



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2016

IVAN VALIA

Difficoltà contromaggioritaria, principio di maggioranza, rappresentatività e difesa del “judicial review”

ABSTRACT – Can we defend the judicial review as an instrument of protection for the democratic system? Indeed, its legitimacy is often questioned because of the lack of representativeness of the constitutional court. Especially in the United States there is a vigorous debate around the consideration that a non-elected body is taking fundamental decisions on the community’s life. The court, as claimed by Bickel, would act on the basis of a counter-majority force, producing tensions within the democratic order by going against the prevailing majority. Waldron’s theory will also be analyzed as one of the most critical positions against judicial review. The purpose will be to propose broader definitions of “representativeness” and “majority”. This will support the legitimacy of judicial review in a more persuasive way, and the awareness that the protection of the system’s fundamental values is ultimately connected on the level of expertise of those defending them.

KEYWORDS – Counter-majoritarian difficulty, sovereignty, representativeness, fundamental rights

IVAN VALIA

Difficoltà contromaggioritaria, principio di maggioranza, rappresentatività e difesa del “judicial review”

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Il problema della difficoltà contromaggioritaria: la prospettiva di Bickel; 3. «Aggirare» la difficoltà contromaggioritaria: Waldron e la dignità della legislazione; 4. Principio di maggioranza *vs.* natura contromaggioritaria; 5. Principio di maggioranza *vs.* ragionamento giuridico; 6. Rappresentatività ed opinione pubblica; 7. Oltre la difficoltà contromaggioritaria: principio di maggioranza e buone forme di rappresentatività.

1. Introduzione.

Il tema del controllo della costituzionalità delle leggi implica, prima di ogni altra cosa, il problema relativo al delicato equilibrio che deve esservi tra il potere legislativo e l'organo di *custodia* del sistema democratico. In particolar modo, la questione che sembra più urgente riguarda i dubbi sulla legittimità di quest'ultimo, dubbi che possono sorgere già dalla semplice constatazione che il *giudice delle leggi* non è un organo direttamente rappresentativo della volontà popolare. Appare chiaro come quanto detto possa valere per qualunque sistema di giustizia costituzionale ma, per i nostri propositi, può essere interessante valutare la questione della legittimità delle *corti supreme* all'interno del sistema di *common law* americano, poiché è soprattutto nella realtà statunitense che, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, si è sviluppato un dibattito

· Dottore di ricerca in “*Teoria del diritto e ordine giuridico europeo*”, Università “Magna Græcia” di Catanzaro.

dirimente in tal senso, ossia quello che riguarda la c.d. difficoltà contromaggioritaria. All'interno del presente lavoro si cercherà di comprendere se il *judicial review* possa effettivamente costituire una «*counter-majoritarian force in our system*»¹, e non un elemento imprescindibile nel processo decisionale democratico. In particolare si cercherà di valutare il peso del *judicial review* all'interno del moderno stato costituzionale, 1) analizzando gli aspetti più rilevanti della difficoltà contromaggioritaria, per come proposti da Alexander Bickel e 2) riportando la posizione di Jeremy Waldron, tra gli autori contemporanei maggiormente critici nei confronti del *judicial review*, favorevole ad un modello che prenda in seria considerazione il principio di maggioranza. Attraverso questi contributi, ed analizzate alcune delle criticità che effettivamente possono derivare dal ruolo che le corti svolgono all'interno degli ordinamenti democratici contemporanei, si tenterà di difendere la bontà del controllo di costituzionalità delle leggi 3) riqualificando il rapporto che si instaura tra organo giurisdizionale ed opinione pubblica; sulla base delle precedenti considerazioni 4) si tenterà di proporre delle definizioni più ampie dei concetti di “rappresentatività” e di “maggioranza”, in base alle quali la questione della difficoltà contromaggioritaria, lungi dall'essere definitivamente superata, possa comunque essere letta sotto una luce che ne attenui gli aspetti più problematici; 5) cercando, in definitiva, di comprendere il fatto che la legittimità dell'organo responsabile della difesa dei valori fondamentali del sistema giuridico è, più di ogni altra cosa, fortemente connessa al livello di competenza dei soggetti responsabili della *custodia* del sistema stesso. Prima di risalire alle origini del dibattito, che trova il suo momento genetico nel lavoro di Alexander M. Bickel, una precisazione appare necessaria. Decidere quale sia l'organo legittimato a valutare la divergenza tra le scelte legislative ed il parametro costituzionale ha importanti

¹ L'espressione è usata da A. M. BICKEL, in *The least dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, The Bobbs-Merrill Company, New York 1962, p. 16.

implicazioni non solo sul piano giuridico, ma anche su quello politico e morale, poiché spesso il controllo di costituzionalità penetra nelle profondità di quelle scelte e, dunque, si configura come un giudizio di natura sostanziale fortemente legato alle considerazioni (anche) morali di chi pone in essere il *judicial review of legislation*. È proprio a partire da questi temi, tenendo in conto il peso politico che alcune delle decisioni della corte portano con sé, che si snoda il ragionamento di Bickel, padre della difficoltà contromaggioritaria ed il cui pensiero sul tema è perfettamente rappresentato nell'opera *The least dangerous branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*, del 1962.

2. Il problema della difficoltà contromaggioritaria: la prospettiva di Bickel

Sin dalle prime pagine del testo appena citato si può intuire la svolta che l'autore avrebbe impresso al dibattito costituzionalistico americano, partendo dalle origini del sindacato di costituzionalità, ovvero dalla celebre dottrina Marshall. In seguito all'opera di Bickel la dottrina americana ha infatti discusso in maniera più consistente sulla presunta assenza di legittimità della corte², orientando la questione in particolare sul fatto che sia un organo *antidemocratico* ad avere l'ultima parola sulla bontà delle scelte legislative che si realizzano all'interno del sistema. Tra gli aspetti più rilevanti che emergono dal testo, vi è da rilevare come già a partire da *Marbury vs. Madison* la questione della

² O, almeno, sulla illegittimità delle sue azioni e del suo ruolo all'interno del sistema democratico. Quanto più la corte suprema si allontana dal campo dei diritti fondamentali, tanto più «la sua autorità diviene discutibile. Perché in tal caso diventa una sorta di corpo legislativo non eletto. Con l'intento di interpretare la Costituzione – o, ancor più discutibile, di indovinare le intenzioni oscure e spesso insondabili dei Costituenti, l'Alta Corte promulga leggi e misure politiche rilevanti che sarebbero appannaggio delle cariche elettive». R. DAHL, *Quanto è democratica la Costituzione Americana?*, Laterza, Roma-Bari 2003, p. 107.

risoluzione del contrasto tra legge e costituzione attiene anche alla dimensione politica.

Bickel afferma come già Hamilton (su questo punto seguito dallo stesso Marshall) nel *Federalist* negasse la superiorità del potere giudiziario su quello legislativo, o meglio «*denied that judicial review implied superiority of the judicial review over the legislative power - denied, in other words, that judicial review constituted control by an unrepresentative minority of an elected majority*»³. La questione posta da Bickel si incentra sul potere che la corte suprema americana avrebbe assunto grazie all'utilizzo del *judicial review*. Nella sua idea la corte, l'organo a parere di molti più adatto ad interpretare la costituzione⁴, spingendosi anche in giudizi di natura sostanziale, può favorire un pericoloso attivismo giudiziale⁵, da scongiurare soprattutto in ragione dell'assenza di collegamento con la volontà popolare. Una posizione, quindi, piuttosto conservatrice, che ha lo scopo di evidenziare le tensioni che il *judicial review* creerebbe all'interno dell'ordine democratico. Secondo Bickel, quando la «*[s]upreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will*

³ A. M. BICKEL, op. cit., p.16.

⁴ Tra gli autori che più autorevolmente hanno ritenuto che dovesse essere il potere giudiziario a dover interpretare la costituzione, dato che i giudici sarebbero i soggetti più idonei a fornire la lettura dei principi di derivazione morale, vi è Ronald Dworkin, secondo cui «*[t]he moral reading asks them to find the best conception of constitutional moral principles-the best understanding of what equal moral status for men and women really requires, for example-that fits the broad story of America's historical record*». R. DWORKIN, *The moral reading of the constitution*, in "The New York Review of books", 21 marzo, 1996, disponibile al link <http://www.nybooks.com/articles/archives/1996/mar/21/the-moral-reading-of-the-constitution/#fn8-252957730>.

⁵ Per un approfondimento sul tema si consiglia *Judicial Activism – An interdisciplinary Approach to the American and European Experience*, L. P. COUTINHO, M. LA TORRE, S. D. SMITH (a cura di) in *IUS Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, vol. 44, Springer 2015.

of representatives of the actual people and now; it exercises control, not in behalf of prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. It is an altogether different kettle of fish, and it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic»⁶.

Bickel, tuttavia, non sembra volere totalmente delegittimare il ruolo della corte. Il suo scopo, più di ogni altro, è quello di sottolineare come la mancanza di legittimazione popolare renda il controllo di costituzionalità delle leggi un potere sproporzionato, tenuto conto anche del suo peso “sostanziale”, e ciò in netto contrasto con i principi fondamentali dello Stato democratico. L’inevitabile conseguenza della forza contromaggioritaria renderebbe difficile il raggiungimento dell’equilibrio tra i poteri dello Stato. Per questo, a differenza di quanto avvenuto attraverso decisioni epocali, come *Brown vs. Board of education*⁷, l’intervento della corte dovrebbe essere più mite, anzi essa dovrebbe talvolta propendere per l’astensione dal giudizio, proprio per evitare che si cada nel più sfrenato attivismo giudiziale e dunque per impedire che l’opera dell’organo di custodia del sistema possa realmente configurarsi come un’attività politica.

Di certo la questione sollevata da Bickel non può essere agevolmente archiviata: che le corti operino sulla base di una spinta contromaggioritaria è una fisiologica conseguenza legata alla natura dell’organo, che in questa sede non si intende di certo sottovalutare. Ma non possiamo esimerci dal porci una domanda: è sufficiente la natura contromaggioritaria della corte a far considerare illegittimo il suo

⁶ A. M. BICKEL, op. cit., pp.16-17.

⁷ *Brown v. Board of education of Topeka*, 347 U.S., 484 (1954). La decisione è emblematica dell’attivismo della *Warren Court* che, negli anni ’60, contribuì ad un profondo cambiamento in materia di diritti civili.

operato? Dobbiamo forse optare per una rimozione del sindacato di costituzionalità delle leggi⁸?

Riteniamo sia inimmaginabile non tenere in considerazione la centralità del ruolo della corte all'interno del sistema democratico costituzionale⁹ (e neanche Bickel sembra trascurare l'importanza dell'organo). Inoltre, se consideriamo illegittimo l'operato della corte per la non elettività dei suoi membri, e dunque per la frattura che essa creerebbe tra democrazia e sovranità, allora nulla ci impedirebbe di considerare illegittimo e antidemocratico lo stesso documento costituzionale. Se infatti vogliamo riconoscere la legittimità del sistema democratico solo sulla base del principio di maggioranza¹⁰, allora dovremmo arrivare a sostenere la natura contromaggioritaria della stessa costituzione. E, posta così la questione, lo stesso si potrebbe sostenere per qualunque organo che non sia espressione completa e diretta della maggioranza popolare: pensiamo al presidente, scelto dall'*electoral college* e non dal voto popolare.

Il punto è che il concetto di "rappresentatività" può voler dire cose differenti, e la sua declinazione in termini maggioritari è solo una delle possibilità interpretative. Il nostro principale obiettivo è scegliere, tra le opzioni possibili, la declinazione che ci consenta di confermare la necessità del controllo di costituzionalità delle leggi all'interno del sistema democratico.

⁸ Sulla possibilità di abolizione del *judicial review*, su tutti, si veda M. TUSHNET, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 2000.

⁹ R. A. DAHL, op. cit., p. 107.

¹⁰ Sul peso del principio di maggioranza avremo modo di tornare più avanti, attraverso l'analisi del pensiero di Jeremy Waldron.

3. “Aggirare” la difficoltà contromaggioritaria: Waldron e la dignità della legislazione.

Una delle idee che si intende qui sostenere è quella secondo cui per raggiungere l'equilibrio tra poteri di cui parla lo stesso Bickel, l'attenzione non debba essere focalizzata su un organo piuttosto che su un altro. Ciò che bisogna pretendere è che ciascuna istituzione (al di là che sia direttamente rappresentativa della sovranità popolare), nella distribuzione dei poteri all'interno dello Stato democratico costituzionale, sia degnamente rappresentata. Per questo non convince fino in fondo neanche la tesi dal professore neozelandese Jeremy Waldron, la cui posizione può essere oggi certamente annoverata tra quelle più critiche nei riguardi del *judicial review*. Attraverso l'utilizzo di tale strumento, infatti, non si assicurerebbe affatto la migliore difesa del sistema, poiché ciò che dovrebbe guidare e caratterizzare l'operato dei giudici costituzionali, nei fatti, è del tutto assente: il criterio di *razionalità*, un più alto senso della giustizia, forti capacità tecniche e alta sensibilità politica, sarebbero solamente un insieme di mere illusioni. Ciò perché innanzitutto non esisterebbe alcuna razionalità di riferimento che possa guidare in maniera coerente l'attività delle corti. Al contrario, l'organo di giustizia costituzionale, in virtù della sua collegialità, per la sua stessa natura, non può impedire che tra i soggetti che compongono quel collegio vi siano diatribe, disaccordi, talora aspri scontri. È innanzitutto per questa ragione che, a parità di disaccordo, elemento inevitabile nelle moderne democrazie, la difesa dei valori fondamentali del sistema andrebbe affidata all'organo legislativo, l'ideale garante dell'assetto costituzionale, direttamente rappresentativo della volontà popolare. Dice infatti il teorico neozelandese: «molti di noi dissentono sulla giustizia. Le nostre idee su tale disaccordo determinano le nostre idee sulla politica. E dato che il diritto è figlio della politica, le nostre idee sul disaccordo determinano in qualche misura le nostre idee sul

diritto positivo»¹¹. Il disaccordo che si riversa così sull'attività politica è ineliminabile e deriva sia dalle diverse posizioni che le persone hanno rispetto ai propri interessi, sia perché di fronte a qualunque scelta ognuno la realizza richiamando proprie convinzioni morali che plasmano in maniera decisiva la scelta stessa. E l'ineliminabile presenza del disaccordo impone, all'interno del diritto, anche l'uso della forza, una forza posta al servizio della giustizia poiché tesa a dirimere gli ineludibili conflitti all'interno di una comunità politica. Dal punto di vista della politica, l'unica cosa che si può fare «nell'interesse dell'integrità della giustizia, è garantire che la forza venga usata per sostenere un'opinione e una sola, un'opinione che ognuno possa identificare come quella della comunità, quali siano le idee dei singoli sul merito della questione»¹².

Waldron ci tiene ad evidenziare come sia necessario trovare la strada migliore che consenta l'identificazione con l'opinione e la volontà della comunità, il che fa emergere subito il carattere fortemente maggioritario della sua posizione. Questo è un tipico argomento di chi evidenzia la natura contromaggioritaria delle corti le quali, attraverso il loro operato, creerebbero una frattura tra principio di maggioranza, sovranità popolare e democrazia. Avremo modo di sostenere come questa frattura non sia una fisiologica conseguenza dell'attribuzione del ruolo di custodia del sistema nelle mani della corte.

Waldron attribuisce a Locke e alla sua idea del legislativo come potere supremo la tesi per cui, nel caso in cui ci siano controversie sulle leggi, debba essere l'organo rappresentativo a decidere sulla regola della maggioranza, potendo meglio dirimere i disaccordi inevitabili sui diritti, sulla giustizia, sull'idea di bene comune, e così ricomponendo il distacco con la comunità che la corte creerebbe. Infatti «[l']istituzione che comprende i nostri rappresentanti, e l'istituzione che risolve le nostre

¹¹ J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, A. Pintore (a cura di), Giuffrè, Milano 2001, p. 43.

¹² *Ivi*, pp. 48-50.

divergenze fondamentali sui principi morali, hanno da essere una e una sola. Ed è nella congiunzione di queste due funzioni che essa incorpora la nostra unità civica e il nostro senso di mutua comprensione»¹³. L'istituzione legislativa sarebbe quella più varia e plurale immaginabile. Le vere differenze tra i parlamenti ed i tribunali non risiederebbero quindi nel metodo decisionale, poiché si tratta sempre di arrivare ad una soluzione, attraverso conflitti e disaccordi, in virtù del principio della maggioranza, che da disvalore diviene principio cardine del sistema giuridico. La diversità tra gli organi sarebbe dunque solo nel metodo di composizione. E se i teorici della giustizia non si occupano della legislazione in maniera dignitosa, sulla base della supposta scarsa edificabilità del principio maggioritario, allora dovrebbero considerare non meno edificante anche il fatto che le decisioni prese dai massimi tribunali siano spesso frutto di numerose ed aspre discussioni. Se si accetta l'equazione per cui il principio arbitrario è fonte di incertezza, non chiarezza, questo discorso deve valere a maggior ragione per la buona parte delle decisioni che provengono dalle corti¹⁴.

La ragione principale per la quale il potere legislativo deve essere preferito a qualsiasi organo giurisdizionale è data dalla rappresentatività, da opporre con forza alla non elettività dei giudici costituzionali, elemento che aggraverebbe ulteriormente la non democraticità delle corti. In questo senso la tesi di Waldron sembra sfruttare il percorso iniziato con l'opera di Bickel, imboccando tuttavia un sentiero che sembra andare ben al di là delle considerazioni fatte a suo tempo dall'autore di *The Least Dangerous Branch*.

La pretesa di giustizia che si pone all'interno degli Stati costituzionali deve coniugarsi con la possibilità per i soggetti della comunità di essere parti attive del processo politico-decisionale e nessun organo più di quello legislativo sembrerebbe rispondere meglio

¹³ *Ivi*, pp. 105-106.

¹⁴ *Ivi*, p. 152.

a questo bisogno, attraverso l'incarnazione del principio che gran parte della filosofia politica contemporanea trascura, ossia il principio maggioritario. Infatti, ci si sarebbe così tanto preoccupati delle derive autoritarie che potrebbero scaturire dall'eccessivo potere nelle mani del soggetto titolare del potere legislativo che si è finiti per trascurare gli aspetti positivi di un sistema che si fonda proprio sulla decisione della maggioranza, vero baluardo delle democrazie. Questo è quanto sostenuto da Waldron, secondo cui «[i]l timore della “tirannia della maggioranza” e la considerazione dei tribunali come istituzioni sanamente antimaggioritarie sono figli gemelli di questa diffidenza verso il principio di maggioranza. [...] La teoria del diritto sia continentale che anglosassone è oggi dedita a discutere di ragionamento, argomentazione, giustificazione, ma lo fa con riferimento pressoché esclusivo ai giudici, piuttosto che ai legislatori. Ne deriva che molteplici aspetti dell'attività legislativa, a partire dallo stesso ragionamento legislativo (che Raz significativamente qualifica come pre-giuridico) vengono completamente trascurati e in buona sostanza considerati estranei alla teoria del diritto». Egli non accetta in alcun modo il fatto che buona parte della dottrina più recente abbia assimilato senza difficoltà la questione della natura contromaggioritaria della corte. Il diritto – sempre secondo il professore neozelandese - è per lo più di natura legislativa, mentre ci si ostina a dibattere quasi esclusivamente del ragionamento giudiziario, «e questo privilegio teorico di solito è il prodotto di una concezione normativa, che esalta i tribunali come luoghi di esplicazione naturale di razionalità o ragionevolezza e di ragionamento “alto” basato sui principi. Le idee di Ronald Dworkin esemplificano in modo paradigmatico questa tendenza»¹⁵.

Si scaglia contro il costituzionalismo dworkiniano pensando che i diritti possono essere già pienamente garantiti attraverso il principio

¹⁵ *Ivi*, pp. IX-XI.

democratico ed avversa con forza l'impostazione classica della giustizia costituzionale e l'immagine dei tribunali costituzionali come veri ed unici custodi dei principi contenuti nel documento costituzionale¹⁶. Non vi sarebbe nulla di disdicevole in sé in un ordinamento che ruoti intorno al potere legislativo e che deve gran parte della sua produzione normativa all'attività dei partiti politici¹⁷.

4. Principio di maggioranza vs. natura contromaggioritaria

La filosofia politica contemporanea avrebbe così avuto una certa responsabilità nell'aver identificato l'organo giurisdizionale come il luogo ideale per la risoluzione del disaccordo, attribuendogli una *dignità* superiore rispetto a quella degli altri organi giurisdizionali. Così facendo, si sarebbe rafforzata l'idea per cui il ragionamento giuridico, l'argomentazione, l'assenza di dissenso, sarebbero realtà di competenza esclusiva di corti e tribunali. I teorici del dialogo e dell'argomentazione, avrebbero trascurato la pericolosità di un organo la cui natura è contromaggioritaria, concentrando la loro attenzione sull'intrinseca capacità argomentativa delle corti, sulla loro facoltà di riuscire a temperare meglio di ogni altra istituzione le anime discordanti all'interno del processo decisionale. Come ha a più riprese sostenuto Waldron, il processo legislativo ed il principio di maggioranza dovrebbero essere presi più sul serio anche dal punto di vista dell'elaborazione teorica poiché essi, più di ogni altra attività o principio delle moderne democrazie costituzionali, esercitano una influenza diretta e reale, non mediata, non solo rispetto alle singole decisioni politiche ma, più in generale, nei riguardi della difesa dei valori fondamentali di tutto il sistema giuridico. Il *judicial review*, al contrario, è uno strumento affidato a soggetti che non hanno alcuna

¹⁶ *Ivi*, p. XIV.

¹⁷ *Ivi*, p. 11.

forma di collegamento con la cittadinanza che nega, prima di ogni altra cosa, la possibilità per i membri della comunità di essere parte delle pratiche decisionali democratiche. Gli individui hanno il diritto di «*partecipate on equal terms in social decisions on issues of high principle and not just interstitial matters of social and economic policy*»¹⁸. Inoltre essi devono contribuire nella maniera più diretta possibile a tutte le scelte che riguardano direttamente la loro vita, ed un tribunale di giustizia costituzionale, per la sua stessa natura, per interessi particolari che mai emergeranno in un dibattito pubblico, sarebbe fisiologicamente inadatto ad assolvere a questo delicato compito. Il *judicial review* comporterebbe quindi un profondissimo «*disempowerment of ordinary citizens on matters of the highest moral and political importance*»¹⁹. Il principio di maggioranza, che dovrebbe essere il cuore pulsante di una democrazia costituzionale, verrebbe quindi schiacciato dal peso di un organo le cui decisioni vengono sovente prese in contrasto con la sovranità popolare: i cittadini diverrebbero un soggetto debole, un suddito che deve essere semplicemente governato ed amministrato, come se in ballo non vi fossero valori fondamentali ed interessi di vita di intere comunità politiche²⁰.

La soluzione offerta da Waldron, per opporsi alle difficoltà contromaggioritarie, consiste nel riconsiderare l'attività dei parlamenti, ove «i rappresentanti della comunità convengono insieme per determinare in modo solenne e palese schemi e misure comuni che possono essere riferiti a ciascuno di loro in ugual misura, e ciò fanno con modalità che riconoscono e rispettano apertamente, piuttosto che

¹⁸ J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 213.

¹⁹J. WALDRON, *A right-Based Critique of Constitutional Rights* in *Oxford Journal of legal Studies* 13, 1993, p. 45.

²⁰ J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, cit., pp. 32-33.

occultare, le divergenze di opinione e di principio tra loro esistenti. È precisamente questo - continua l'autore - il genere di raffigurazione della attività legislativa che vorrei coltivare. E penso che se facessimo nostro un tale modello di legislazione, esso a sua volta potrebbe provocare un mutamento salutare della nostra visione complessiva del diritto»²¹.

Nella prospettiva waldroniana il principio di maggioranza non può essere considerato una mera procedura decisionale, un meccanismo esclusivamente tecnico che non tiene in conto la diversità di posizione delle persone. Il punto di partenza è quello in cui nessuno è portatore di alcuna verità e dove, al contrario, si rispettano reciprocamente le varie posizioni perché è in una realtà plurale che si agisce e per ciò stesso non si può che ragionare in un contesto di apertura verso l'altro, nella consapevolezza della fallibilità della propria posizione. Il rispetto delle diverse opzioni morali, in Waldron, è il presupposto di una realtà politica effettivamente operativa, contrapposto al modello rawlsiano in cui il medesimo equilibrio può essere raggiunto solo per il tramite di esercizio di carattere logico. È per questa ragione che «a dispetto di qualunque opinione giusteorica, il diritto ha da essere inteso in ultima analisi come il prodotto della politica»²².

5. Principio di maggioranza vs. ragionamento giuridico

Secondo Waldron «[i]n attesa della riforma morale che conduca al pieno trionfo della razionalità, o ragionevolezza dialogica, rendendo superflua la conta delle teste, ai teorici del consenso e del dialogo non resta che cogliere l'esplicazione di tale razionalità in fatti più circoscritti: e di solito si tratterà, immancabilmente, del foro giudiziario. Non è un

²¹ *Ivi*, p. 9.

²² *Ivi*, p. 194.

caso che Rawls, col quale molti dei sostenitori della democrazia dialogica simpatizzano, tratti la Corte Suprema degli Stati Uniti come “il paradigma della ragione pubblica”, e che Habermas adotti un ordine di idee sostanzialmente identico»²³.

Una posizione così radicale impedisce ogni possibilità di sintesi tra le due prospettive, quella che difende il principio della maggioranza delle assemblee elettive e quella dei *teorici della razionalità*, che vedono nell’opera delle corti la migliore soluzione possibile in quanto è all’interno di quel foro che si può raggiungere il più alto livello di ragionamento giudiziario. In realtà anche nelle corti vi è conflitto e già solo per questo sarebbe il caso di dare preferenza alle assemblee elettive, che posseggono in più l’elemento distintivo delle democrazie rappresentative, il fatto di essere un organo democraticamente eletto, sanamente maggioritario. Waldron non può minimamente accettare che un organo non eletto, in cui il raggiungimento di un accordo su determinati valori è un’illusione, possa decidere sulle sorti degli equilibri di un sistema giuridico e politico attraverso il controllo di costituzionalità delle leggi. Tale controllo, sul cui sfondo opera minacciosamente la natura antimaggioritaria dell’organo giudiziario, trasforma quest’ultimo in un legislatore di secondo livello. Non ci sembra azzardato accostare questa posizione a quella che fu a suo tempo sostenuta da Carl Schmitt. Come il giurista renano, il professore neozelandese ritiene una forzatura ideologica attribuire alle corti decisioni così delicate e non si tratta, nelle moderne democrazie costituzionali, semplicemente della protezione di diritti fondamentali. L’oggetto della protezione non è affatto un insieme di principi intorno ai quali non esiste il dissenso ma, come più volte detto, all’interno del *foro dei giudici* vi è continuo contrasto in ordine ai diritti ed alle varie garanzie che sono formalizzate all’interno delle carte costituzionali. Non si può custodire un oggetto su cui non vi è accordo e nel momento in cui

²³ *Ivi*, p. XIX.

si decide con riferimento a quell'oggetto non si agisce esclusivamente da garante, ma da vero e proprio legislatore. Non essendoci alcun accordo sul contenuto e non potendo l'autorità politica dipendere da dinamiche che riguardano uno specifico contenuto normativo, ciò a cui ci si può unicamente riferire sono le buone e chiare procedure da cui sono solitamente caratterizzate i parlamenti. Una posizione che per certi versi ricorda proprio l'idea schmittiana dell'assenza di *ratio* nell'operato dell'organo giurisdizionale e, dunque, della sua inadeguatezza a ricoprire il ruolo di *custode della costituzione*. Il contenuto normativo è infatti sempre messo in discussione, riconsiderato, rideterminato, il binomio corretto da valutare allora non è tra aspetti formali ed aspetti sostanziali, bensì tra due procedure. La scelta è tra una procedura posta in essere da un organo la cui *dignità* è certificata dalla *consonanza* col popolo ed un'altra la cui autorevolezza è semplicemente supposta, sulla base di una razionalità che, per Waldron, nei fatti non esiste.

I conflitti in ambito morale sempre ci saranno e sempre ci saranno dubbi e diatribe in ordine alle scelte politiche²⁴. E non essendo raggiungibile una verità morale, è inevitabile che i membri di una comunità debbano fare affidamento alle scelte prese, per loro conto, da organi collegiali. Da una posizione chiaramente soggettivista, Waldron ritiene che non sia mai raggiungibile un concetto univoco di giustizia e sostiene che è proprio in virtù del disaccordo tra individui e dalla considerazione dell'assenza di un'*unica risposta giusta*, che deriva la necessità di affidarsi all'organo elettivo per eccellenza. Se fossimo totalmente d'accordo con Waldron, non solo avremmo trovato la soluzione al problema della difficoltà contromaggioritaria: di più, essa, già in partenza, non esisterebbe.

6. Rappresentatività ed opinione pubblica

²⁴ *Ivi*, p. XVI.

Per quanto Waldron sollevi questioni non trascurabili e abbia avuto il merito di favorire una discussione interessante sul ruolo delle corti e sulla natura sostanziale delle loro decisioni, riteniamo che essa non risolva il problema della difficoltà contromaggioritaria. Il vero problema risiede nel concetto che si intende attribuire all'idea di "rappresentatività": nella pratica, non è detto che l'organo che abbia la maggiore connessione con la sovranità popolare sia quello maggiormente in grado di difenderne gli interessi e tutelarne i valori. Piuttosto che archiviare in maniera sbrigativa la questione della difficoltà contromaggioritaria, per tentare di arginare il vigore con cui Bickel ha sostenuto la sua tesi, preferiamo percorrere una strada alternativa a quella seguita da Waldron.

Un tentativo che in tal senso potrebbe essere utile e che possa in effetti favorire un ampliamento della nozione di "rappresentatività", è quello che tende a ricomprendere in quest'ultima l'adesione da parte dell'opinione pubblica alle decisioni della corte e che, in un certo senso, ne rafforzerebbe la legittimità. Se propendiamo per questa tesi dobbiamo affermare che attraverso l'attività dell'organo giurisdizionale in realtà non si creerebbe alcuna frattura con la sovranità popolare, dato che sovente «la corte, nelle proprie decisioni, semplicemente riflette l'opinione pubblica» e dunque i problemi connessi alla sua attività non possono essere descritti come contromaggioritari²⁵. Diversi studi hanno dimostrato come le decisioni della corte non solo hanno rispecchiato la volontà dell'opinione pubblica maggioritaria, ma che spesso sono state prodotte in corrispondenza con il volere della maggioranza politica di turno, rendendo il giudice costituzionale, al pari degli organi legislativi, un vero e proprio *policy maker*²⁶.

²⁵ N. PERSILY, J. CITRIN, P. J. EGAN, *Public Opinion and Constitutional Controversy*, Oxford University Press, 2008, p. 5. (traduzione mia).

²⁶ Sulla corrispondenza tra decisioni della corte ed opinione pubblica si veda, tra gli altri, D. ADAMANY, S. MEINHOLD, *Robert Dahl: Democracy, Judicial Review, and*

La legittimità della corte è una legittimità delegata ed il fatto che i suoi membri non siano eletti non pare possa pregiudicare in maniera decisiva, almeno da questo preciso angolo visuale, il rapporto con la sovranità popolare che sarebbe, seppur in maniera mediata, ben rappresentata dai giudici costituzionali.

Il fatto che il *judicial review* sia posto in essere da un organo non eletto è ancora accettato e condiviso come mezzo di tutela del sistema democratico dalla maggioranza dei cittadini i quali, pur nella ovvia possibilità di dissentire rispetto all'indirizzo della corte, le hanno frequentemente accordato una fiducia superiore rispetto a quella che si ha nei riguardi delle altre istituzioni e riconoscendole, quindi, piena autorevolezza²⁷.

Un altro argomento che a nostro avviso può soddisfare ulteriormente l'esigenza di ridimensionamento della difficoltà contromaggioritaria riguarda le specifiche capacità dei giudici costituzionali, nel senso che essi possiederebbero maggiore competenza, preparazione ed abitudine al ragionamento rispetto ai legislatori, per ciò

the Study of Law and Courts, in *The Pioneers of Judicial Behavior*, Nancy Maveety ed., University of Michigan Press, 2003, pp. 361-386; più specificatamente sulla linea "maggioritaria" della corte, si veda R. A. DAHL, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in *Role of the Supreme Court Symposium*, n. 1, consultabile al link <http://epstein.wustl.edu/research/courses.judpol.Dahl.pdf>.

²⁷ Sul sostegno da parte dell'opinione pubblica nei riguardi dell'attività della suprema corte si veda, tra gli altri, J. J. MONDAK, S. I. SMITHEY, *Dynamics of Public Support for the Supreme Court*, in *The Journal of Politics*, vol. 59, n. 4, Novembre 1997, pp. 1114-1142. In particolare viene evidenziato come il sostegno da parte della comunità politica superi quello che si ha nei confronti del potere esecutivo e del congresso. Sull'argomento si veda anche J. L. GIBSON, G. A. CALDEIRA L. K. SPENCE, *Measuring Attitudes toward the United States Supreme Court*, in *American Journal of Political Science*, Vol. 47, n. 2, Aprile 2003, pp. 354-367, consultabile al link <https://pages.wustl.edu/files/pages/imce/jlgibson/ajps2003.pdf>.

che concerne la difesa dei diritti umani²⁸. E, in secondo luogo, anche nel caso in cui non si ravvisi questa superiorità tecnica rispetto al legislativo (al contrario di sostenuto, come visto, da Jeremy Waldron), la prospettiva e la sede dalla quale l'organo giurisdizionale compie le sue scelte, consentirebbe una protezione più intensa dei diritti fondamentali e garantirebbe una maggiore imparzialità rispetto al legislatore. Ci sentiamo di difendere questa idea, il che ovviamente non comporta automaticamente ritenere che la corte, di per sé, garantisca comunque un processo decisionale che conduca a risposte sempre corrette (in questo senso, invece, alcuni rilievi effettuati da Waldron possono essere giudicati validi).

7. Oltre la difficoltà contromaggioritaria: principio di maggioranza e buone forme di rappresentatività.

Secondo la lettura che si intende qui fornire la natura contromaggioritaria della corte non può essere ignorata. L'opera di Bickel ha avuto certamente il merito di contribuire in maniera decisiva per rendere centrali, all'interno del dibattito dell'ultimo cinquantennio, alcuni temi che risultano ancora di grande attualità, e non solo per ciò che riguarda il sistema americano. In particolare costituisce costantemente un dilemma il tema della mancanza di rappresentatività dell'organo giurisdizionale (è in questo senso che la teoria di Waldron ci è parsa un caso emblematico). Questo costituisce ancora "Il" vero problema, intorno al quale si sviluppano tutta una serie di dilemmi, che pensiamo non possano trovare una definitiva soluzione.

Dalla mancanza di rappresentatività dell'organo derivano in primo luogo dubbi sulla sua effettiva indipendenza, sulla sua politicizzazione, sulla sua illegittimità nel momento in cui riveste un ruolo così delicato come quello della custodia dei valori fondamentali del

²⁸ Sulle "capacità" del giudice costituzionale si veda C. BLACK JR., *A New Birth of Freedom: Human Rights, Named and Unnamed*, Yale University Press 1999.

sistema. Ma tutte queste ragioni non sembrano essere ancora sufficienti per sostenere l'inadeguatezza del *judicial review*. Un conto è rilevare il problema della natura contromaggioritaria e della *controelettività* dell'organo, o cercare di capire fino a che punto la decisione del giudice costituzionale sia imparziale, altro è pensare che tutto ciò debba automaticamente tradursi in una totale delegittimazione dell'operato delle corti. Se optassimo per una sua totale riconsiderazione, allora metteremmo in dubbio le radici stesse del moderno stato di diritto costituzionale, stravolgendone assetto e funzioni. Se il *judicial review* non avesse alcuna superiorità, ecco che esso realmente si tramuterebbe in un mezzo di controllo antidemocratico attraverso il quale, anziché soddisfare le esigenze di protezione di cui necessitano gli individui, si andrebbe contro gli interessi del popolo. È in questo caso che si configurerebbe effettivamente come uno strumento utilizzato contro la maggioranza e che assicurerebbe al giudice costituzionale un potere illegittimo e sproporzionato. In buona sostanza, si concretizzerebbe quel radicale *spostamento di potere* di cui parlava già Kelsen²⁹. Dovremmo a

²⁹ L'autore de *La dottrina pura del diritto* non ignora i rischi che vi sono nel momento in cui si affida la *custodia* del sistema ad un organo giurisdizionale che, nella sua attività, entra in contatto con principi fondamentali che per la loro stessa natura suggeriscono un'attività discrezionale, attività che però potrebbe sfociare in un pericoloso attivismo. In proposito Kelsen scrive infatti che è «la stessa costituzione a contenere un rinvio a tali principi e a richiamare gli ideali della "giustizia", della "libertà", dell'"uguaglianza", dell'"equità", della "moralità", etc., senza indicare meglio di cosa si tratti» e che «in mancanza di una precisazione di questi valori, significa che solo che tanto il legislatore quanto l'esecutore della legge sono autorizzati a riempire con la discrezionalità lo spazio lasciato libero dalla costituzione e dalle leggi. [...] È evidente che il senso della costituzione non può essere quello di far dipendere ogni legge votata dal parlamento dalla discrezionalità di un collegio la cui composizione politica è più o meno arbitraria, com'è il caso del tribunale costituzionale, mediante l'impiego di termini non meglio precisati ed equivoci come "giustizia" o simili. Se quindi si deve evitare tale *spostamento di potere* - certo non voluto dalla costituzione e politicamente assai inopportuno - *dal parlamento ad un organo che ne sta al di fuori* e

questo punto realmente, sulla scia di Waldron, cedere il passo alla considerazione per cui la ponderazione di valori, il bilanciamento, sono solamente delle pure finzioni: dietro il tentativo di risoluzione del conflitto, allora, risiederebbe una pericolosa attività che non solo coinvolge la sfera politica e quella morale, ma lo fa senza alcuna legittimazione democratica e contro gli interessi della maggioranza prevalente.

In questa sede non abbiamo mai negato che la decisione da parte di un organo non rappresentativo susciti questioni intorno al dilemma del *deficit democratico*, ma vogliamo continuare a ribadire la legittimità e l'indispensabilità del *judicial review*. Per far ciò dobbiamo difendere le modalità attraverso le quali il controllo di costituzionalità viene esercitato nel pieno rispetto delle regole del *gioco democratico* auspicando, al contempo, che l'utilizzo di tale strumento di equilibrio del sistema costituzionale si realizzi per il tramite di ulteriori garanzie che non facciano apparire l'attività delle corti sotto la cattiva luce della segretezza e dell'insindacabilità delle scelte³⁰. Ecco che allora la giustificazione teorica del *judicial review* potrebbe essere letta meglio da un'altra prospettiva: non si dovrebbe cioè discutere tanto se il controllo di costituzionalità debba esserci, quanto cercare di comprendere il modo in cui esso debba svolgersi, ossia quali sono le migliori modalità di interpretare il testo costituzionale³¹.

Si valuti inoltre la natura della costituzione americana che già nelle intenzioni dei padri fondatori era lo strumento ideale per la

che può diventare espressione di forze politiche del tutto diverse da quelle che si esprimono nel parlamento, la costituzione, quando istituisce un tribunale costituzionale, deve astenersi da una simile *fraseologia* e, se vuole stabilire principi, direttive e limiti al contenuto delle leggi da emanare, deve definirli nel modo più preciso possibile». H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano 1981, pp. 255-256, nota 9.

³⁰ O. CHESSA, cit., p. 107.

³¹ *Ivi*, p. 122, nota 39.

connessione con la sovranità popolare, il vero potere supremo rispetto agli altri poteri dello Stato. Dunque la questione non dovrebbe essere letta nell'ottica della superiorità del potere giudiziario rispetto a quello legislativo, bensì nella constatazione della preminenza della carta fondamentale e dunque della volontà del popolo per la cui difesa è posto in essere il *judicial review*³². Interrogarsi legittimamente del peso e del potere che poi i giudici costituzionali hanno assunto nel corso dei secoli successivi, acquisendo certamente un crescente peso "politico", non può di certo corrispondere ad ignorare quali fossero le ragioni fondative del documento costituzionale e quale particolare senso debba essere accordato alla locuzione "supremazia della costituzione".

Riteniamo che non basta il fatto che un collegio non sia rappresentativo e che possa decidere contro la maggioranza, per farlo ritenere un organo antidemocratico: se la costituzione è considerata norma superiore è proprio perché va intesa ed interpretata nel rispetto del volere del popolo sovrano. Se non si perde il punto di vista generale, per cui la giustizia costituzionale è il meccanismo fondamentale per assicurare la miglior tutela del popolo, è evidente che non è sufficiente la sola valutazione della non rappresentatività dell'organo per far perdere improvvisamente tutta la legittimità sulla base della quale le corti operano. Inoltre non è assolutamente detto che ogni decisione vada contro la maggioranza «semplicemente perché sconfessa gli esiti decisi in base alla regola della maggioranza che trova applicazione nel corso del procedimento legislativo: del resto, anche il controllo di costituzionalità è esercitato dal collegio giudicante secondo la regola di maggioranza. E neppure sarebbe corretto riferire l'aggettivo *majoritarian* agli orientamenti maggioritari dell'opinione pubblica, perché nulla esclude che le decisioni della giurisdizione costituzionale, anche se annullano o disapplicano leggi votate dall'assemblea elettiva, incontrino un favore

³² C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Giappichelli, Torino 2011, pp. 53-53.

popolare»³³. È questa l'arma che più di tutte può aiutare a sostenere la nostra idea e le bontà delle ragioni secondo le quali il *judicial review* non avrebbe affatto carattere antidemocratico: non si può mai prescindere dal senso che si vuole attribuire al termine *maggioritario*.

Quando parliamo di principio maggioritario, non dovremmo riferirlo esclusivamente alla volontà espressa da parte del corpo elettorale: se così fosse tutte le decisioni dell'organo di giustizia costituzionale potrebbero essere qualificate come antimaggioritarie. Ma innanzitutto possiamo dire che la difficoltà contromaggioritaria non trova spazio nella realtà se si pretende, attraverso di essa, di inquadrare l'effettivo stato dei rapporti che esistono tra potere il legislativo e quello giurisdizionale³⁴ o, come abbiamo prima evidenziato, tra quest'ultimo e l'opinione pubblica. Inoltre, se provassimo a fare nostra una definizione ancora più ampia del concetto, ecco che lo scenario muterebbe in maniera sostanziale.

Innanzitutto, v'è da dire che il controllo di costituzionalità delle leggi non nasce affatto, come ad esempio nell'esperienza statunitense, per dare maggior forza alla volontà della maggioranza della popolazione. Era un strumento di maggior connessione con la sovranità popolare che doveva essere tutelata contro gli abusi degli altri poteri dello Stato. E nella giurisprudenza americana il controllo di costituzionalità è stato utilizzato anche e soprattutto a tutela delle minoranze. Anzi, spesso il potere giudiziario proprio in virtù della migliore sintonia col popolo, tutelando la costituzione, lo garantiva in maniera più diretta ed efficace.

Per maggioranza, in questa sede, riteniamo cioè che non si debba intendere esclusivamente quella che si determina a seguito delle elezioni che portano alla formazione dell'organo legislativo: se così facessimo, la democrazia perderebbe la sua naturale propensione a proteggere tutti i

³³ O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, cit. p. 123.

³⁴ *Ivi*, p. 254.

soggetti che fanno parte di una comunità. La costituzione nasce per tutelare tutto il popolo e il controllo di costituzionalità interviene proprio per garantire i soggetti a vario titolo discriminati, nonché le minoranze mal rappresentate.

La massima legge dello Stato, per il tramite dei meccanismi della giustizia costituzionale, deve essere in grado di proteggere il maggior numero di persone possibile contro gli abusi e la forza talora eccessiva del potere politico. Se così non fosse e si volesse far prevalere esclusivamente la volontà dei parlamenti, ecco che ad essere meglio tutelata sarebbe principalmente solo la parte della popolazione che si è espressa in un preciso senso durante la tornata elettorale. E questo è un altro motivo che ci fa ritenere inadeguata la proposta offerta da Waldron.

Senza voler entrare in maniera approfondita nel merito del delicatissimo rapporto che vi è tra rappresentanza, legittimità e consenso³⁵, basti in questo momento sottolineare che se per costituzione

³⁵ Ogni potere politico che ha il consenso della maggioranza della popolazione, per ciò stesso non può essere considerato pienamente legittimo. Ciò perché il consenso può facilmente essere manipolato attraverso diverse forme di propaganda e la maggioranza politica che si forma, per quanto democraticamente eletta, non ha in sé alcuna caratteristica né garanzia di assoluta legittimità. È empiricamente impossibile capire sempre se il consenso si sia formato attraverso il libero convincimento della persona o se non siano entrate in gioco modalità che abbiano alterato per qualche la volontà del soggetto che esprime la propria preferenza. Assumendo questa prospettiva allora dovremmo porci sempre in una posizione critica nei confronti del potere, politico e non, e in noi vi sarà sempre il dubbio che in esso si possa scorgere una carenza di legittimità. La formazione della maggioranza politica, quindi, non può essere il discrimine, quanto meno non il solo, che possa farci sostenere con certezza la totale legittimità di un organo che esercita il potere. Ad avviso di chi scrive, se dobbiamo parlare di carenza di legittimità per l'organo di giustizia costituzionale, allora non di meno dobbiamo sostenere la stessa cosa per l'organo legislativo. In argomento si veda S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1998, pp. 74-76.

intendiamo la legge fondamentale che deve tutelare tutti i cittadini e se il controllo di costituzionalità è lo strumento più idoneo a realizzare questo fine ecco che, automaticamente, quest'ultimo non potrà più essere inteso come strumento dal carattere antimaggioritario, bensì come una più generale garanzia nei confronti di tutti, in special modo nei riguardi delle classi più deboli e discriminate³⁶, quelle i cui interessi sovente non corrispondono a quelli rappresentati dalla maggioranza politica.

Una proposta di maggioranza da intendersi in senso più ampio, che vogliamo qui avanzare, potrebbe essere quella che prende in considerazione “la maggior parte delle persone che meritano tutela”, un insieme di soggetti che non necessariamente corrisponde a coloro che hanno determinato la formazione della maggioranza politica di turno. In questo gruppo di persone rientrano categorie di soggetti più deboli, o anche semplicemente persone che esprimono opinioni differenti sulle più disparate questioni politicamente rilevanti, attraverso le varie modalità che la vita democratica offre, consentendo ai membri di una comunità di partecipare attivamente, esprimendo il proprio consenso.

Quando la corte opera, è difficile immaginare che lo faccia ignorando questi altri gruppi presenti nella comunità politica, un insieme spesso numerosissimo di persone che agisce a tutela dei propri diritti fondamentali. Il grado di influenza delle tante altre maggioranze

³⁶ È qui il caso di sottolineare l'utilizzo, nella giurisprudenza costituzionale americana, della *equal protection clause*. Oltre al già citato caso *Brown vs. Board of Education*, vi sono una serie di decisioni che, soprattutto in tema di discriminazione razziale (su tutte si veda *United States vs. Carolene Products*, 1938, nonché *Missouri ex rel. Gaines vs. Canada*, dello stesso anno), si sono orientate nel senso di una tutela sempre maggiore nei confronti di categorie di soggetti meno garantiti. Ma i principi enunciati in *Brown vs. Board of Education* ed in altre decisioni sono stati sovente ripresi dalla corte non solamente per ciò che riguarda la segregazione o la discriminazione razziale, ma contrastando la legislazione, ad esempio, anche in tema di stato di residenza o di differenza di genere. Le sentenze citate sono consultabili al sito <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/>.

che si formano all'interno della comunità ha certamente rilievo sulle scelte della politica e, immaginiamo, anche per gli organi di giustizia costituzionale. Le riflessioni da poco fatte sul rapporto tra decisioni della corte ed opinione pubblica, crediamo vadano lette in questo senso.

Abbiamo infine un altro argomento a sostegno della nostra tesi. Nel momento in cui le corti annullano una legge del parlamento lo fanno perché è stato quest'ultimo, per lo meno a livello di principio, ad andare contro i diritti fondamentali e dunque contro gli interessi principali che la costituzione deve custodire, interessi che riguardano tutta la comunità.

Se dunque la corte agisce all'interno della più volta citata funzione di equilibrio tra poteri, come organo che partecipa a tale pratica di armonizzazione, attraverso lo strumento del *judicial review* non fa altro che confermare il carattere della costituzione che, in questo senso, scongiura derive dal carattere fortemente *antimaggioritario*.

È bene ribadire che tutte queste considerazioni non hanno lo scopo di negare la natura contromaggioritaria della corte né la sua *controelettività*. Ma pensiamo che tale organo, quando esprime preferenze sostanziali, non lo fa necessariamente attraverso decisioni totalmente sconnesse dalla volontà popolare. Anzi la non elettività dell'organo è, ad avviso di molti, una forma di garanzia. Non elettività, infatti, riteniamo non corrisponda a non rappresentanza: nel momento in cui la corte agisce deve farlo, come detto, cercando la migliore e più ampia forma di rappresentanza di tutta la comunità. Che questo poi effettivamente avvenga nella realtà è un'altra questione³⁷.

Un'altra considerazione appare doverosa. Posta la diversità con la natura del giudizio di costituzionalità delle corti europee, consci del

³⁷ Ciò costituisce ancora, forse, l'ostacolo più grande da superare per coloro i quali continuano a sostenere strenuamente la legittimità e la democraticità del *judicial review*.

fatto che una completa assimilazione tra i due sistemi risulterebbe una forzatura, innanzitutto per ragioni di carattere storico e culturale, possiamo tuttavia sostenere che se le motivazioni addotte sinora per difendere la legittimità del *judicial review* valgono per la realtà statunitense, difficilmente potrebbero non valere per i sistemi europei. E ciò perché, al netto di quelle ragioni divisive, permane un punto di unione tra i sistemi dal quale non si può prescindere e che, in un'ultima analisi, costituisce il cuore di ogni discussione che pretenda di affrontare il tema della legittimità del giudizio di costituzionalità delle leggi. Il riferimento, naturale approdo del presente lavoro, è alla più volte citata necessità della ricerca di un equilibrio tra poteri, al quale concorrono tutte le istituzioni democratiche e all'interno del quale il controllo di costituzionalità costituisce solo uno dei momenti ad esso necessari e ciò a prescindere dal sistema costituzionale che si intende analizzare. Per il raggiungimento di tale equilibrio è necessaria l'azione di tutti i rappresentanti delle istituzioni democratiche, e se dobbiamo legittimamente pretendere maggiore correttezza da parte dei giudici costituzionali, allo stesso modo non possiamo che auspicare che l'organo legislativo sia meglio rappresentato. La scelta non è quindi tra rappresentatività e non rappresentatività, ma tra buone e cattive forme di rappresentanza. Per sperare che le cariche (elettive e non) siano ricoperte da soggetti adeguati, si potrà si auspicare che si realizzino riforme strutturali³⁸, ma riteniamo che, sia per quanto riguarda l'attività

³⁸ Si può immaginare qualunque riforma che tenda al miglioramento della carta fondamentale, ma bisogna sempre essere consapevoli, al di là di ciò che una costituzione prescrive sulla carta, e al di là delle modalità attraverso le quali si intendono riformare gli organi all'interno di uno stato democratico, che quegli organi, per mezzo della costituzione, potranno realizzare sempre un numero limitato di obiettivi. Se all'interno di uno Stato vi sono condizioni favorevoli alla democrazia, il mantenimento o il miglioramento di quelle condizioni dipende più dalla responsabilità e dalla capacità dei soggetti che ricoprono certe cariche, piuttosto che dalla particolare composizione di un organo o dalle caratteristiche peculiari di una certa costituzione

delle corti, sia per quello che attiene al ruolo dei parlamenti, ciò che può restituire *dignità* all'attività politica (da intendersi in senso ampio) è solamente un comportamento effettivamente adeguato al livello di responsabilità che certe cariche comportano.

che, in fondo, non è altro che un mezzo per la realizzare i diritti fondamentali in essa contenuti. Tale tesi è sostenuta, tra gli altri, da Robert A. Dahl, *Quanto è democratica la Costituzione americana?*, cit., p. 83 e pp. 99-100.