

SEMINARIO GIURIDICO  
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA  
CCLXXXIV

---

CATERINA DRIGO

LE CORTI COSTITUZIONALI  
TRA POLITICA E GIURISDIZIONE

Lavoro redatto nell'ambito del progetto di ricerca "Corti costituzionali, Corti Supreme e definizione della costituzione sostanziale".

SEMINARIO GIURIDICO  
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

\*\*\*

---

Per la presente monografia la Giunta di Dipartimento ha nominato la seguente Commissione di lettura:

Prof. Carlo Bottari (Alma Mater Studiorum – Università di Bologna)  
Prof.ssa Susanna Mancini (Alma Mater Studiorum – Università di Bologna)  
Prof. Luca Mezzetti (Alma Mater Studiorum – Università di Bologna)

Bononia University Press  
Via Ugo Foscolo 7, 40123 Bologna  
tel. (+39) 051 232 882  
fax (+39) 051 221 019

www.buonline.com  
e-mail: info@buonline.com

© 2016 Bononia University Press  
Tutti i diritti riservati

ISSN 2283-916X  
ISBN 978-88-6923-205-3

Impaginazione: Sara Celia

Prima edizione: 2016

## SOMMARIO

### CAPITOLO I SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ E SEPARAZIONE DEI POTERI: RICOSTRUZIONE STORICA E SPUNTI PROBLEMATICI

1. La nascita del controllo di costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America	4
1.1. Realizzazione del modello	4
1.1.1. Considerazioni di ordine metodologico	4
1.1.2. Evoluzione del modello: dalle Colonie al <i>Bill of Rights</i> del 1791	4
2. <i>Separation of powers</i> nell'architettura costituzionale delle origini: presupposto per il <i>judicial review</i>	16
3. ( <i>segue</i> ): il processo evolutivo del <i>judicial review</i> e il ruolo della <i>Supreme Court</i>	26
3.1. Casi di <i>judicial review</i> antecedenti la Convenzione di Filadelfia	28
3.2. <i>The Federalist</i> e le teorizzazioni in merito alla necessità del <i>judicial review of legislation</i>	33
3.3. Casi di esercizio del <i>judicial review</i> successivamente alla Convenzione di Filadelfia	39
3.4. Affermazione espressa del potere di <i>judicial review</i>	41
3.4.1. Considerazioni generali	41
3.4.2. <i>Marbury v. Madison</i>	46
3.4.3. Risultanze del caso <i>Marbury v. Madison</i> : così incontestabili?	53
3.5. Interpretazione o revisione costituzionale: problemi aperti	55
3.5.1. La posizione della Corte Suprema in relazione all'adattamento della Costituzione ai mutamenti storici	58

### CAPITOLO II GIUSTIZIA COSTITUZIONALE E LEGITTIMAZIONE DELLE CORTI: LINEE DEL DIBATTITO E PROFILI CRITICI

1. Considerazioni generali	64
1.1. Premesse	64
1.2. Un quadro d'insieme: legittimazione della giustizia costituzionale e interpretazione costituzionale	71

2.	Il caso statunitense: <i>judicial review</i> e teoria costituzionale	84
2.1.	Dibattito dottrinale statunitense in merito alla legittimazione della giustizia costituzionale	84
2.2.	Le linee del dibattito sul <i>judicial review</i> dal caso <i>Marbury v. Madison</i> all'era <i>post New Deal</i> . Formalismo, Anti-formalismo e <i>Legal process theory</i>	90
2.3.	( <i>segue</i> ): <i>judicial review</i> e democrazia. La <i>counter-majoritarian difficulty</i>	99
2.4.	( <i>segue</i> ): i tentativi di superare la <i>counter-majoritarian-difficulty</i>	104
2.4.1.	Teorie moniste e il <i>rights foundationalism</i>	104
2.4.2.	( <i>segue</i> ): la <i>dualist democracy</i> e la nuova idea del rapporto fra costituzionalismo e democrazia	109
2.4.3.	( <i>segue</i> ): il costituzionalismo deliberativo	111
2.5.	( <i>segue</i> ): teorie sul <i>judicial review</i> e ruolo del giudice costituzionale nella difficile oscillazione fra <i>judicial restraint</i> e <i>judicial activism</i>	112
2.5.1.	La cornice del problema	112
2.5.2.	L'apporto delle teorie originaliste	116
2.5.3.	Il <i>minimalism</i> di C. Sunstein	120
2.5.4.	Il variegato quadro del <i>non-interpretivism</i>	121
2.5.5.	Le seduzioni del <i>moral reading</i>	122
2.5.6.	Una "visione" sistemica": Tribe, Posner, Beatty a confronto	124
2.5.7.	Qualche osservazione conclusiva	127
3.	La Corte costituzionale italiana e il dibattito dottrinale in tema di legittimazione dell'organo di giustizia costituzionale: un'introduzione	128
4.	Alcune riflessioni d'insieme: parallelismi fra Italia e Stati Uniti	135

### CAPITOLO III

#### TECNICHE DI SELEZIONE DEI CASI E QUESTIONI POLITICHE. IL CONTESTO STATUNITENSE E PROFILI DI SIMILITUDINE E DIFFERENZIAZIONE CON QUELLO ITALIANO

1.	Le possibili tecniche di selezione dei casi nell'ordinamento statunitense	144
1.1.	Considerazioni generali	144
1.2.	( <i>segue</i> ): la <i>case or controversy clause</i>	151
1.3.	( <i>segue</i> ): l' <i>adversity</i> e il divieto di rendere <i>advisory opinions</i> . Inquadramento del tema e parallelismi con l'ordinamento italiano	154
1.4.	( <i>segue</i> ): concretezza del giudizio e <i>doctrines of justiciability</i>	163
2.	La selezione dei casi alla luce del composito prisma dello <i>standing</i>	168
2.1.	Il contesto definitorio	168
2.2.	( <i>segue</i> ): lo <i>standing</i> e « <i>its secrets rules</i> »	172
2.3.	( <i>segue</i> ): aspetti critici	179
2.4.	( <i>segue</i> ): <i>statutory limits</i> allo <i>standing</i>	184
2.5.	La <i>standing doctrine</i> nella giurisprudenza più recente. Sviluppi coerenti?	189
2.6.	Le difficoltà di razionalizzazione: una <i>doctrine in a state of some confusion</i>	198
3.	Il "tempo" della decisione: <i>ripeness</i> e <i>mootness</i>	201
3.1.	Il controverso concetto di "maturità della questione"	201

3.2.	<i>Mootness</i> : « <i>the doctrine of standing in a time frame</i> »	206
4.	<i>Doctrines of justiciability</i> e <i>constitutional issues</i> : alcuni profili di similitudine fra Stati Uniti e Italia	209
4.1.	Tecniche di selezione dei casi: esistenza di un coefficiente di politicità intrinseca?	209
4.2.	Selezione dei casi e decisioni processuali nel contesto nazionale	216

### CAPITOLO IV

#### I MUTEVOLI CONFINI DELLA *POLITICAL QUESTION DOCTRINE*

1.	Considerazioni generali: strumento funzionale alla (legittima) limitazione del potere giudiziale o dottrina politicamente orientata?	221
2.	Origini e sviluppo della dottrina nel contesto statunitense	235
3.	( <i>segue</i> ): la svolta e l'inizio del declino della dottrina	252
3.1.	Il caso <i>Baker v. Carr</i>	252
3.2.	( <i>segue</i> ): i successivi sviluppi	260
4.	La dottrina al vaglio della dottrina: spunti di riflessione	266
4.1.	La <i>classical political question doctrine</i>	267
4.2.	Il <i>prudential approach</i> alla <i>political question doctrine</i>	270
4.3.	La <i>functional political question doctrine</i>	277
4.4.	L'evoluzione del dibattito: verso l'inesistenza della <i>political question doctrine</i> ?	280
4.5.	( <i>segue</i> ): impossibilità di definire compiutamente il concetto di <i>political questions</i>	286

### CAPITOLO V

#### LA GRAMMATICA GIURISPRUDENZIALE DELLA *POLITICAL QUESTION DOCTRINE*: CASI RILEVANTI IN AMBITI "SENSIBILI"

1.	Considerazioni introduttive	294
2.	Dagli <i>internal proceedings</i> agli <i>impeachment cases</i>	295
2.1.	Il sindacato sugli <i>internal proceedings</i>	295
2.2.	( <i>segue</i> ): parallelismi con la giurisprudenza italiana in materia di <i>interna corporis acta</i>	297
2.3.	La Corte Suprema di fronte ai c.d. <i>impeachment cases</i>	301
3.	<i>Reapportionment</i> , <i>gerrymandering</i> e il "federalismo giurisdizionale"	303
3.1.	<i>Reapportionment</i> e <i>gerrymandering claims</i>	303
3.1.1.	Le prime decisioni	304
3.1.2.	L'avvio della c.d. <i>reapportionment era</i>	306
3.1.3.	( <i>segue</i> ): successivi sviluppi	308
3.1.4.	( <i>segue</i> ): la svolta del 2004	310
3.1.5.	Alcune riflessioni d'insieme	319
3.2.	I casi <i>Bush I</i> e <i>Bush II</i>	323
4.	La più recente giurisprudenza: verso una riespansione della <i>political question doctrine</i> ?	325
4.1.	Dalla politica estera alla sicurezza interna: riconfigurazione dei confini della <i>political question doctrine</i>	325

4.2. ( <i>segue</i> ): la tutela dei diritti fondamentali negli stati di emergenza: fra separazione dei poteri e <i>political questions</i>	331
4.3. ( <i>segue</i> ): la reazione della Corte Suprema: <i>Boumediene v. Bush</i>	343
4.4. ( <i>segue</i> ): i casi <i>Zivotosky I</i> e <i>Zivotosky II</i> : verso il ritorno alla <i>classical political question doctrine</i> ?	349
4.4.1. <i>Zivotosky v. Clinton</i>	349
4.4.2. <i>Zivotosky v. Kerry</i>	356
4.5. <i>L'health care reform</i> quale ulteriore frontiera della <i>political question doctrine</i> ?	359
5. Un parziale bilancio	374

#### CAPITOLO VI

##### LA CORTE COSTITUZIONALE AT THE BAR OF POLITICS

1. Similitudini e asimmetrie fra ordinamenti. La tutela dei diritti quale fondamento comune dei principi cui sono ispirate la forma di governo statunitense e quella italiana	382
2. Riflessioni sul rapporto tra la tutela dei diritti e gli equilibri fra poteri nella nostra esperienza costituzionale. La nascita della giustizia costituzionale in Italia: le scelte del Costituente	387
2.1. Il ruolo assegnato alla Corte costituzionale nell'ambito dei lavori dell'Assemblea costituente	387
2.2. ( <i>segue</i> ): il dibattito in seno alle commissioni dell'Assemblea costituente	394
2.3. Il modello realizzatosi. Il controllo di costituzionalità fino al 1956 e l'inizio dei lavori della Corte costituzionale	404
3. La Corte costituzionale e il caleidoscopio delle questioni politiche	410
4. Considerazioni sui limiti al sindacato di costituzionalità. Ambito dell'indagine	424
5. ( <i>segue</i> ): divieto di sindacato sulla discrezionalità del legislatore e problemi posti dalla definizione di tale limite	427
5.1. Gli sfuggenti confini della discrezionalità del legislatore nella legge n. 87 del 1953	427
5.2. L'approccio dinamico della Corte costituzionale alla discrezionalità politica	431
5.3. Gli ambiti materiali in cui si può ravvisare una maggior incidenza del riconoscimento della sfera riservata alla discrezionalità politica	433
5.1.3. Osservazioni generali	433
5.3.2. La regolazione dei processi: incontestato dominio del legislatore	434
5.3.3. La tutela penale e il diritto dell'immigrazione: fra principi costituzionali e discrezionalità del legislatore	435
5.3.4. Discrezionalità politica e diritti. Due esempi paradigmatici: la sfera di tutela dei diritti sociali e i diritti delle coppie omosessuali	438
5.3.5. La Corte e le sfide poste dallo sviluppo tecnico scientifico	441

5.3.6. La materia elettorale: quando il campo di elezione per l'intervento parlamentare si deve confrontare con i diritti fondamentali connessi al voto	444
6. Tecniche di giudizio e tipologie di decisioni con cui la Corte costituzionale si rapporta alle <i>political questions</i>	446
7. ( <i>segue</i> ): i semi della <i>political question doctrine</i> nelle decisioni di natura processuale. Emersione del <i>lack of jurisdiction</i> nelle decisioni di inammissibilità (semplice o manifesta) o infondatezza (semplice o manifesta): ambiguità delle categorie e spunti di riflessione	460
7.1. La proteiforme natura delle decisioni processuali	460
7.2. ( <i>segue</i> ): restituzione degli atti al giudice <i>a quo vs.</i> inammissibilità (semplice o manifesta) della questione	463
7.3. ( <i>segue</i> ): decisioni di inammissibilità (semplice o manifesta) <i>vs.</i> infondatezza (semplice o manifesta)	467
7.4. ( <i>segue</i> ): elementi di differenziazione formale e sostanziale	470
7.5. ( <i>segue</i> ): inammissibilità <i>vs.</i> infondatezza. Il profilo motivazionale	473
7.6. ( <i>segue</i> ): accertamento della discrezionalità del legislatore. Ambiguità (e fungibilità) delle categorie	475
8. Qualche riflessione conclusiva	477

INDICE DELLE DECISIONI DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA	483
--	-----

INDICE DELLE DECISIONI DELLA CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI	489
--	-----

BIBLIOGRAFIA	497
--------------	-----