

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

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

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

11
2020



JOVENE EDITORE

Il presente fascicolo è pubblicato con contributi del Dipartimento di Scienze Giuridiche e del Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma.

Direttore: Mario Caravale

Direzione e redazione: Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

Comitato direttivo: Oliviero Diliberto - Luisa Avitabile - Valeria De Bonis - Enrico del Prato Nicola Boccella - Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo - Laura Moscati Cesare Pinelli - Paolo Ridola

Comitato scientifico: Jean-Bernard Auby (Parigi) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) - Jane C. Ginsburg (New York) Peter Häberle (Bayreuth) - Natalino Irti (Roma) - Erik Jayme (Heidelberg) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Guillaume Leyte (Parigi) - Jerome H. Reichman (Durham) Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

Redazione: Cesare Pinelli (redattore capo), Nicola Cezzi, Fulvio Costantino

Amministrazione: JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: www.jovene.it - email: info@jovene.it

Abbonamento: € 35,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: **a)** con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760

Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

PROLUSIONI

- 3 GLAUCO GIOSTRA
Una voce inascoltata in questo chiassoso presente
- 7 GIOVANNI CONSO
*Dubbi in via di superamento: neutralità della scienza,
neutralità del giurista*

SAGGI

- 19 GUIDO ALPA
*Dalla tutela dell'ambiente al riconoscimento della "natura" come soggetto
di diritto. Una rivisitazione delle categorie del diritto civile?*
- 35 MARIO CARAVALE
*La legge, le sue modifiche, i suoi rapporti con la consuetudine: brevi note
sul pensiero dei giuristi italiani di diritto patrio (fine sec. XV-metà XVII)*
- 83 MASSIMO DONINI
*Codificazione penale o consolidazioni? Senso e luoghi delle possibili
riforme per il tempo presente*
- 103 MARCO GAMBARDELLA
Il principio di proporzionalità della pena e la Carta dei diritti fondamentali
- 131 CESARE PINELLI
*Nel centenario della pubblicazione di H. Kelsen, "Essenza e valore
della democrazia"*
- 147 ELEONORA RINALDI
*Gli interventi extra ordinem del Governo in tempo di pandemia
come strumento di tutela dell'interesse nazionale e l'incidenza sul rapporto
Stato-Regioni*

INCONTRI DI STUDIO SULLA POVERTÀ

- 189 VINCENZO CERULLI IRELLI - ANNA GIURICKOVIC DATO
La lotta alla povertà come politica pubblica

- 231 SABINO CASSESE
L'azione pubblica per rimediare alla povertà
- 233 DIEGO CORAPI
La "povertà" nell'ordine giuridico del capitalismo
- 245 GIUSEPPE FERRI jr
Il diritto commerciale e la povertà
- 253 YVES GAUDEMET
À propos de la pauvreté dans l'histoire des doctrines économiques. Relire Jean De Sismoni
- 259 JEAN-CHRISTOPHE GALLOUX
La pauvreté et la propriété intellectuelle
- 263 ALAIN GHOZI
La pauvreté
- 265 LAURENT LEVENEUR
La pauvreté et le droit civil
- 273 BERNARDO GIORGIO MATTARELLA
La tutela contro la povertà in Italia
- 283 CESARE PINELLI
I dilemmi della povertà

RICORDI

- 293 ENZO CHELI
Ricordo di Giuseppe Guarino
- 295 GAETANO AZZARITI
Ricordo di Gianni Ferrara
- 301 SALVATORE PRISCO
Ricordo di Gianni Ferrara
- 313 MASSIMO DONINI
Ricordo di Alfonso Maria Stile

RECENSIONI

- 315 J.M. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford University Press, Oxford-New York NY, 2020 (Nicola Giovanni Cezzi)

RECENSIONI

J.M. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford University Press, Oxford-New York NY, 2020, pp. 256.

Dopo aver avviato una trattazione del tema in conferenze, articoli¹ e interventi sul suo blog², il professor Balkin della Yale Law School, alla vigilia delle elezioni statunitensi del novembre 2020, ha dato alle stampe un agile volume il cui scopo principale è quello di spiegare come la cultura costituzionale statunitense abbia potuto raggiungere l'«attuale disagio»³ e cosa accadrà dopo quelle elezioni.

L'autore si dedica a questo compito cercando di definire la categoria dei cicli del tempo costituzionale. La visione ciclica è vagamente ispirata a una suggestione astrologica (la totale eclissi solare vissuta negli Stati Uniti nell'estate 2017), e a una serie di riferimenti stilistici agli insegnamenti di Polibio e Machiavelli, poi agli studi di Arthur Schlesinger e infine a un aforisma di Mark Twain, secondo cui è vero che la storia non si ripete ma spesso fa rima⁴.

Non il primo lavoro in cui Balkin propone un esercizio di determinazione di scenari futuri⁵, la previsione di fondo fatta dall'autore è la seguente: il regime Reaganiano (*Reagan regime*), che ha caratterizzato gli Stati Uniti d'America dagli anni '80 del Novecento a oggi, e di cui la presidenza Trump è il prodotto finale, è in fase di declino e un nuovo *regime* è alle porte; questo sarà segnato dalla guida del Partito Democratico, sulla base della coalizione già anticipata dalla presidenza Obama (e composta da *minorities, millennials, college-educated professionals, suburbanites, women*).

¹ J.M. BALKIN, *The Recent Unpleasantness: Understanding the Cycles of Constitutional Time*, in "Indiana Law Review", vol. 94, 2019; ID., *Why Liberals and Conservatives Flipped on Judicial Restraint: Judicial Review in the Cycles of Constitutional Time*, in *Texas Law Review*, vol. 98, 2019.

² *Balkinization Symposium on Democracy and Dysfunction. Collected Posts*, in *Balkinization*, 21 giugno 2019.

³ «The Recent Unpleasantness» è il titolo di esordio del primo paragrafo del saggio di Balkin, simbolicamente ripreso da uno degli eufemismi con cui gli abitanti degli Stati del Sud si riferivano alla Guerra Civile statunitense. Poche righe dopo Balkin è più diretto e ammette che «qualcosa è andata seriamente storto con la democrazia costituzionale negli Stati Uniti» (p. 3).

⁴ Balkin ha dato prova in passato di conoscere Vico (ad es. in *Originalism and Living Constitutionalism: A Symposium on Jack Balkin's Living Originalism and David Strauss's The Living Constitution*, in *Boston University Law Review*, vol. 92 n. 4, 2012, 1289), ma della sua influenza in questo lavoro non si trova traccia.

⁵ Si v. ad esempio J.M. BALKIN, R. SIEGEL (a cura di), *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, New York NY, 2009. Trattasi, in questo caso, di una raccolta di interventi di giuristi di confessione dichiaratamente *liberal*, che suggeriscono chiavi di lettura per uno sviluppo progressista del discorso costituzionale.

Mentre licenzia le bozze del libro Balkin non può escludere che Donald Trump ottenga un secondo mandato, ma anche in tale remota (p. 28) eventualità, ritiene questa esperienza il canto del cigno del regime Reaganiano.

L'assonanza ciclica alla base della previsione è invece la seguente: quella vissuta finora è qualcosa di simile a una seconda *Gilded Age* (con la prima si suole descrivere il periodo a cavallo tra XIX e XX secolo, segnato da corruzione politica, monopoli nel mercato, discriminazioni indotte dall'immigrazione, segregazione razziale, etc. – p. 62), e quella che incalza è qualcosa di simile a una seconda *Progressive Era* (con la prima si suole indicare l'epoca inaugurata dal New Deal di Roosevelt). Si vive quindi un momento di transizione, la cui durata può variare da cinque a dieci anni.

L'assunto di fondo è che quello vissuto finora è stato un periodo molto buio (*nightmare*) della storia costituzionale americana, per come interpretata dalla cultura del New England: ma il futuro, annuncia Balkin, sarà «migliore».

Il saggio si compone di tre parti: inquadramento del tema (i cicli del tempo costituzionale, appunto), i cicli del *judicial review* (il cuore del volume), e conclusioni.

Nella prima parte Balkin articola un incastro di tre cicli: ciclo di nascita e caduta dei regimi politici nella storia americana; ciclo di polarizzazione e depolarizzazione; ciclo di decadenza (o di corrompimento costituzionale [*constitutional rot*]) e rinnovamento del governo repubblicano. L'interazione di questi cicli genera quello che l'autore chiama *constitutional time*.

Quanto al primo ciclo, la storia politica americana viene caratterizzata dalla successione di regimi politici ben definiti da un punto di vista ideologico e operativo, con la coalizione dominante che fissa la base di ciò che verrà ritenuto politicamente possibile e impossibile.

Balkin conta sei *political regimes* (p. 15): quello del Partito Federalista (l'originario partito rivoluzionario che ha guidato la fondazione del paese), che perde il potere nel 1800 a favore del regime Jeffersoniano. Segue quello Jacksoniano, che vede alla guida un Partito Democratico, «il primo partito politico di massa» americano, che è il partito del *white working man*, ma anche il partito degli schiavisti. Viene quindi il regime Repubblicano (un nuovo Partito Repubblicano viene creato nel 1854 sulle ceneri dei Whigs) che domina il lungo periodo che va dalla guerra civile all'affermazione del nuovo regime inaugurato con Roosevelt: il c.d. *New Deal/Civil Rights Regime*. Per ultimo, il già menzionato regime Reaganiano, che secondo Balkin è alle ultime battute.

I cicli delle polarizzazioni descrivono invece un altro scenario. La polarizzazione politica, secondo l'autore, di fatto comincia solo all'indomani della Guerra Civile, con la stabilizzazione del sistema politico (p. 33), e si protrae fino agli inizi del XX secolo. I primi decenni di questo secolo vedono tre partiti sulla scena: i Democratici degli stati del Nord, i Democratici degli stati del Sud e i Repubblicani. In principio queste fazioni sono divise su tutto: identità sociale, questione razziale, governo del mercato, delle innovazioni tecnologiche, immigrazione. Il Partito Repubblicano continua a essere ritenuto il più egualitario sulle questioni razziali, mentre quello Democratico è teso tra l'area sudista (legata al c.d. suprematismo bianco) e l'area liberale degli stati del Nord. L'avvio dell'era dei diritti civili negli anni '60 del Novecento è stato possibile grazie un'alleanza tra i questi ultimi e i Repubblicani. A partire da quel momento la politica nel Sud si allinea al bipartitismo del resto del paese, ma con un effetto collaterale: i bianchi meridionali vanno a ingrossare le fila del Partito Repubblicano, e i due partiti ricominciano a polarizzarsi.

E quindi, mentre si alternano diversi regimi politici, la storia americana ha conosciuto solo un grande ciclo di polarizzazione (iniziato alla fine del XIX, attenuatosi nella metà del XX, e ripreso a salire dagli anni '70 del Novecento in poi): nella disparità di reddito, in cui si compendiano vari fatti sociali (schiavitù, immigrazione, corruzione politica) (p. 33 ss.), è rinvenuta la ragione dello sfasamento tra i due cicli.

Quanto al ciclo di corrompimento e rinnovamento costituzionale, Balkin licenzia questo volume in un momento (la prima metà del 2020) in cui può aver senso la seguente precisazione: gli Stati Uniti non stanno vivendo una crisi costituzionale. Il senso di avere una costituzione, secondo l'autore, sta nell'incanalare lo scontento e le lotte per il potere in un sistema di diritto e di procedure politiche che impediscano a quello scontento e a quelle lotte di degenerare in violenza, guerra civile, o insurrezione⁶. Delle possibili tipologie di crisi costituzionale, la più diffusa nell'immaginario comune è quella che si realizza quando il diffuso disaccordo sul significato o sull'attuazione della Costituzione, invece di incanalarsi in proteste espresse con il voto, controversie giudiziarie, editoriali, o al limite con *tweet*, si riversa nelle strade e sfocia in violenza fisica. Ebbene, niente di tutto questo è accaduto nella storia americana dopo la Guerra Civile, e soprattutto – tiene a rassicurare Balkin (p. 40) – non è ancora accaduto sotto Trump, nonostante le evidenti eccentricità della persona e della sua amministrazione. Si potrà avere una crisi costituzionale – scrive l'autore – se, per esempio,

⁶ È questa la tesi più ampiamente sviluppata in S. LEVINSON, J.M. BALKIN, *Constitutional Crises*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 157, 2009, 707 ss.

Trump dovesse perdere le elezioni del 2020, si rifiutasse di lasciare l'ufficio e invocasse un intervento armato (p. 42). Ma niente di tutto questo, secondo Balkin, sembra poter accadere (e invece come noto di lì a poco accadrà⁷).

Nel momento in cui scrive, Balkin ritiene che il sistema costituzionale statunitense sia semplicemente diventato marcio (*rot*), non essendo più in grado di mantenersi come repubblica e come democrazia (p. 44). È sempre meno democratico perché è sempre più insensibile alla volontà (voto) popolare. È sempre meno repubblicano perché i rappresentanti sono sempre più devoti ad accomodare gli interessi di piccoli gruppi di individui o enti. Ha visto la graduale distruzione di quelle regole politiche di tolleranza reciproca e leale concorrenza che rendono possibile il perseguimento di un bene comune anche nella discordia delle posizioni. Si caratterizza per la perdita trasversale di fiducia: non solo quella tra cittadini e uffici pubblici, ma anche quella reciproca tra pubblici ufficiali. Inoltre, la scomparsa di una classe media (necessaria, secondo Balkin, per contrastare le ambizioni dei potentati economici, livellare i bisogni, e dare i giusti incentivi al perseguimento di un bene comune) e la globalizzazione dell'economia portano a realizzare che l'associazione biunivoca, in cui indulgono gli americani, tra capitalismo e democrazia è fuorviante e che non ogni versione del primo può convivere con la seconda.

Seguono pagine in cui l'autore descrive come questi intrecci ciclici si compendino nell'ascesa di Donald Trump (p. 54 ss.). Ascesa che tuttavia segna – e di qui la nota di ottimismo di Balkin – il fondo di questa *constitutional rot* e la fine fisiologica del regime Reaganiano, che della polarizzazione politica e della diseguaglianza economica si è nutrito.

Nella seconda parte del lavoro, la più corposa per estensione, Balkin si interroga su come questi incastri ciclici abbiano determinato il funzionamento dell'apparato giudiziario federale chiamato ad applicare la Costituzione (p. 67 ss.). Con un caveat subito eloquente: va evitata la tentazione di trovare nel *judiciary* soluzioni al presente disagio, ché questo apparato non solo è per statura un campo di battaglia politica, ma è proprio parte del problema.

Rispetto al primo ciclo (quello della successione dei *political regimes*, 81 ss.), il sistema bi-partitico caratteristico degli Stati Uniti è tale per cui il partito dominante, man mano che riesce a occupare l'apparato giudiziario con nomine di suo gradimento, si affida sempre più al *judicial review* per

⁷ Il riferimento è chiaramente all'assalto al Congresso americano del 6 gennaio 2021, su cui v. S. LEVINSON, *The "Constitutional Crisis" Has Finally Arrived*, in *Balkinization*, 12 gennaio 2021.

raggiungere i suoi obiettivi politici; corrispettivamente, il partito all'opposizione si sbraccia a invocare il *judicial restraint*; finché poi le posizioni non si invertono col passaggio di *regime*. Il mandato vitalizio dei giudici federali, inoltre, insieme all'intreccio politico alla base delle loro nomine, e all'autonomia goduta dalla Corte Suprema nella scelta dei casi di cui occuparsi, sfalsano il tempo politico e quello giudiziario (p. 72), facendo della Corte Suprema il fanalino di coda del primo.

Lo stesso istituto del *judicial review of legislation* viene presentato da Balkin come invenzione politica, disegnata appositamente per servire gli interessi di medio-lungo termine delle organizzazioni partitiche: un lavoro certosino durato duecento anni, che da *Marbury v. Madison* (1803) ha raggiunto una vetta simbolica in *Bush v. Gore* (2000), passando per lo snodo decisivo rappresentato dalla fine della Guerra Civile (quindi dall'approvazione del XIV Emendamento, dall'emersione delle questioni federali, e dall'intervento del governo centrale nella regolazione del mercato) che ha segnato l'inizio del «moderno» *judicial review* (p. 86).

Alla base della costruzione politica dell'istituto si pongono varie ragioni: in un sistema federale con separazione dei poteri, i politici nazionali vogliono che sia l'apparato giudiziario a risolvere le controversie tra stati e federazione, e tra Presidente e Congresso; la soluzione di alcuni temi spinosi inficerebbe coalizioni politiche, per cui è meglio passarli al *judiciary* (paradossalmente, nota Balkin, il Partito Repubblicano può raccogliere i voti dei movimenti *pro-life* più con che senza *Roe v. Wade*, lo storico precedente del '73 che ha riconosciuto il diritto a interrompere la gravidanza); i politici vogliono che le loro azioni siano legittimate da una sentenza di costituzionalità, e corrispettivamente perseguono un giudizio di incostituzionalità o l'applicazione ristretta di una legislazione approvata dalla fazione avversaria. Insomma, «storicamente, richiedere alle corti di consegnare vittorie politiche e raggiungere obiettivi che i politici non possono o non osano avvicinare è un'attività tanto ricercata da entrambi i partiti, quanto pubblicamente negata» (p. 76).

Rispetto all'influenza sul *judicial review* del secondo ciclo (quello di polarizzazione e depolarizzazione, 112 ss.), secondo l'autore quando il paese è in uno stato di depolarizzazione, anche il ricorso a questo istituto non è controverso. Figlia di un paese non polarizzato è, ad esempio, la generazione di giuristi che non ha avuto difficoltà ad assemblare maggioranze bipartisan in Corte Suprema per riconoscere fondamentali diritti civili come quello all'interruzione di gravidanza, cosa oggi inconcepibile (p. 116). Una generazione di cui il giudice Roberts è l'ultimo esponente: solo tenendo a mente la sua formazione universitaria, avvenuta negli anni '70 in un contesto di sostanziale pacificazione politica, si può prendere sul serio la

convinzione con cui – durante la seduta del Senato per la sua conferma a Chief Justice della Corte Suprema nel 2005 – dichiarava che il mestiere del giudice è simile a quello dell'arbitro, che fischia i falli ma non interferisce col gioco (p. 114).

Viceversa, in tempi di polarizzazione come quelli correnti, il *judicial review* viene impiegato per ottenere vittorie non conseguibili per le vie politiche. La composizione stessa della Corte Suprema – prosegue Balkin – finisce presto o tardi per rispecchiare la polarizzazione politica, da ultimo raggiunta nel 2010, con il ritiro di Stevens e la nomina di Kagan e rafforzata nel 2018 con il ritiro di Kennedy e la nomina di Kavanaugh (p. 73)⁸. Si pensi, ad esempio, alle ultime nomine effettuate da amministrazioni a guida Repubblicana: partendo dalla seconda metà del XX secolo, se i soli Rehnquist e Scalia potevano essere annoverati tra i *movement conservatives*, contro una stragrande maggioranza di giudici *moderate*, a partire dalla nomina del giudice Thomas nel '91 tutte le scelte del Partito Repubblicano sono cadute sull'area più movimentista dei conservatori (p. 122).

La polarizzazione si riflette anche nei criteri di selezione dei giudici dal proprio bacino di influenza politica: mentre le amministrazioni Democratiche di Clinton e Obama hanno avuto cura di rappresentare la varietà demografica delle loro *constituencies*, nominando più giudici donne ed esponenti di minoranze, le amministrazioni a guida Repubblicana hanno guardato più al radicamento conservatore dei profili prescelti.

Ciò è stato causato anche da un processo di polarizzazione che Balkin definisce asimmetrico: nel corso del regime Reaganiano i Repubblicani si sono spostati verso destra più decisamente e più velocemente di quanto i Democratici si siano spostati verso sinistra. Lo sviluppo di istituzioni elitarie che rispecchiassero la nuova identità politica è emblematico di questa asimmetria: convinti che i *liberal* avessero egemonizzato cultura e politica, i movimenti conservatori hanno iniziato a creare proprie organizzazioni rappresentative, con appositi media (Fox News, nata 1996), *think tanks* (Heritage Foundation, nata nel 1973), e *network* (Federalist Society, fondata nel 1982), mentre i *liberal* si sono trovati privi di alternative corrispettive.

Infine, il corrompimento costituzionale contagia con la sfiducia generalizzata anche l'apparato giudiziario, la giurisprudenza si esprime in ter-

⁸ E Balkin scrive in un momento in cui non poteva sapere che nell'autunno del 2020 una giudice *liberal* (Bader Ginsburg) sarebbe deceduta e sostituita dall'amministrazione Trump con una giudice conservatrice (Coney Barret). Aggiornando quindi il calcolo di Balkin (p. 77), dal 1969 il Partito Repubblicano ha potuto nominare in Corte Suprema ben quindici giudici (senza contare la promozione a Chief Justice di Rehnquist prima e Roberts poi), contro le quattro nomine effettuate dal Partito Democratico.

mini sempre più polarizzanti, e l'indipendenza del *judiciary* è compromessa (p. 135 ss.). A un certo punto, il potere giudiziario, essendo composto da un'élite di giuristi soggetta alla polarizzazione al pari dell'élite politica, smette di essere una garanzia a protezione della democrazia e inizia a essere una delle forze che concorrono alla *contitutional rot*.

Balkin è ancora più didascalico: quando il sistema costituzionale è così marciò, la Corte Suprema non solo non può fungere da contrappeso, ma favorirà il corrompimento del paese accelerando il degrado di democrazia e repubblicanesimo. In altri termini, la Corte è parte del problema.

Si prendano a esempio gli ultimi casi decisi dalla Corte Suprema con la sola maggioranza di giudici di nomina Repubblicana (5-4): *Shelby County v. Holder* (2013)⁹, *Trump v. Hawaii* (2018)¹⁰, *Janus v. AFSCME* (2018)¹¹, *Rucho v. Common Cause* (2019)¹². Non c'è dubbio, afferma l'autore, che questi giudici fossero convinti di sviluppare ragionamenti giuridici, ma non può neppure essere casuale che le loro visioni sui principi costituzionali fossero coincidenti con quelli del Partito Repubblicano e in diretto contrasto con quelle di area *liberal* (p. 138). Per non parlare dell'infelicissimo *Census case*¹³, in cui i giudici conservatori della Corte Suprema hanno voluto ignorare l'evidenza probatoria che dimostrava come l'amministrazione Trump avesse effettivamente mentito al Congresso e in tribunale, coprendo il tentativo di articolare il quesito censitario col fine esplicito di scoraggiare la partecipazione delle fasce più vulnerabili della popolazione (p. 143 ss.).

In altri termini, «l'ordine giurisdizionale federale nel suo insieme, e la Corte Suprema in particolare, tendono a riflettere le ingiustizie e le cecità ideologiche del tempo» (p. 145): per riprendere l'analogia con l'arbitraggio fatta da Roberts, in una corte polarizzata i giudici non si comportano più come arbitri, ma come avamposti del partito che la controlla.

Dato questo scenario, Balkin non si sottrae al compito di proporre una soluzione ai mali storici del sistema giudiziario statunitense e il funzionamento della Corte Suprema in particolare (p. 150 ss.). Di qui un pacchetto di riforme: nomine regolari e prevedibili dei giudici della Corte, isti-

⁹ Sono incostituzionali alcune previsioni del Voting Right Acts del 1965 che pongono una supervisione federale sulle leggi elettorali statali, in particolare su quelle sospettate di discriminazione razziale.

¹⁰ Sono costituzionali le restrizioni poste dal Governo all'ingresso nel paese di persone provenienti da certi paesi o a rifugiati sprovvisti di documenti di viaggio.

¹¹ L'imposizione di una contribuzione a favore delle unioni sindacali viola il diritto alla libertà di espressione protetto al I Emendamento.

¹² Il disegno delle circoscrizioni elettorali – *gerrymandering* – è questione politica, su cui la Corte non può pronunciarsi.

¹³ Department of Commerce v. New York (2019).

tuzione di limiti temporali al loro mandato, meno discrezionalità alla Corte nella scelta dei casi di cui occuparsi, *sunrise provisions* per incoraggiare riforme bipartisan. Le proposte vengono poi articolare nel dettaglio.

Balkin affronta anche il tema del ruolo giocato dalla teoria costituzionale nell'attività giudiziaria e nell'ambito dell'interpretazione costituzionale in particolare. Il tema è ritenuto pertinente con questa seconda parte del saggio perché, precisa l'autore, la teoria offerta dalla dottrina statunitense è focalizzata «quasi ossessivamente» sulla Corte Suprema (p. 97). E così anche le due grandi scuole sul *judicial review* – il *living constitutionalism* e l'*originalism* – possono essere lette in relazioni ai cicli del tempo costituzionale.

L'idea di una Costituzione vivente nasce all'inizio del XX secolo, in reazione alla giurisprudenza della Gilded Age, caratterizzata dall'antipatia mostrata dall'apparato giudiziario verso gli interventi di politica sociale ed economica effettuati all'indomani della rivoluzione industriale (nota anche come giurisprudenza *Lochner*). Ma quella idea ha conosciuto diverse declinazioni: nella sua originaria manifestazione il *living constitutionalism* ha espresso un mero argomento a sostegno del contenimento giudiziario, poi ha rappresentato un attacco al ragionamento formalistico della giurisprudenza *Lochner*, quindi è stato il concetto usato per imporre la deferenza dei giudici alle scelte fatte dalle maggioranze democraticamente elette, infine è stato il grimaldello teorico per l'attivismo giudiziario a protezione di diritti e libertà civili. E così «arrivati agli anni '60-'70 del Novecento, il *living constitutionalism*, da critica al *judicial review* della giurisprudenza *Lochner*, è divenuto giustificazione del riconoscimento di importanti diritti e libertà, esplicitamente contemplati o meno dal testo della Costituzione» (p. 101).

Speculare è stato il percorso dell'*originalism*. Nato come dottrina a sostegno del *judicial restraint*, contro le licenze poetiche prese dai giuristi *liberal*, dalla fine del XX secolo è diventata la base di un *judicial engagement* fondato sulla protezione di diritti individuali e limiti al potere pubblico. Oggi quindi si assiste all'inversione del ciclo: da alcuni decenni sono i teorici di area *liberal* che, per criticare la giurisprudenza del regime Reaganiano, hanno iniziato a elaborare varianti sul tema del contenimento giudiziario (p. 109 ss.). Sono così fiorite le teorie del *popular constitutionalism* (Tushnet, Kramer, Post, Siegel), del *judicial minimalism* (Sunstein), teorie volte a preservare le conquiste nel campo dei diritti civili (come quella dei *constitutional moments* di Ackerman), e declinazioni *liberal* dell'*originalism* (come quella di Amar e dello stesso Balkin¹⁴).

¹⁴ Cfr. J.M. BALKIN, *Living Originalism*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2011, su cui v. A. DI MARTINO, *Il "Living Originalism" di Jack Balkin*, blog di *Diritti Comparati*, 21 ottobre 2012.

La terza parte del saggio (p. 157 ss.) vuole essere la parte predittiva, in cui l'autore descrive le sembianze del nuovo regime costituzionale, spiegando come potrebbe recedere la disfunzionale polarizzazione politica e come metter fine al corrompimento costituzionale.

Secondo Balkin, il Partito Repubblicano vivrà progressive tensioni tra l'ala populista (riunita attorno al Tea Party) e quella neoliberista più vicina all'*establishment*. Trump è riuscito a tenere insieme le due anime, prima di tutto facendo leva sulle divisioni culturali e razziali e poi accontentando sia i conservatori economici che quelli religiosi con l'abbassamento delle tasse sulla ricchezza, *deregulation* e nomine di giudici conservatori. Ma è un momento politico che ha esaurito la sua energia, che non ha più radicamento nelle nuove generazioni e comprende posizioni tra loro troppo confliggenti, quali quelle dei *libertarians*, dei sostenitori dello *small government*, dei securitari, dei conservatori sociali, dei conservatori religiosi, dei nazionalisti isolazionisti.

La classe lavoratrice e «la povera gente» si troveranno di gran lunga meglio nel nuovo regime «perché il brand del Partito Democratico è più egalitario di quello del Partito Repubblicano» (p. 161). Tuttavia l'ala sinistra del primo non sarà protagonista, non nel breve termine almeno: alla classe lavoratrice americana infatti manca un movimento organizzato di un certo peso, necessario per rovesciare l'ineguaglianza economica. Per una vera riforma economica, invece, l'area liberista del Partito Democratico dovrà piuttosto vedersela con quella più legata agli interessi delle imprese e generalmente più neoliberale. Il disallineamento di questi interessi, in particolare con quelli espressi dalla sinistra di questo Partito, prima o poi andrà affrontato. Difficile dunque che si crei subito un'energia trasformatrice simile a quella del New Deal.

Incalzato dagli eventi che vuole anticipare ma anche frenato dalla cronaca che incombe¹⁵, quello di Balkin è sostanzialmente un agile lavoro di scienza politica. A sua volta organizzato in argomenti che si rinnovano ciclicamente, esso ruota attorno al concetto onnicomprensivo di polarizzazione. Su tutto c'è discordia. Su politiche sociali, quali assistenza sanitaria universale, libertà di scelta nella gestione della gravidanza, riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali, restrizioni all'uso delle armi da fuoco,

¹⁵ Oltre alle imminenti elezioni del novembre 2020 (che comunque l'autore non ritiene decisive per la tenuta della sua analisi), Balkin fa in tempo a inserire qualche riferimento alla pandemia in corso al momento della pubblicazione. I due eventi – elezioni e pandemia – vengono poi conformati al tema di questa monografia in J.M. BALKIN, *Rot and Renewal: The 2020 Election in the Cycles of Constitutional Time*, in "Northeastern University Law Review", 2021.

abolizione della pena di morte, liberalizzazione di sostanze stupefacenti. Anche le minoranze da proteggere sono partigiane. Per i Repubblicani sono i bianchi, maschi, e i cristiano-conservatori a essere stati esclusi da legislazioni antidiscriminatorie e *affirmative actions*; i più vulnerabili sono i bambini mai nati, vittime dell'olocausto di leggi pro-abortiste; contraccettivi e diritti transgender non sono temi di eguaglianza sessuale, e tutelare questi interessi implica discriminazione e oppressione delle posizioni dei cristiano-conservatori. I Democratici credono nell'esatto contrario: i giudici dovrebbero proteggere i diritti di omosessuali e transgender da ogni forma di discriminazione, i diritti riproduttivi sono profondamente connessi a uno status di cittadinanza paritaria delle donne, le discriminazioni positive sono necessarie, il diritto penale e il sistema penitenziario sono corrotti dal razzismo¹⁶, e permettere oggi di discriminare omosessuali per motivi religiosi non è diverso dal permettere di discriminare persone di colore. In altri termini, «in un mondo polarizzato, ogni fazione ha proprie visioni riguardo diritti fondamentali, strutture fondamentali, democrazia, e regole basiche della politica». Ciò coinvolge anche la comunità dei giuristi. Élite altamente educate «discordano sulla natura del mondo, sui fatti della politica americana, sulle fonti della corruzione politica, e soprattutto su quali sono le più gravi minacce alla democrazia» (p. 145)¹⁷.

Rispetto al momento attraversato dalla comunità giuridica statunitense e rispetto ad altri lavori dello stesso autore, si possono annotare alcune invarianti, ma anche punti di discontinuità.

Quanto alle prime, con questo lavoro va registrato un nuovo sforzo proveniente dalla scuola di Yale di organizzare la storia costituzionale americana (il saggio è dedicato a Bruce Ackerman); una proposta, quella dei cicli del tempo costituzionale, forse poco prescrittiva e più descrittiva, ma che sembra rinnovare il bisogno di sistemare per periodi e locuzioni di sintesi un passato la cui lettura è resa tormentata dall'onnipresente ma ineliminabile problema del testo costituzionale.

D'altro canto, le continue crisi di modernità¹⁸ in cui si è imbattuta questa cultura sembrano suggerire a Balkin di abbandonare del tutto il lin-

¹⁶ La questione del razzismo istituzionale viene ripresa e tematizzata da Balkin successivamente in J.M. BALKIN, *Race and the Cycles of Constitutional Time*, in *Missouri Law Review*, 2021.

¹⁷ La cultura giuridica conservatrice in particolare è ormai in fibrillazione: J.M. BALKIN, *The Great Debate in the Conservative Legal Movement*, in *Balkinization*, 18 giugno 2020.

¹⁸ Concetto sviluppato in J.M. BALKIN, *Constitutional Interpretation and Change in the United States: The Official and the Unofficial*, Yale Law School, Public Law Research Paper No. 542, 2015.

guaggio di una scienza costituzionalistica: anche il linguaggio a cui il lettore euro-continentale è stato abituato negli ultimi decenni, quello delle due scuole di *constitutional interpretation*, sembra doversi dismettere. L'approccio ciclico proposto da Balkin è, infatti, dichiaratamente alternativo agli approcci ritenuti lineari espressi da *originalism* e *living constitutionalism*: l'originalismo, in particolare, si baserebbe su una «storia implicita», per cui più ci si allontana dalla fonte dell'autorità costituzionale più si accumulano errori nell'interpretazione della costituzione; il *living constitutionalism* si baserebbe su un «progresso implicito» nella natura costituzionale dell'atto (p. 4 ss.). La critica di questa linearità non sembra salvare la già fragile proposta del *living originalism* balkiniano, che provava a coniugare la positività del testo costituzionale con l'evoluzione nella sua interpretazione¹⁹. Più in generale, la visione ciclica non sfocia in una diversa *constitutional interpretation*, ma sovrasta il problema con la lente dell'analisi politologica: tutte quelle teorie, sembra dire Balkin, la sua inclusa, una volta storicizzate, non possono aspirare a diventare dottrine.

Al «presente disagio», quindi, lo scienziato americano del diritto costituzionale non sembra avere risposte. Anche le ipotetiche riforme della Corte Suprema ideate da Balkin ruotano attorno non a un superamento ma a una regolarizzazione dell'intreccio partitico che ne ha connotato l'essenza (intreccio che per l'autore va reso più prevedibile ed esplicito), e sono tutte aggiungibili a costituzione invariata. In altri termini, Balkin sembra dedicare così tanto spazio al tema del *judicial review of legislation* per recapitare un messaggio di fondo: l'istituto è irrecuperabile.

Una *pars destruens*, quella che vede il costituzionalismo americano ormai tutto riversato sul *judicial constitutionalism*, alla quale tuttavia non si riesce ancora ad accompagnare una riflessione più ampia sulla sorte dei *checks and balances* di quella forma di governo. L'invarianza della politicità della giustizia costituzionale statunitense, infatti, unita alla consapevolezza della «quasi ossessione» che la dottrina americana ha per il *judicial review*, non fornisce a Balkin un'occasione per interrogarsi sul posto del *government* nella sua riflessione: per esempio, dei vari riferimenti a Robert Dahl, pur presenti nel lavoro di Balkin, non si colgono le critiche che quell'autore muove al presidenzialismo statunitense.

Anche il linguaggio politologico, in questa sede più prediletto, non sembra essere sempre sorvegliato dall'autore. Oltre a un uso più meditato del lemma «partito», usato invece per descrivere qualunque realtà politica, in qualunque secolo della storia politica americana, sarebbe stato utile al lettore euro-continentale qualche argomento a sostegno dell'assimilazione

¹⁹ BALKIN, *Living Originalism*, cit.

tra *working class* e ala «populista», ala di cui sarebbero dotati sia i Democratici che i Repubblicani: secondo Balkin i due partiti sono divisi da questioni di «identità», più che di «classe» (rappresentando entrambi gli interessi della medesima) (p. 172).

La sollecitudine con cui l'autore sembra muoversi in questo campo può forse comprendersi isolando uno degli elementi che distinguono questa monografia da altri lavori di Balkin. Se infatti in opere importanti, come lo stesso *Living Originalism*, l'autore adottava un approccio chiaramente relativistico²⁰, qui la postura della neutralità analitica cade e il lavoro assume spesso i tratti del pamphlet d'impegno, una «speranza» per i *liberal* americani per uscire da questo «incubo» (p. 6, 12).

NICOLA GIOVANNI CEZZI

²⁰ Come segnalato da DI MARTINO, *Il "Living Originalism"*, cit., 6.