judicial abdication*», oppure (ii) possono fallire nella fase dell'applicazione e della decisione, ossia allorché i giudici applicano norme che non sarebbero democraticamente autorizzati ad interpretare e applicare; dunque quando diventano creatori di diritto. Questa seconda ipotesi viene

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ L.A. ALEXANDER, *Judicial Activism: Clearing the Air and the Head*, in *Judicial Activism*, cit., 15 ss.

¹² *Ivi*, 15.



definita dall'autore «*judicial usurpation*». Ed è proprio quest'ultimo il caso paradigmatico del *judicial activism*.

Secondo l'analisi di Alexander, sussistono diversi livelli di «*judicial usurpation*». Vi è «usurpazione totale» quando i giudici senza alcuna autorizzazione giuridica creano delle norme e le applicano (secondo Alexander è il caso di molti esempi concernenti il diritto costituzionale). Vi è invece «usurpazione parziale» quando i giudici hanno il potere limitato di produrre norme, ma gli stessi agiscono «*immodestly*» affermando di avere più esperienza giuridica, in quanto giudici, degli altri attori del governo¹³. Per comprendere tale lettura pare necessario soffermarsi brevemente sulla concezione di Alexander in merito alla struttura delle norme. Queste si distinguono in regole – che sono norme algoritmiche – e *standard* – che impongono all'interprete di applicarle sulla base di un primo ordine di ragioni pratiche fissate dalle regole¹⁴. Il problema è in questo caso che i valori possono differire e l'applicazione degli *standard* divergere a seconda del ragionamento morale utilizzato (secondo Alexander, per esempio, i monarchici e i marxisti difficilmente potrebbero dibattere sul significato del segno stop, come difficilmente possono convergere sul significato di alcuni termini come giusto e equo)¹⁵. Quando i giudici applicano gli *standard* traducono questi ultimi in una serie di regole determinate o, quantomeno in un giudizio determinato. In questo passaggio si

¹³ *Ivi*, 16.

¹⁴ *Ivi*, 17. Per Alexander non esistono norme che possano giocare il ruolo dei principi come teorizzati da autori come Alexy e Dworkin. Infatti, secondo l'A., o i principi sono giuridici, e dunque sono *standard*, oppure sono principi morali. *Ivi*, 18.

¹⁵ *Ivi*, 16.



realizza usurpazione giudiziale allorché i giudici utilizzano gli *standard* per invalidare l'azione degli attori politici, per esempio utilizzando gli *standard* costituzionali per invalidare la legislazione ordinaria. In questo modo i giudici affermano la superiorità del primo ordine di ragioni morali. Nondimeno, per Alexander è dubbio che i giudici – che non hanno alcuna responsabilità democratica – posseggano un'abilità superiore nel discernere e applicare norme morali¹⁶. In aggiunta, il controllo di costituzionalità delle leggi coinvolge, sovente, il principio di proporzionalità che implica la valutazione del peso di interessi e valori differenti. Anche in questo caso, per Alexander, è dubbio che i giudici possano pesare i diversi interessi e valori in un modo più accurato di quello del legislatore. Piuttosto che dichiarare una superiorità in merito alla corretta interpretazione degli *standard*, i giudici, secondo l'A., «*should be extremely deferential toward those other governmental actors*»¹⁷. Soltanto quelle decisioni legislative che si mostrano arbitrarie, frutto di corruzione, o non rivolte ad un interesse pubblico possono essere oggetto di revisione giudiziale; è questo ciò che Alexander chiama «*minimal scrutiny or rationality review*». Pertanto, allorché i giudici sostengono che una particolare norma ha un diverso significato oppure coniano un nuovo principio come frutto del bilanciamento di diversi *standard*, stanno usurpando l'autorità legale, e nella tradizione costituzionalistica americana è possibile ritrovare diversi esempi di «*improper judicial immodestly*» come nel caso dell'aborto o del matrimonio tra persone dello stesso sesso. In sintesi la tesi di Alexander è che il problema dell'attivismo giudiziale

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ivi*, 17.

diviene concreto allorché i giudici commettono una usurpazione giudiziale, ossia quando agiscono *immodestly* nel convertire gli *standard* in regole.

Secondo Steven Smith il *judicial activism* è stato il principale nodo teorico affrontato dai costituzionalisti americani per almeno due o tre generazioni¹⁸. Nelle varie accezioni date al sintagma, una in particolare sembra attirare le principali attenzioni dell'A., ossia l'idea che l'attivismo giudiziale rappresenti un fenomeno tutto sommato positivo poiché le corti sarebbero strumenti di ragione nell'attività di governo. Nondimeno, nel contesto dell'attivismo, il concetto di ragione potrebbe collassare in qualcosa di opposto. L'analisi di Smith muove, anch'essa, da una disamina semantica del termine in questione, notando come spesso questo sintagma sia usato in senso dispregiativo da chi non condivide la decisione, che ne risulta sconfitto (chi ne esce vincitore la celebra, invece, come espressione di saggezza)¹⁹. Questa conclusione potrebbe condurre a ritenere il sintagma in questione puramente retorico, meramente espressivo del disaccordo con quanto deciso. Tuttavia per Smith il termine può continuare ad avere un proprio significato operativo se si tengono in considerazione due fattori: (i) l'impatto di revisione che hanno alcune decisioni e (ii) il fatto che nessuna decisione giudiziale può essere giustificata se non è supportata da un ragionamento legale convenzionale. L'attivismo giudiziario, dunque, connoterebbe quelle decisioni contrassegnate da un notevole impatto sulla legislazione nonché l'allontanamento dagli schemi del ragionamento giuridico

¹⁸ S.D. SMITH, *Judicial Activism and "Reason"*, in *Judicial Activism*, cit., 21 ss.

¹⁹ *Ivi*, 22-23.

convenzionale. La giustificazione normalmente offerta a tale divergenza risiede nell'idea che le corti siano «*institution of reason*». Considerando infatti che la politica è corrotta e mercenaria pensare che il diritto possa essere espressione di ragione sembrerebbe un'idea irresistibile.

Tuttavia non sono certo rari gli autori che criticano in modo netto decisioni della Corte suprema americana, per esempio bollandole come formalistiche ed inintelligibili²⁰. Per affrontare il discorso Smith analizza la «situazione discorsiva» in cui sembrerebbero operare le corti nella contemporaneità. In tale discussione le decisioni che si piccano di essere il prodotto di ragione, si tramutano in qualcosa di completamente opposto. In effetti, il discorso normativo oggi è contrassegnato da una certa cifra di pluralismo radicale e su determinati temi gli individui sono in disaccordo tanto sulle soluzioni quanto sulle premesse normative. Le diverse concezioni morali sono, sì, incommensurabili, ma ciò non preclude la possibilità del dibattito sociale. Nel caso del dibattito pubblico istituzionale, l'incommensurabilità delle posizioni appare problematica poiché la discussione dovrebbe strutturarsi su premesse condivise. Questo giudizio è particolarmente valido nel caso del ragionamento giudiziale ossia quando le corti trascinano dal confine del testo costituzionale e dei precedenti e si tramutano in veri e propri attori politici. Le corti infatti dovrebbero decidere sulla base di premesse e valori generalmente accettati; merce assai rara in un mondo pluralistico. Normalmente si ritiene che tali premesse risiedano in alcuni principi fondamentali come l'eguaglianza o la libertà. Nondimeno non mancano voci autorevoli che mettono in

²⁰ *Ivi*, 34. L'Autore cita, in merito, Daniel Farber e Michael Paulsen.

evidenza la vaghezza di questi concetti, definendoli come formule vuote²¹. Dietro l'illusione di un accordo sul significato di eguaglianza o libertà potrebbe allora esservi un criterio suscettibile di una qualche universalizzazione: l'idea che è sbagliato agire per cagionare male ad altri. Tale principio è il corollario di altre proposizioni di carattere affermativo che, per esempio, per i kantiani potrebbe essere l'imperativo di trattare gli uomini sempre come fini e mai come mezzi, mentre per i liberali potrebbe discendere dal principio del *equal concern and respect*; i cristiani, ancora, potrebbero far derivare tale principio dall'amore verso tutti i figli di Dio. Tali concezioni sono diverse, possono supportare lo stesso giudizio di valore, ossia che «*it is wrong to act from hatred or ill-will toward others*»²². Nondimeno, potrebbe essere un facile gioco retorico cercare di persuadere qualcuno che una data condotta è cagionata dal disprezzo o dall'odio e le corti non sono certo immuni da tale possibilità. In realtà la capacità di accertare i reali propositi di una condotta sembrerebbe eccedere le competenze dei giudici. Se Dworkin propone che i giudici decidono facendo ricorso all'argomentazione morale, Smith dubita che la formazione giuridica delle corti dia loro una qualche competenza in ambito morale o nel bilanciamento di diversi interessi.

Nonostante tali mancanze, non è raro che alle corti sia dato il compito di dichiarare se una delle parti ha agito sulla base di un motivo discriminatorio o "*from hatred or ill-will*"²³, demandandogli il compito di muovere degli argomenti *ad hominem*. Alcune decisioni

²¹ *Ivi*, 26. Sul punto l'Autore cita riflessioni contenute in P. WESTEN, *The Empty Idea of Equality*, in *H.L. Rev.*, 95/1982, 537.

²² *Ivi*, 27.

²³ *Ivi*, 28.

sono, per Smith, paradigmatiche di questo fenomeno. Nella famosa causa *US v. Windsor* del 2013, la corte ha dichiarato incostituzionale una legge federale sul matrimonio che aveva stabilito che poteva essere considerato matrimonio solo l'unione tra uomo e donna. Secondo la corte la legge era incostituzionale perché adottata al fine di discriminare un gruppo «*politically unpopolar*», quindi di agire sulla base di un animo di «*malevolence*». Dunque l'animus ascritto a milioni di americani era secondo la corte dei più deprecabili: «*the bare desire to harm*». Nondimeno, la corte non produsse alcuna prova di tale animus se non l'osservazione che la disapprovazione della condotta omosessuale era ovvia e incontestabile. Dunque, si chiede Smith, come ha potuto la corte guardare nei cuori di milioni di americani per capirne l'intenzione. La conclusione di Smith è che il ragionamento seguito dalla Corte è ben lontano dall'idealtipo di ragione “che potrebbe giustificare una devianza dalle leggi formali”.

Anche Gonzalo de Almeida Riberio muove la sua analisi partendo da una disamina terminologica che evidenzia l'utilizzo del termine attivismo giudiziale per sottolineare la devianza dal giusto paradigma di decisione giudiziale, alludendo, soprattutto, al possibile ingresso di prospettive personali e politiche nel contesto del giudizio²⁴. Nondimeno, al fine di individuare quale sia il corretto modello di giudizio, per l'autore diviene necessario rispondere ad una domanda cruciale in merito a *cosa sia il diritto*. Se infatti si definisce diritto come una serie di principi in base ai quali i giudici devono decidere le controversie si rischia di cadere in un argomento circolare allorché si sostiene che i giudici devono decidere i casi attraverso il

²⁴ G. DE ALMEIDA RIBERIO, *Judicial Activism and Fidelity to Law*, in *Judicial Activism*, cit., 31 ss.



diritto. Al fine di evitare il *diallelus*, l'Autore analizza le tre principali teorie giuridiche: il legalismo o positivismo giuridico, l'idealismo e il pluralismo. In base al primo modello, com'è noto, le norme sono giuridiche allorché poste da autorità legittime. In questa posizione le fonti del diritto, in tale prospettiva, possono essere atti legislativi ovvero decisioni precedenti. Una tale concezione, dunque, produce l'idea del giudice «*mouthpieces of legislation*» per cui gli è precluso qualsiasi riferimento a proprie concezioni politiche e morali²⁵. Questo modello teorico è bersaglio di critiche mosse da diversi autori (Dworkin, tra gli altri), che, nella panoplia delle censure, sottolineano come i giudici devono giustificare le loro decisioni. Ciò conduce l'Autore ad analizzare il secondo modello, ossia quello idealista. Secondo tale concezione il diritto è la ragione del giusto, ossia la giustizia sostantiva; «*ius instead of lex*»²⁶. Da tale prospettiva, dunque, il giudice deve essere fedele ad una idea di giustizia razionale piuttosto che al diritto prodotto dall'uomo²⁷. Qui la legge è vista come una sorta di ponte tra un invisibile ordine di ragioni giuridiche e il mondo empirico dei testi e delle prassi; va da sé che è lo spirito e non la lettera ad essere decisivo; il testo infatti deve essere sempre interpretato alla luce della ragione che deve ispirarlo. Tuttavia, nota l'A., anche tale concezione presta il fianco ad alcune censure, infatti i giudici devono fedeltà alle leggi e le altre fonti del diritto per una varietà di ragioni fondamentali tra cui certezza, la legittimazione, l'eguaglianza, la prudenza che devono essere bilanciati in relazione alle concezioni di giustizia sostanziale. Ciò è quanto richiesto dal

²⁵ *Ivi*, 33.

²⁶ *Ivi*, 34.

²⁷ *Ibidem*. Del resto, segnala l'A. tale idea è alla base del successo del *corpus iuris civilis* nel medioevo, essendo concepito come *ratio scripta*.

modello pluralista in base al quale i giudici devono osservare, *prima facie*, un set di principi fondamentali: giustizia (ossia che alle parti in causa sia garantito ciò che un sistema giuridico perfetto dovrebbe garantire), certezza, legittimazione e infine prudenza. Quest'ultimo principio richiede al giudice di considerare le conseguenze di una decisione in relazione all'ideale dello Stato di diritto, che richiede una sostanziale etica della responsabilità. In buona sintesi la «*pluralistic view*» considera il diritto come il risultato di un giudizio «*all things considered*» in cui i principi fondamentali della giustificazione ermeneutica vengono bilanciati nelle circostanze della disputa. Da tale prospettiva, giocoforza, è impossibile aderire all'idea di Montesquieu per cui, notoriamente, il potere giudiziario è neutro. Piuttosto l'attività di giudizio è inevitabilmente politica in due sensi: primo perché l'interpretazione implica il senso di giustizia del giudice e dunque le sue concezioni; secondo perché implica un bilanciamento tra principi inevitabilmente complesso che potrebbe dare luogo ad un disaccordo ragionevole. Esiste, però, una linea che consente di separare l'attività giudiziale dall'attivismo vero e proprio; quest'ultimo potrebbe ascrivere al comportamento di quei giudici che cercano di attuare politiche di redistribuzione della ricchezza attraverso il loro potere, oppure vorrebbero comportarsi come dei vigilanti senza alcun limite oltre il proprio senso di giustizia, o ancora «*rogues*» a cui difetti l'integrità morale. Al contrario, c'è un attivismo "benevolo" che rientra nel concetto di giudizio pluralista, ossia attivo nel bilanciamento dei principi di interpretazione e applicazione del diritto, dunque parte necessaria dell'attività di decisione giudiziale²⁸.

²⁸ *Ivi*, 43.

Il tema dell'attivismo giudiziale, è affrontato da Pierre Legrand nel contesto della tradizione giusfilosofica francese che, notoriamente, concepisce l'idea del giudice come *bouche de la loi* nel lessico di Montesquieu²⁹. Nondimeno secondo l'A., l'idea che il potere sia sottratto dalle mani dei giudici, è un fenomeno che affonda le radici nel diritto giustiniano. Nel Digesto, in effetti, Giustiniano teorizza la provenienza divina del proprio potere sicché i giudici devono essere nulla di più che dei «*ventriloquist*» che assicurano «*the living voice*» della legge³⁰. In sostanza l'idea che il giudice sia un *mouthpiece* della legge è antecedente al pensiero rivoluzionario e affonda le sue radici nel paradigma romano, che riflette la concezione sacra del testo della legge. Tuttavia, è il contesto della tradizione francese ad essere fortemente caratterizzato da una certa repulsione avverso il *governo dei giudici*; traslitterazione semantica dell'attivismo giudiziale. Eppure, a dispetto di quanto sia ritenuto intangibile il teorema di Montesquieu, l'analisi delle decisioni dei giudici francesi rivela una realtà diversa mostrando come questi abbiano anche poteri politici e una certa libertà di decisione discrezionale. Ovviamente ciò solleva tre “questioni di soglia”. In primo luogo i giudici non hanno alcun legame rappresentativo e tali poteri sembrerebbero suonare antidemocratici, sebbene il giudice non abbia mai l'ultima parola in campo legislativo, potendo il parlamento introdurre nuove norme³¹. In secondo, luogo l'A. si domanda se ci sia un qualche elemento di governo nell'attività giurisdizionale. Certamente qualsiasi interpretazione, come

²⁹ P. LEGRAND, *Adjudication as Grammatication: The Case of French Judicial Politics*, in *Judicial Activism*, cit., 47 ss.

³⁰ *Ivi*, 49.

³¹ *Ivi*, 52.

operazione di ascrizione di significato, prevede un certo ambito di decisione. A meno che non si voglia accogliere l'idea che il significato sia preesistente a qualsiasi interpretazione, il giudice inevitabilmente inserisce la propria personalità all'interno del gioco semantico, dunque è inevitabilmente coinvolto nella formulazione di ciò che sarà la regola da applicare. Pertanto, il testo normativo e l'interpretazione sono parti di una configurazione integrata, legati in una intima complicità, una sorta di «*pneumatic pact*»³². Da tale idea si deduce che ogni atto interpretativo, in qualche modo, è un atto di governo; per evitare ciò si dovrebbe trovare un criterio per distinguere un'interpretazione *minima* da un'interpretazione *pesante*. Nondimeno, se si ritenesse che tale criterio possa essere stabilito, per esempio, dalla tesi di un teorico del diritto, si incontrerebbe una sorte di regresso all'infinito allorché tale criterio fosse discusso da un altro commentatore e così via. Pertanto, nota l'A., è più ragionevole pensare che qualsiasi attività di interpretazione coinvolge l'interprete in un atto di «*gouvernement*», in ragione di un rapporto di inerenza: l'interpretazione è inerente all'applicazione del testo; la decisione è inerente all'interpretazione e il contesto della decisione ha un impatto inerente all'amministrazione della *polis*. Ciò non vuol dire, però, che il giudice può fare ciò che vuole: egli deve lavorare nei limiti posti dal testo. Questa idea stride con la tradizione del “*moss geometricus*” che preconizza una matematizzazione del diritto, che affondando le radici nelle tesi di Cartesio e Spinoza, ritiene che il giudice debba solo individuare la risposta giusta e applicarla come se fosse una operazione matematica. Ovviamente, questa concettualizzazione nega ogni potere legislativo al giudice;

³² *Ivi*, 54.

addirittura chi giudica non sarebbe neanche un «*juge*», per cui un governo dei giudici sarebbe impossibile³³. In realtà, per Legrand ogni attività di giudizio è inerente alla *governance* poiché vi è sempre una fase di scelta, dunque il giudizio è «*legal governance*» anche in Francia, sebbene sia ancora oggi un'affermazione «sacrilega». Ciò appare in distonia, in effetti, con la concezione amministrativa del giudice francese; basti pensare alle decisioni della Corte di Cassazione francese le cui motivazioni sono notoriamente brevi per essere avvertite come il frutto di una sussunzione sillogistica del fatto alla fattispecie. Eppure, questa formale riduzione dello spazio argomentativo non riduce affatto l'attivismo politico del giudice.

L'A. riporta un celebre arresto della Corte di Cassazione del 1997 in cui bisognava decidere se il partner omosessuale di un locatore avesse titolo a riscuotere i canoni dopo la morte del compagno. In quel caso la Corte cercò di definire il significato della parola «*concubin*» stabilendo che tale termine allude necessariamente ad una relazione tra uomo e donna. Compulsando i vocabolari francesi si scopre, però, che il termine *concubin* deriva dal verbo *cuncumbere* ossia “dormire con”, denotando, così, qualsiasi relazione tra persone indipendentemente dal sesso. Nell'analisi grammatologica prodotta dalla Corte è evidente che la selezione del significato è inerente a una scelta di *governance* giuridica/politica che denota una certa discrezionalità nella determinazione del significato dei termini giuridici. Dunque l'attività grammatologica dell'interpretazione è sempre una forma di attivismo giudiziale, e ciò è inevitabile anche in Francia anche a dispetto del formalismo francese e dell'idiosincrasia per il governo dei giudici.

³³ *Ivi*, 58.

Per James Allan l'attivismo giudiziale è un fenomeno in crescita esponenziale, pertanto diviene fondamentale capire quali siano le ragioni che spingono i giudici a raggiungere il risultato "x" piuttosto che il risultato "y" in determinati casi³⁴. Le ragioni per cui una legge può essere vanificata o invalidata sono innumerevoli e possono dipendere dal particolare ordinamento e dal sistema di giustizia costituzionale. Non è detto che l'attivismo si concretizzi sempre in un annullamento; si pensi al caso paradigmatico del mancato annullamento di una legge nazionale su questioni di assoluta prerogativa federale³⁵. In buona sostanza l'attivismo si sostanzia in un errato utilizzo del potere giudiziario, più o meno gravato dalle opzioni personali del giudice, o meglio, nei termini indicati dallo stesso autore come l'atteggiamento dei giudici che agiscono senza alcuna legittimazione per farlo (non necessariamente in mala fede)³⁶. Vi potrebbero essere due possibili "scusanti" per l'attivismo del giudice che l'autore prende in considerazione al fine precipuo di negarne la validità argomentativa. Preliminarmente però le attenzioni di Allan si rivolgono allo scopo della costituzione scritta, poiché ovviamente il problema dell'attivismo giudiziale assume rilievo nell'ambito dello stato democratico e soprattutto su quello stato democratico fondato su una costituzione scritta. Allan propone l'analisi di due plausibili risposte al problema ed una mezza risposta o non risposta. La prima ipotesi è che la costituzione scritta sia necessaria per impedire il cambiamento di alcune norme o valori

³⁴ J. ALLAN, *The Activist Judge – Vanity of Vanities*, in *Judicial Activism*, cit., 71 ss.

³⁵ *Ivi*, 73.

³⁶ Si veda J. ALLAN, *The Three "R"s of Recent Australian Judicial Activism: Roach, Rowe and (no) 'Riginalism*, in *M. U. L. Rev.*, 36/2012, 743 ss., spec. 782.



chiave, per cui si ritiene preferibile correre il rischio di una eccessiva rigidità piuttosto che rischiare la sicurezza futura. Tuttavia, si potrebbe sostenere che una tale configurazione celi una sorta di «culto degli antenati», imbrigliando le future generazioni e sottraendo al discorso democratico una serie considerevole di questioni. Nondimeno, per quanto concerne l'attivismo giudiziale, esso potrebbe manifestarsi allorché i giudici costituzionali decidano su questioni che non sono state “bloccate” al discorso democratico. Questa prima risposta alla domanda sul senso della costituzione scritta non offre dunque alcuna scusante all'attivismo giudiziale.

Una seconda ipotesi sulla funzione della costituzione scritta è di stabilire quali siano i principali valori e i veicoli costituzionali attraverso i quali questi valori possono essere cristallizzati. In sostanza si tratta di offrire una lista di valori che, ovviamente, potrebbe necessitare di modifiche ed evoluzioni in relazione ai mutamenti della società. Questa seconda risposta permetterebbe di evitare l'accusa del “culto degli antenati” ma al prezzo di proporre una «*juristocracy*» che, ironia della sorte, renderebbe i votanti ancor più legati (non più alla volontà degli antenati ma a quella più pervasiva dei giudici). Se si accoglie tale idea di costituzione il significato attribuito all'attivismo giudiziale non avrebbe più senso poiché i giudici avrebbero il compito certamente attivo di sviluppare e interpretare i valori evitando l'accusa di attivismo giudiziale. Tale seconda risposta non persuade l'A. che ritiene l'attivismo giudiziale una concreta minaccia. Se si assume che molto probabilmente ciascuno di noi si ritiene fortunato a vivere in un paese dalla tradizione democratica, la costituzione scritta è comunque posta in essere mediante processi che sembrano ancora oggi legittimi (non necessariamente perfetti ma quantomeno accettabili). In sostanza



l'accusa di attivismo giudiziale ha senso solo se si dà valore ai processi che legittimano la costituzione. A questo punto, Allan analizza la metaetica utilitarista che sembrerebbe alla base di alcune scelte giudiziali viziate di attivismo e che potrebbe, secondo alcuni, costituire una giustificazione. In sostanza, un giudice potrebbe pensare di non applicare una norma allorché la sua applicazione non sia in grado di assicurare la massima felicità per il massimo numero di persone; perciò i giudici dovrebbero tenere presente gli effetti dell'applicazione delle norme, calcolando i risultati effettivi. Un giudice attivista, dunque, potrebbe essere un giudice che decide di non applicare una regola quando il risultato sarebbe sub-ottimale e ciò in relazione alle concezioni morali e ideologiche del giudice che spingerebbero a valutare la norma come «*over inclusive*» o «*under inclusive*». Tuttavia, nemmeno l'utilitarismo sembra costituire una possibile giustificazione per l'attivismo giudiziale. Rimanendo all'interno del pensiero consequenzialista, è possibile distinguere tra: (i) la teoria morale che guida le azioni personali e (ii) la teoria politica che è volta al raggiungimento dei migliori risultati per la società. Orbene, sul piano personale ciascun soggetto ha legittimazione, competenza e responsabilità per decidere quale sia il migliore risultato possibile e scegliere se seguire o no una regola. Al contrario, nel mondo delle politiche democratiche è piuttosto dubbio che i giudici possano essere legittimati per determinare le scelte politiche su base utilitarista. Il giudice infatti non è responsabile allorché decide che alcune regole falliscono nell'assicurare il miglior risultato nel caso specifico e se il giudice sbaglia non è responsabile di fronte agli elettori come un parlamentare. Inoltre, non è nemmeno sicuro che i giudici abbiano la capacità per bilanciare interessi politici contrapposti e individuare quale sia il miglior risultato possibile.

La tematica dell'attivismo giudiziale viene affrontata da Miguel Nogueira de Brito nel contesto del noto dibattito tra Kelsen e Schmitt in merito a chi possa essere il guardiano della costituzione e al possibile ruolo politico del giudice³⁷. In relazione al problema del guardiano della costituzione, com'è noto, Schmitt sostiene che soltanto l'intervento, decisionistico del presidente può ristabilire l'ordine nel momento di crisi. Per Kelsen, invece, il ruolo del custode dovrebbe spettare ad una istituzione in grado di controllare la rispondenza ai principi costituzionali degli atti legislativi, in questo senso soltanto una corte potrebbe garantire la risoluzione dei conflitti costituzionali³⁸. Il dibattito tra i due "colossi" coinvolge anche il concetto stesso di democrazia, che per il teorico tedesco è una questione d'identità, di omogeneità del popolo, mentre per Kelsen è di tipo costruttivo, intesa in termini procedurali, attraverso la scelta di rappresentanti politici tramite elezioni libere nel contesto di un pluralismo ragionevole³⁹. Nogueira de Brito sottolinea come nella concezione di Kelsen il popolo non è una entità preesistente al potere politico; piuttosto è concepibile soltanto in termini normativi. Schmitt, invece, avversa tale concezione soprattutto allorché consente il *judicial review* degli atti del parlamento. Secondo l'A. l'affidamento di tutte le dispute costituzionali nelle mani di giudici, professionisti, indipendenti ed inamovibili significherebbe creare una seconda camera del parlamento i cui membri non sarebbero elettivi. Dopo aver analizzato, seppur brevemente, le principali differenze tra il pensiero kelseniano e la teoria di Schmitt, Nogueira de Brito passa

³⁷ M. NOGUEIRA DE BRITO, *Schmitt's Spectre and Kelsen's Promise: The Polemics on the Guardian of the Constitution*, in *Judicial Activism*, cit., 89 ss.

³⁸ *Ivi*, 92.

³⁹ *Ivi*, 95.

ad affrontare il dibattito più specifico in merito alla funzione del giudice. Secondo Schmitt che distingue tra controllo di costituzionalità delle leggi e protezione politica della costituzione il *judicial review* è possibile soltanto allorché il contenuto dei principi costituzionali sia pacifico. Se la norma costituzionale contenesse dei principi vari il giudice dovrebbe decidere il contenuto, agendo come un legislatore vero e proprio. In quest'ultimo caso si avrebbe una funzione politica e non propriamente giudiziale. Dalla prospettiva di Kelsen – fa notare l'A. – ogni decisione giudiziale contiene elementi politici, sicché tra potere legislativo e potere politico vi sarebbe soltanto una distinzione di grado della discrezionalità⁴⁰. Detto in altri termini, Kelsen non sembrerebbe condividere l'idea di Montesquieu del giudice come automa. Kelsen, piuttosto, sostiene che la presenza di principi, come libertà ed eguaglianza potrebbero costituire deleghe al giudice di decidere il contenuto. Ovviamente per evitare ciò la soluzione prospettata da Kelsen, com'è noto, non è tanto quella di evitare l'utilizzo di termini vaghi, ma di sviluppare una teoria della giustizia costituzionale che consideri la corte come un "legislatore negativo", che adotti un *contrarius actus* rispetto a quello del legislatore. Se per Schmitt il problema della giustizia costituzionale collassa nella politicizzazione della giustizia, per Kelsen il *constitutional review* è uno di quei controlli che rende possibile la democrazia. Nondimeno, secondo l'A., entrambi gli studiosi riconoscono la presenza di un elemento decisionistico in ogni decisione giudiziale. Le contraddizioni e le aporie che viziano le rispettive concezioni sembrerebbero presenti nella contemporanea situazione di crisi della zona euro. L'ammissione kelseniana

⁴⁰ *Ivi*, 97.

dell'esistenza di elementi decisionistici in ogni decisione, in effetti, non può essere una base solida per una teoria che rispetti seriamente la separazione dei poteri. La concezione schmittiana di un guardiano eletto dall'esecutivo, d'altro canto trasformerebbe la democrazia in termini plebiscitari. Tali punti deboli si ritroverebbero nel costituzionalismo di fatto europeo, basti pensare, nota l'A., al caso del Portogallo che nel 2011, per far fronte alla crisi ha chiesto assistenza economica all'Europa indebitandosi fino al 2014. La Corte costituzionale portoghese, in una serie di decisioni, ha invalidato i tagli alle pensioni introdotti dal governo e approvati dal parlamento sulla base delle violazioni dei principi di uguaglianza e solidarietà. Ovviamente ci si potrebbe interrogare in merito alla legittimazione della corte in relazione all'annullamento di leggi adottate dal parlamento (soprattutto sfruttando l'indeterminatezza semantica di alcuni termini come uguaglianza e solidarietà). Certamente la corte, in tal caso, ha superato il limite della dimensione politica concessa alla decisione giudiziale nella prospettiva kelseniana. D'altro canto, tali decisioni possono essere interpretate come la riaffermazione di una sovranità sociale attraverso il diritto dei giudici e non dei legislatori⁴¹. Alla fine dei conti, seguendo il pensiero di Miguel Nogueira de Brito, la gestione politica della crisi conduce ad una gestione politica dell'attività giudiziale; un punto in cui Kelsen e Schmitt sembrerebbero incontrarsi⁴².

Il contributo di Tiago Fidalgo de Freitas ha una metodologia diversa ossia l'analisi del comportamento dei giudici da una

⁴¹ *Ivi*, 100.

⁴² *Ivi*, 102.

prospettiva esterna a quella del diritto⁴³. La prospettiva di fondo è quella di individuare dei modelli comportamentali in grado di individuare le variabili che influenzano i comportamenti dei giudici. In tale ordine di idee sono analizzati due principali alternative: quella attitudinale e quella strategica. Dall'analisi di tali modelli, l'A. intende estrapolare un quadro per comprendere quando e perché sia necessario un certo grado di attivismo giudiziale, pur considerando le variabili dipendenti dal contesto culturale e ordinamentale⁴⁴. Secondo il modello attitudinale i giudici sono dotati di un set di predisposizioni ideologiche che ne guidano qualunque decisione in un caso concreto. Ciò che determina la decisione, in questo caso, è il compendio di valori dell'orizzonte morale del giudice (detto in altri termini un giudice conservatore adotterà una decisione ispirata ai principi tradizionali)⁴⁵. Secondo l'A. questo sarebbe il modello dominante nelle decisioni della Suprema Corte Americana. Per gli "attitudinalisti" non esiste alcun'altra istituzione che può limitare i giudici che decidono in modo completamente isolato dal contesto. Il modello strategico è fondato, invece, sulla concezione della «scelta razionale», per cui il comportamento umano è inerentemente interattivo. In tale prospettiva i giudici sono condizionati e limitati⁴⁶. In accordo a tale assioma le decisioni giudiziali potranno divergere dall'orizzonte valoriale del giudice per accordarsi con le preferenze di altri attori rilevanti nel sistema e ciò al fine di raggiungere un risultato utile, magari di natura compromissoria. Il modello

⁴³ T.F. DE FREITAS, *Theories of Judicial Behavior and the Law: Taking Stock and Looking Ahead*, in *Judicial Activism*, cit., 105 ss.

⁴⁴ *Ivi*, 107.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ivi*, 109.



strategico può essere concepito in due varianti: il modello interno, in base al quale ogni giudice deve considerare gli altri componenti della corte; e il modello esterno, aperto all'ambiente politico in generale. Nel primo schema si enfatizza la struttura collegiale delle corti. Tale teoria sostiene che i giudici orientano le loro decisioni in base a come credono che decideranno gli altri colleghi. Il modello esterno, invece pone l'accento sul complesso di relazioni politiche all'interno delle quali i giudici operano⁴⁷. Tale teoria ritiene che i giudici tendono ad anticipare le reazioni degli altri attori politici, così come gli altri attori politici potrebbero anticipare le decisioni giudiziali. In buona sintesi il risultato del processo decisionale appare come una funzione di interazioni tra diverse relazioni politiche in cui ciascun attore può "giocare" un determinato ruolo e una certa influenza (i giudici possono essere ricusati, oppure il parlamento potrebbe togliere i finanziamenti al potere giudiziale ecc.). Queste concezioni positive mostrano il destro a diverse critiche interne ed esterne, una di queste inevitabilmente investe il sottodimensionamento del ruolo della legge nonché il fatto che si dà troppo rilievo agli effetti di una decisione più che alla motivazione e all'argomentazione giuridica. Nondimeno tali teorie non intendono negare l'influenza del diritto, ma considerano quest'ultimo come uno dei tanti elementi che influenzano la decisione⁴⁸.

L'ipotesi di Luís Pereira Coutinho è che una virtù della giustizia costituzionale sia un certo grado di «*judicial passivity*»⁴⁹. Con tale ultimo sintagma l'A. allude all'idea che i giudici resistano

⁴⁷ *Ivi*, 111.

⁴⁸ *Ivi*, 115.

⁴⁹ L.P. COUTINHO, *The Passive Sovereignty of the Constitutional Judge a State Theory Approach*, in *Judicial Activism*, cit., 119 ss.

alla tentazione di agire sulla base di principi di giustizia applicando le norme costituzionali e invalidando le soluzioni legislative. In tal senso le corti dovrebbero valutare con particolare prudenza le soluzioni legislative date in circostanze eccezionali in merito a problemi di sicurezza, economia e salute pubblica. L'analisi di Coutinho è ispirata parzialmente dalla decisione della Corte costituzionale portoghese nel giudizio inerente la costituzionalità delle leggi economiche e di bilancio adottate dal parlamento per affrontare la crisi dell'euro. La domanda dell'Autore è la seguente: nel caso in cui tali leggi fossero incostituzionali ma nondimeno necessarie per fronteggiare la crisi economica, la corte potrebbe rimanere passiva?⁵⁰. Il nodo teorico affrontato concerne, dunque, il problema della costituzionalità delle norme adottate in circostanza di emergenza. L'idea che in casi del genere, usualmente demandati a soluzioni legislative, la corte costituzionale debba rimanere passiva, sembrerebbe stridere con l'idea che il *judicial review* sia la pietra angolare dello Stato di diritto. Tuttavia, se nello stesso dibattito La Torre e Alexander per strade diverse censurano la possibilità del *non liquet*, Coutinho cerca di argomentare in favore di una sovranità passiva. In primo luogo, se si utilizzasse un prisma hobbesiano, i giudici costituzionali sembrerebbero poter essere considerati sovrani giacché si pongono sopra il legislatore e rappresentano «*the last word o the State*»⁵¹. Tuttavia nel moderno costituzionalismo la sovranità esiste solo a livello costituente, dunque per Coutinho né lo Stato né il legislatore né la Corte costituzionale possono essere considerati sovrani ma solo meri poteri costituiti. Tuttavia la

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ivi*, 120.

riduzione dei poteri dello stato a meri poteri costituiti sottodimensiona l'idea di sovranità come «*doctrine of political right*», ossia la dottrina per cui il perseguimento della *salus* pubblica implica la capacità di fronteggiare i mutamenti della *Fortuna* anche a dispetto dei limiti legali e morali. Il costituzionalismo ha sostituito l'idea della sovranità come “capacità” portando l'idea della conversione statale in una azione normativa. In tale logica, dunque, i mutamenti della *Fortuna* devono essere affrontati attraverso poteri normativi. Le corti costituzionali devono applicare le norme costituzionali senza eccezione (salvo quelle normativamente previste) rimanendo cieche ai problemi della “capacità”⁵².

Nondimeno, secondo l'analisi di Coutinho, questa situazione può funzionare nei casi di normalità, rimanendo dubbio se in casi eccezionali non sia richiesta una qualche capacità politica prudentiale. Dunque l'ipotesi è che nei casi eccezionali di mutamento della *Fortuna* alle corti potrebbe essere richiesto di rimanere passive rispetto alle decisioni assunte dagli organi politici per fronteggiare l'eccezione. In tale prospettiva le corti avrebbero una sovranità passiva, chiamate a valutare come regolarmente il legislatore persegue la *salus* pubblica, ma, appunto passive nei casi di eccezionalità.

Nella tradizione del costituzionalismo moderno, nota Coutinho, il *central core* è rappresentato dall'idea di sradicare la *ragione di stato* sostituendola con la legge come criterio dell'azione statale. Questa del resto è la concezione kelseniana della sovranità statale, criticata, com'è noto da Smith, il più importante difensore della *political right* del ventesimo secolo, per il quale il sovrano è

⁵² *Ivi*, 122.

colui che decide nello stato d'eccezione. L'analisi del celebre dibattito è funzionale, nell'economia argomentativa dell'autore, a supportare una tesi fondamentale, ossia che il modello tradizionale della *rule of law*, in certi casi di mutamento della *Fortuna*, potrebbe richiedere un aggiustamento con la teoria della *political right*, e ciò attraverso l'adozione di criteri politici autonomi rispetto a quelli legali e insuscettibile di essere sindacati dalla Corte costituzionale attraverso i consueti parametri. Un tale bilanciamento tra istanze di fedeltà al dato normativo e necessità di elementi decisionistici eccezionali, nondimeno, dovrebbe essere posto sotto il controllo della corte, che in alcuni casi dovrebbe addirittura astenersi dal compito di dichiarare l'incostituzionalità di una norma allorché ciò fosse richiesto dalla necessità, eccezionale, di aderire alla «*political right*»⁵³. In sostanza spetterebbe alla corte valutare se le circostanze appaiono tanto eccezionali da richiedere l'abbandono dei criteri normativi ordinari e l'adozione di autonomi criteri politici, eventualmente distonici con il dato legale⁵⁴. Ciò, nella prospettiva di Coutinho, dovrebbe impedire che la *political right* si traduca in un ritorno alla sovranità arbitraria e pre-costituzionale, annullando, di fatto, lo Stato di diritto. Per l'autore si tratta di una variante della teoria della *political question doctrine*, avanzata da Alexander Bickel, nel contesto nordamericano. Secondo tale approccio la Corte Suprema avrebbe un triplice potere: annullare la legislazione, validarla ovvero, in ultima analisi, *non fare nessuna delle due cose*. Ciò, ovviamente, stride con la tradizione costituzionalistica di stampo kelseniano, da tale prospettiva la passività delle corti costituzionali

⁵³ *Ivi*, 125.

⁵⁴ *Ibidem*.

dovrebbe suonare, paradossalmente, come una forma di attivismo giudiziale⁵⁵. La possibilità che le corti decidano però soltanto in merito all'accertamento dello stato d'eccezione e non come affrontarlo, evita che queste possano essere considerati sovrani in senso smithiano. Infatti, la sovranità passiva delle corti consente di correggere gli eccessi di un modello soltanto legislativo togliendo a quest'ultimo la decisione sullo stato di crisi.

La terza parte si apre con l'analisi di George Silva Sampaio⁵⁶. L'A. muove dell'analisi del principio di proporzionalità nei modelli di giustizia costituzionale, osservando, preliminarmente, come quest'ultimo goda di un ampio successo tanto che sovente, altri principi come eguaglianza oppure legittima aspettativa, richiedono la sua assistenza⁵⁷. Nell'uso di questo principio si potrebbe trovare la cartina tornasole del *judicial activism*⁵⁸. Vi sono molte questioni connesse al principio di proporzionalità e che coinvolgono la legittimazione di tale principio nonché la cifra di forza espansiva che caratterizza i diritti fondamentali. Secondo alcuni critici, per esempio, il principio di proporzionalità avrebbe consentito un concreto assalto ai diritti fondamentali, permettendo un bilanciamento con l'interesse pubblico⁵⁹. Al di là di tali critiche, il principio di proporzionalità mostra una certa cifra di accettazione universale considerando come sia accolto in diversi sistemi.

⁵⁵ *Ivi*, 129

⁵⁶ J.S. SAMPAIO, *The Contextual Nature of Proportionality and Its Relation with the Intensity of Judicial Review*, in *Judicial Activism*, cit., 137 ss.

⁵⁷ *Ivi*, 137.

⁵⁸ *Ivi*, 138.

⁵⁹ S. TSAKIRAKIS, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, in *i.con.*, 7/2012, 468 ss.

Nondimeno, seguendo l'analisi di Sampaio, la proporzionalità sembrerebbe influenzata dal contesto culturale e dal sistema giuridico in cui è adottato. Generalmente, il principio in questione viene ricostruito sulla base di tre elementi: (i) la «*rational connection*» ossia la relazione tra mezzi e fini; (ii) la necessità; (iii) le proporzionalità in senso stretto; ovverosia il rapporto tra benefici ottenuti e costi in relazione alle restrizioni poste sui diritti fondamentali⁶⁰. Se questo rappresenta il nucleo normativo condiviso del principio, il suo utilizzo varia al mutare del contesto. Per esempio, esso risulta essenziale nel sistema di giustizia costituzionale della Germania, dell'Italia, del Portogallo e della Spagna, mentre, per converso, negli Stati Uniti e nell'Australia il ricorso alla proporzionalità non appare così frequente. Una spiegazione di tale discrasia potrebbe risiedere nella legittimazione della giustizia costituzionale e le differenze nella critica politica che contraddistinguono il contesto europeo e quello americano. La proporzionalità, dunque, gioca un differente ruolo in relazione al contesto culturale, soprattutto perché coinvolge la legittimazione del giudizio di costituzionalità e conseguentemente il ricorso alla proporzionalità. In questo aspetto, le differenze tra la proporzionalità europea e il bilanciamento americano sono rimarchevoli. In Europa, per esempio prevale una concezione organica dello Stato, quest'ultimo costituito su relazioni di mutua solidarietà tra i cittadini, nonché una certa configurazione in senso oggettivo dei diritti fondamentali. A dominare è l'idea dello Stato sociale interventista il che potrebbe parzialmente spiegare l'enorme interesse giurisprudenziale per il concetto della dignità umana. Negli Stati

⁶⁰ J.S. SAMPAIO, *op.cit.*, 139.

Uniti, invece il modello di riferimento è quello dello stato liberale, fondato su libertà negative; caratterizzato da una certa avversione per l'intervento governativo ed una certa enfasi per il concetto di democrazia popolare.

Se, dunque, il modello europeo di corte costituzionale è quello di un organo che è parte integrante dello stato e che condivide e assume il compito di elaborare valori e norme, al contrario il paradigma americano è basato sul concetto di un giudice con poteri limitati, evidenziando la cesura tra potere giudiziale e ruolo politico. Probabilmente, nota l'A., la funzione di guardiano dei diritti fondamentali attribuito alle corti europee, come per esempio in Germania, dipende anche dalle esperienze di regimi autoritari e dittature; esperienza che il sistema americano non ha conosciuto⁶¹. Le differenze contestuali consentono all'Autore di inferire che il principio di proporzionalità appare più congeniale al paradigma della democrazia sociale europea che al liberalismo nordamericano. Anche le differenze ordinamentali giocano un ruolo rilevante soprattutto allorché il principio non è testuale ma è ricavato dagli interpreti⁶². Da tale prospettiva due sono gli elementi che assurgono a rilevanza: il tipo di costituzione e il modello di giustizia costituzionale. Il costituzionalismo europeo (Sampaio prende in considerazione principalmente la Spagna e la Germania) è caratterizzato da questi elementi: (i) una costituzione scritta con supremazia gerarchica; (ii) una forma di giustizia costituzionale; (iii) una concezione precettiva e non meramente programmatica delle norme costituzionali; (iv) una *over interpretation* della costituzione, ovvero la possibilità di una

⁶¹ *Ivi*, 145.

⁶² *Ivi*, 147.



interpretazione evolutiva; (v) l'applicazione diretta delle norme costituzionali; (vi) l'idea di una interpretazione conforme a costituzione delle leggi ordinarie, che consente la possibilità di «*intepretative rulings or manipulative rulings*»⁶³; (vii) l'influenza della costituzione nelle relazioni politiche, che consente alle corti costituzionali di supervisionare l'argomentazione politica. In questo modello europeo di *rule of law* la corte costituzionale gioca il ruolo di guardiano della costituzione, che garantisce lo sviluppo costituzionale dello Stato. In sostanza, nota l'A. «*the European Rule of Law presupposes (very) strong courts ad strong rights*»⁶⁴. Sebbene anche il costituzionalismo americano abbia il fine di limitare il potere, l'A. sottolinea comunque tre differenze con il modello europeo. In primo luogo in Europa vi è un più largo consenso in relazione ai contorni dei diritti fondamentali. In secondo luogo, la costituzione americana non contiene diritti sociali e non fa alcuna menzione del concetto di Stato sociale. Infine, mentre nel modello europeo la Corte può intervenire allorché l'azione statale fallisce nell'implementare i diritti fondamentali, nel contesto americano tale potere è quasi nullo. In sostanza, negli Stati Uniti la giustizia costituzionale sembrerebbe connessa ad un certo scetticismo rispetto ad un controllo arbitrario sul parlamento. Non è un caso che la giustizia costituzionale europea prevede un corpo speciale, la Corte Costituzionale, mentre il modello americano attribuisce il *judicial review* ad ogni giudice e, in posizione apicale, alla Corte suprema. Se ne dovrebbe inferire, giocoforza, una maggiore specializzazione del paradigma di corte europea nelle questioni riguardanti la costituzione. Le costituzioni

⁶³ *Ivi*, 149.

⁶⁴ *Ivi*, 150.

europee, inoltre, stabiliscono nel dettaglio il ruolo e le funzioni della corte costituzionale, mentre tale precisione e accuratezza difetta nella costituzione statunitense. L'A. fa notare, ancora, come la giustizia costituzionale nordamericana sia limitata ad un giudizio concreto, mentre in Europa, per esempio in Portogallo, vi è la possibilità di un «*State omissions review*»⁶⁵.

Le differenze analizzate da Sampaio dimostrano come il principio di proporzionalità, soprattutto il principio di proporzionalità in senso stretto, non conduce inevitabilmente ad un *judicial activism* poiché ciò dipende dal contesto culturale e legale e dalle funzioni assegnate alla giustizia costituzionale, ovviamente il principio di proporzionalità apparirà maggiormente distonico con il modello statunitense. Il sistema europeo, come è stato evidenziato, prevede il giudizio costituzionale anche nel caso della «*inaction*» statale investendo anche il bilanciamento tra i diritti e le possibilità finanziarie⁶⁶.

Il contributo di Maria Benedita Urbano muove dalla preliminare definizione di cosa si intenda per «*judicial policy making*»⁶⁷. Secondo l'A. l'espressione è utilizzata per descrivere la condotta dei giudici che agiscono come se fossero «*political branch*», giocando un attivo ruolo politico nei processi decisionali anche in quelli legislativi. Usualmente questa politicizzazione del giudice avviene per le vie della giustizia costituzionale, allorché i giudici sindacano il merito di scelte politiche e ne indirizzano, talvolta, gli orientamenti. Nondimeno, l'autrice distingue tra la prassi «*judicial*

⁶⁵ *Ivi*, 152.

⁶⁶ *Ivi*, 155.

⁶⁷ M.B. URBANO, *Politics and the Judiciary: A Naïve Step Towards the End of Judicial Policy-Making*, in *Judicial Activism*, cit., 161 ss.

policy making», come fenomeno di per sé definibile come governo dei giudici, e il comportamento dei giudici che si fanno guidare da propri orientamenti valoriali⁶⁸; atteggiamento quest'ultimo che dovrebbe concretizzare l'attivismo giudiziale in senso stretto. È possibile utilizzare quest'ultimo sintagma per indicare qualsiasi interferenza giudiziale nell'ambito politico, soprattutto nei processi legislativi. Ovviamente la moderna attività giudiziale prevede sempre un certo grado di creatività interpretativa, di talché non è l'attività creatrice in sé a costituire il problema quanto, piuttosto, il livello di tale capacità creativa. La questione cruciale, secondo l'A., è stabilire quanto i giudici siano legittimati e possano spingersi nei processi di «*law making*». Si può sostenere che i giudici cadano in forme di attivismo giudiziale quando creano nuove regole (è il caso dell'*innovative activism*), o quando modificano o riscrivono delle leggi già esistenti (*corrective activism*). Queste forme di attivismo giudiziale riflettono un certo grado di ambizione politica, dimostrando come i giudici si concepiscono come attori politici⁶⁹. Esiste poi l'ipotesi di un «*negative activism*» che si verifica allorché i giudici annullano una norma che ha l'effetto della resipiscenza di altre regole. L'autrice passa successivamente ad analizzare i fattori che in qualche modo favoriscono l'attivismo giudiziale distinguendoli in fattori oggettivi e soggettivi (pur sottolineando come tali fattori possano differire in modo significativo in relazione ai diversi sistemi). Le condizioni oggettive individuate dall'Autrice sono: (i) un certo grado di fiducia nel potere giudiziario, concepito come protettore dei diritti umani e dei diritti sociali, rispetto ad un diffuso sentimento di

⁶⁸ *Ivi*, 162,

⁶⁹ *Ivi*, 163.

sfiducia nei confronti del governo e del potere politico; (ii) l'evoluzione dello Stato sociale e la necessità di una implementazione dei diritti sociali, affidata eminentemente al potere giudiziario; (iii) l'incapacità del sistema maggioritario di proteggere i diritti della minoranza; (iv) l'inefficienza delle istituzioni politiche maggioritarie; (v) la struttura aperta delle norme costituzionali e la necessità di ricavarne un contenuto normativo⁷⁰. Per quanto concerne le condizioni soggettive l'A. sottolinea in primo luogo l'orizzonte ideologico che guida la persona del giudice. In secondo luogo, assume il fatto che spesso le maggioranze politiche delegano ai giudici il compito di decidere in merito a questioni spinose e fonti di divisione sociale (per esempio il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso o l'adozione da parte di coppie omosessuali). Il motivo di una tale delega risiederebbe nel fatto che si tratta di questioni talmente controverse che partiti politici preferiscono evitare di affrontare per non subirne il costo elettorale. Quest'ultima implicita delegazione di potere però non può giustificare il fatto che il potere giudiziario ecceda i limiti del proprio ruolo costituzionale. Il problema dell'attivismo giudiziale deve essere inquadrato nell'ambito della teoria della separazione dei poteri. Se è vero, come nota l'A., che il potere legislativo ha perso molto della sua autorità e ciò ha prodotto di conseguenza un'esponenziale aumento dei poteri politici dei giudici, tale ultima politicizzazione dei giudici deve essere ripensata al fine di comprendere se i giudici abbiano la legittimazione e la capacità per assumere decisioni politiche e soprattutto se ciò non alteri il sistema di pesi e contrappesi che consente al moderno costituzionalismo di funzionare. Nel pensiero dell'A., dunque,

⁷⁰ *Ivi*, 164.



allorché si consente al potere giudiziario di intervenire nei processi legislativi non soltanto si muta la concezione del terzo dei tre poteri ma ciò sortisce conseguenze per tutto il sistema di governo. L'indipendenza riconosciuta al potere giudiziario è funzionale al ruolo di guardiano che tale potere riveste nel moderare l'esercizio del potere in tutti gli altri livelli di governo. Proprio al fine di espletare tale compito il potere giudiziario è assunto come indipendente, neutrale e imparziale. Orbene, allorché ai giudici costituzionali si attribuiscono capacità politiche si sviscera la capacità del potere giudiziario di svolgere la funzione di custode. La tripartizione dei poteri, infatti, si basa sull'idea di contropoteri come strumenti utili ad evitare la concentrazione di potere. Attribuendo ai giudici il potere di produzione normativa o di scelta politica si potrebbe determinare una pericolosa concentrazione di potere insuscettibile di controllo. E allora ci si potrebbe chiedere «*quis custodiet ipsos custodes*»⁷¹. L'ipertrofia del potere giudiziario è concettualizzata dall'autrice come un «*pathological phenomenon*» che si concretizza nella affermazione di un «super potere», quello appunto giudiziario che non è posto sotto alcun controllo legale, né dagli altri poteri, né, tantomeno, dal popolo attraverso le elezioni.

Dopo aver evidenziato i confini del problema Urbano passa alla *pars construens* del suo discorso suggerendo alcune possibili contromisure concrete per arginare l'ipertrofia dei poteri dei giudici. In primo luogo si suggerisce di promuovere la teoria del «*judicial self restraining*» in base alla quale, com'è noto, i giudici devono guardare con deferenza le decisioni delle istituzioni politiche limitando al massimo il *judicial review*. Ciò non deve essere visto come una forma

⁷¹ *Ivi*, 167.

di passività, ma significa in termini più netti che il giudice deve soltanto interpretare e applicare la legge mai produrla, altrimenti lo Stato di diritto potrebbe essere sostituito con “*the rule of law of judges*”. In secondo luogo è necessario potenziare il ruolo delle istituzioni maggioritarie (l’attivismo giudiziale nasce anche come una sorta di rimedio alla inefficacia degli ordinari processi politici). Tra le altre contromisure indicate, vi sono inoltre: (i) la preferenza per l’unanimità o quasi unanimità per le decisioni giudiziali concernenti questioni costituzionali altamente controverse e per invalidare la legislazione; (ii) implementare il sistema di selezione delle cause da decidere per evitare che i giudici siano chiamati a comporre le controversie politiche; (iii) riaffermare il dovere di motivare le decisioni al fine di appalesare le reali motivazioni dei giudici. Di particolare interesse, poi, è l’idea di riproporre la «presunzione di costituzionalità della legge», secondo cui i giudici devono dichiarare incostituzionale una norma solo allorché ciò sia «*unavoidable*»⁷². Ciò non va confuso, però, con la teoria dell’interpretazione conforme; significa piuttosto che la legge va mantenuta in vigore salvo che non sia manifestamente contraria alla costituzione. Un ultimo rimedio suggerito dalla Urbano è di evitare la spettacolarizzazione e la eccessiva esposizione mediatica delle decisioni della corte costituzionale. Ciò non significa che si deve impedire l’ingresso alla stampa o limitare l’accesso cognitivo alla decisione creando una sorta di blackout dell’informazione. Nondimeno, è opportuno evitare programmi televisivi e discussioni mediatiche sugli aspetti politici della decisione della corte, ciò potrebbe incoraggiare le persone a credere che i giudici costituzionali abbiano a cura la loro salute e

⁷² *Ivi*, 169.

possano assicurare maggiore giustizia meglio di qualsiasi branca del potere, alimentando così una sorta di venerazione dei giudici e spingendo questi ultimi a forme di attivismo giudiziale⁷³.

I contributi di Lourenço Vilhena de Freitas e di Coutinho, si soffermano sulla analisi del sintagma *judicial activism* nel quadro istituzionale euro-unitario. Nello specifico, de Freitas cerca di focalizzare l'analisi sulla forza che caratterizza l'attivismo della Corte di Giustizia europea e le differenze con i meccanismi giurisdizionali degli stati membri⁷⁴. In base alla "pervasività" dell'intervento del giudice è possibile distinguere in un attivismo "forte", ossia produttivo di nuove norme, ed uno "debole", che ha un impatto materiale indiretto concernente regole procedurali, fonti del diritto e costruzioni di principi⁷⁵. L'attivismo forte potrebbe dirsi kelseniano, ammettendo una concreta forza politica del giudice, mentre quello debole sarebbe di ispirazione hartiana, agendo solo nelle zone di *penombra*. L'A. individua tre principali aree di intervento dove si estrinseca l'attivismo della Corte europea: (i) la supremazia del diritto europeo; (ii) la teoria dell'effetto diretto; (iii) l'estensione del potere di *judicial review* e l'ampiamento dei poteri soprattutto nell'ambito della protezione dei diritti umani⁷⁶.

Per quanto riguarda la supremazia del diritto europeo è noto come essa sia frutto della giurisprudenza della Corte senza che una base normativa nei Trattati. Ne è un palese paradigma la storica decisione *Costa v. Enel* (6/64) che ha "aperto" alla concezione

⁷³ *Ivi*, 170.

⁷⁴ L.V. DE FREITAS, *The Judicial Activism of the European Court of Justice*, in *Judicial Activism*, cit., 173 ss.

⁷⁵ *Ivi*, 174.

⁷⁶ *Ibidem*.

costituzionalistica della supremazia del diritto europeo su quello nazionale⁷⁷. Per quanto riguarda l'effetto diretto, corollario della teoria della supremazia, la Corte di giustizia ha avuto lo stesso ruolo "legislativo", elaborandolo con alcune decisioni (su tutte si consideri la *Van Gend & Loos* – 26/62) senza che tale effetto fosse testualmente previsto nei trattati⁷⁸. Per quanto riguarda il terzo ambito, l'Autore ricorda alcune decisioni in tema dei diritti umani, in realtà piuttosto eccezionali, che hanno prodotto delle nuove regole (si veda la decisione *Grent*⁷⁹). Tuttavia pur ammettendo che le decisioni della Corte europea hanno un eccezionale impatto, determinando regole dal carattere costituzionale, tale attivismo è giustificabile in relazione alla intima natura delle organizzazioni internazionali. Non è un caso che le principali attenzioni della Corte siano dirette alla costruzione "edificio costituzionale" agendo come una corte costituzionale che giudica tra poteri e limitazioni di poteri⁸⁰. Il problema, però, è che la Corte di giustizia europea ha una struttura diversa da una corte nazionale e il diritto europeo differisce, non meno, dal diritto domestico. Manca, in effetti, una netta separazione dei poteri così come un potere legislativo propriamente definito⁸¹. Inoltre, non è neanche chiara la divisione verticale dei poteri nello spazio eurounitario e non pochi autori credono che la Corte abbia il

⁷⁷ *Ivi*, 174-175. L'A. riporta anche, fra le altre, la decisione *Cadi* del 2008 con la quale la Corte ha stabilito la supremazia del diritto europeo sul diritto internazionale.

⁷⁸ *Ivi*, 175. Medesima eziologia giurisprudenziale investe la teoria dell'effetto indiretto del diritto derivato europeo.

⁷⁹ *Lisa Jacqueline Grent* [1998], EUCJR I-621.

⁸⁰ *Ivi*, 177.

⁸¹ *Ivi*, 178.

compito di *correggere i trattati* al fine di promuovere la più profonda integrazione, sfociando così in un attivismo funzionale. Su tale versante del crinale emerge, però, il problema della mancanza di controllo sui poteri della Corte⁸². La natura, poi, del diritto applicato dalla Corte e il sistema giuridico nel quale la corte stessa è inserita, sembrerebbe richiedere necessariamente un intervento pervasivo da parte dei giudici, e ciò per la natura dei trattati che appaiono come «*Framework treaties*», necessitando, pertanto, di una costruzione materiale in via ermeneutica. La conclusione è che la particolarità della funzione della ECJ richiede un prezzo da pagare, in termini di mancanza di legittimazione democratica e indebolimento della funzione giurisdizionale (le accuse, del resto, che normalmente sono rivolte nei confronti dell'attivismo giudiziale). Nondimeno vi sono alcuni aspetti "compensativi", determinati dal fatto che l'intervento della Corte è rivolto a creare principi generali più che obblighi diretti, risultando meno pervasiva di una corte domestica.

Anche l'analisi di Francisco P. Coutinho si sofferma sui fattori che promuovono l'integrazione giuridica nell'unione europea⁸³. L'A. si domanda su quali potrebbero essere le ragioni che possono spingere i giudici nazionali ad obbedire all'ECJ e ad accettare il ruolo di attori decisivi nel processo di integrazione. Una prima teoria si basa sulla dimensione federalista dell'Unione Europea, con un «*federalist ethos*» con un nuovo ordine legale che consente di invocare direttamente il diritto europeo e di seguire gli orientamenti della Corte, la quale ovviamente gioca non solo un ruolo

⁸² *Ibidem.*

⁸³ F.P. COUTINHO, *Courts and European Integration*, in *Judicial Activism*, cit., 181 ss.

nomofilattico, ma promuove l'integrazione⁸⁴. La critica di Coutinho a questa impostazione si basa sul fatto che molti giudici nazionali potrebbero non accettare l'argomento che giustifica la supremazia e l'effetto diretto. Tra l'altro la questione della *kompetenz-kompetenz* è ancora piuttosto confusa. Così come non pare uniforme l'accettazione degli argomenti della ECJ in tutti gli stati membri (basti pensare al contrasto tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato). Un'altra ipotesi è quella neorealista secondo cui i giudici nazionali dovrebbero accogliere la teoria dell'effetto diretto in aderenza alle posizioni politiche dei propri stati membri. Anche questa ipotesi non persuade l'A. soprattutto da una prospettiva empirica considerando che spesso le posizioni degli stati membri non sono seguite dalla corte del Lussemburgo. La terza opzione è quella neo-funzionalista per cui l'evoluzione dell'integrazione giuridica è comparabile ad una sorta di macchina sviluppata nell'interesse di quegli attori politici che hanno colto le opportunità del diritto europeo e un gruppo di giuristi ha basato la propria carriera su lo sviluppo di tale diritto. I neo-funzionalisti sostengono che i giudici basano le loro decisioni nel sistema EU al fine di eludere i limiti posti dal diritto nazionale e dalle gerarchie giudiziali. Nella prospettiva dello "spill over", infatti, il diritto costituisce uno "scudo tecnico" che protegge i giudici dalle pressioni politiche e consente un processo di costituzionalizzazione tecnica dell'Europa. Tuttavia, tale argomento ignora che le corti supreme degli Stati membri potrebbero temere lo svilimento delle loro funzioni apicali ed opporsi a questo sviluppo giurisprudenziale. Il quarto argomento muove dalla competizione tra le corti nazionali e quelle internazionali che sarebbero alla base di uno sviluppo

⁸⁴ *Ivi*, 185-186.

dell'integrazione giuridica. In base a questa visione la Corte è vista come una istituzione posizionata al di fuori dell'ordinamento domestico e che può essere utilizzata per contrastare sia il diritto nazionale sia quello europeo. Tale utilizzo strategico sarebbe utilizzato soprattutto dalle corti inferiori nel tentativo di opporsi alle corti supreme. Nondimeno anche questa spiegazione non convince l'A. il quale però sottolinea come l'applicazione del diritto europeo da parte delle corti nazionali non sia soltanto un fattore giuridico ma anche elementi politici inerenti al sistema giurisdizionale europeo⁸⁵.

Altrettanto critiche sono le riflessioni di Maimon Schwarzschild che riconnette il problema dell'attivismo giudiziale alla teoria dell'indipendenza del potere giudiziario⁸⁶. Nello specifico, secondo l'A., vi sono casi in cui una certa cifra di attivismo giudiziale appare legittimata dal sistema; tuttavia, sovente, si appalesa come un abuso di potere giudiziario, che ha importanti ricadute sulla concezione dell'indipendenza dei giudici. Quest'ultima qualità è concepita come una pietra angolare dello Stato di diritto: per poter controbilanciare un altro potere è necessario esserne indipendente. Tuttavia l'indipendenza può assumere una connotazione negativa, allorché sia il pretesto per esercitare un abuso di potere; in tal caso si avrebbe «*an indefensible court of independence*»⁸⁷. Alcuni aspetti dell'indipendenza dei giudici sono gli stessi che dovrebbero caratterizzare la condotta di chi detiene il potere legislativo ed esecutivo, ossia mancanza di corruzione. Nondimeno vi è un'accezione di indipendenza che è tipica solo del potere giudiziario.

⁸⁵ *Ivi*, 194.

⁸⁶ M. SCHWARZSCHILD, *Judicial Independence and Judicial Hubris: The Case of International Courts*, in *Judicial Activism*, cit., 197 ss.

⁸⁷ *Ivi*, 198.

Infatti, ci si aspetta che i giudici siano imparziali a differenza dei funzionari eletti e delle cariche rappresentative. L'indipendenza può assumere dei tratti negativi se predicata al potere giudiziario allorché significhi indipendenza dalle leggi promulgate, da qualsiasi forma di responsabilità democratica ovvero dallo stato di diritto stesso. Inoltre l'indipendenza potrebbe alludere ad una certa libertà interpretativa. Per quanto vi sia un consenso unanime sull'idea che l'autorità giudiziale debba avere dei limiti, questi limiti possono essere valicati abusando dell'autorità giudiziale e decidendo sulla scorta delle proprie opzioni politiche. Tuttavia, vi possono essere varie ragioni perché i giudici decidano di travalicare tali limiti e agire come dei legislatori non eletti, si pensi agli ideali che hanno spinto la suprema corte americana nel dichiarare incostituzionale le leggi di discriminazione razziale (le leggi Jim Crow). Non sempre, però, le questioni presentano evidenti pretese di giustizia, come nelle leggi razziali, e, nell'ultima decade, la Suprema Corte ha assunto il ruolo di super legislatore, quasi un oracolo di giustizia politica, ricevendo in tale atteggiamento le lodi di molti studiosi. Il problema, nondimeno, che in questo modo la Corte Suprema ha tendenzialmente ridotto il proprio lavoro ordinario, sfruttando la selezione dei casi in modo strategico optando per quelle decisioni di maggiore influenza politica (sul punto la tesi in aperto contrasto con quanto sostenuto qualche pagina addietro con Urbano che nel *docket* vede una contromisura all'attivismo giudiziale)⁸⁸. Considerando che le corti inferiori seguono le indicazioni nomofilattiche della Suprema Corte, attraverso la selezione dei casi da decidere, influenza l'intero sistema. La dimensione internazionale della contemporaneità giuridica è

⁸⁸ *Ivi*, 201.

un'ulteriore causa dell'esplosione dell'attivismo giudiziale, quanto meno nella prospettiva dell'A. Tale inferenza viene tratta dal fatto che la cultura giuridica internazionale sembrerebbe proporre una idea di indipendenza del potere giudiziale difficilmente sostenibile. Uno dei modelli più preoccupanti è quello del potere dato dall'ordinamento eurounitario ai giudici degli stati membri i quali, grazie alla vaghezza delle norme e dei trattati, tenderebbero ad una interpretazione teleologica funzionalizzata al raggiungimento di un particolare obiettivo ossia quello di una «*deeper Union*». Si tratta di un obiettivo per il quale i cittadini dei paesi membri non darebbero il loro voto; un obiettivo che gli elettori probabilmente rigetterebbero e che i tribunali degli stati membri – quelli ordinari di ciascuno Stato membro e non la corte in sé – sembrerebbero voler comunque imporre.

Non meno problematico è il caso della Corte internazionale di giustizia che in molti casi è oggetto di numerose critiche sul piano politico e procedurale⁸⁹. La conclusione di Scgwarzschild, in buona sintesi, è che la legittimazione per l'indipendenza del potere giudiziale entra in crisi non appena i giudici si intromettono eccessivamente nelle prerogative della democrazia rappresentativa. I giudici possono godere dell'indipendenza fin tanto che essi agiscono come giudici, interpretando e applicando la legge in modo conforme, entro i limiti posti dal diritto. Allorché il potere giudiziale eccede tali limiti l'indipendenza diviene ingiustificata soprattutto se l'attivismo è visto come espressione di una forza partigiana nello scenario politico⁹⁰.

⁸⁹ *Ivi*, 204.

⁹⁰ *Ivi*, 205.

La lettura del testo mette il lettore nella condizione di cogliere la problematicità del tema attraverso diverse prospettive e valutando le diverse letture e soluzioni proposte. Si tratta di un vero e proprio simposio dialettico che rende la cifra di quanto sia complesso il fenomeno dell'attivismo giudiziale anche da una prospettiva analitica, ovvero sia problematizzando il dato semantico e concettuale. Non è un caso, infatti, che la mossa di apertura di numerose riflessioni contenute nel testo parta dal tentativo di esplicitare il significato operativo del termine "attivismo giudiziale". Secondo alcuni autori, come si è avuto modo di constatare, l'attivismo è una connotazione ineludibile della decisione giudiziale, che necessariamente compendia l'attività di interpretazione e applicazione delle regole che, notoriamente, "non regolano la loro applicazione". Sul versante opposto del crinale si collocano le riflessioni che leggono nell'espressione *judicial activism* il dato di un'allarmante ipertrofia del potere giudiziario che sembrerebbe caratterizzare la debolezza contemporanea dello Stato di diritto e della teoria classica sulla tripartizione dei poteri. Tuttavia, è proprio l'assenza di una prospettiva comune a rendere il testo ricco di spunti di riflessione proprio perché mette su carta un dialogo tra alcune delle più autorevoli voci della teoria del diritto, consentendo al lettore una panoramica sulle diverse concezioni in merito al problema dell'attivismo giudiziale.