

Extending Rights: il New Judicial Federalism e la protezione dei diritti fondamentali nelle costituzioni degli Stati dell'Unione

Gianluca Gentili¹

Con l'espressione "tutela multilivello" si intende solitamente una tutela dei diritti di libertà che si collochi su più livelli diversi di governo. L'espressione richiama alla mente la realtà continentale europea. Tuttavia, negli ultimi quarant'anni, una diversa tutela multilivello, dotata di caratteristiche particolarissime, si è sviluppata anche negli Stati Uniti con la nascita del *New Judicial Federalism* (NJF). Lo studio del NJF, e della tutela dei diritti che ad esso si accompagna, può fornire spunti importanti agli studiosi europei per meglio comprendere i possibili processi evolutivi con riferimento all'Unione Europea.

1. Costituzionalismo statale

Negli Stati Uniti carte costituzionali e dichiarazioni dei diritti sono esistite ben prima della redazione ed entrata in vigore della Costituzione della federale del 1787. Le prime tra queste, in realtà, esistevano anche prima della Dichiarazione di Indipendenza: il 6 gennaio 1776, sei mesi prima della Dichiarazione, la colonia del New Hampshire adottava la prima costituzione scritta mai redatta senza la preventiva consultazione o approvazione del Sovrano o del parlamento inglese.² Una simile costituzione veniva adottata in Sud Carolina il 26 marzo 1776, mentre l'ultima di queste costituzioni provvisorie delle colonie veniva ratificata il 2 luglio 1776 in New Jersey.³ Dopo le due risoluzioni del Congresso continentale del 10 e 15 maggio 1776 che sollecitavano le colonie a riorganizzare le proprie strutture di governo sulla base esclusiva della «authority of the people», il 12 giugno 1776 vedrà la luce la Dichiarazione dei Diritti della Virginia, seguita dalla costituzione della stessa Virginia il 29 giugno 1779. Nell'arco di un anno dalla Dichiarazione di Indipendenza anche gli Stati del Delaware (11 settembre 1776), Pennsylvania (28 settembre 1776), Maryland (8 novembre 1776), Nord Carolina (14 dicembre 1776), Georgia (4 febbraio 1777) e New York (20 aprile 1777) ratificarono e fecero entrare in vigore costituzioni statali. La successiva costituzione, sarà quella che rappresenta la costituzione scritta più antica attualmente in vigore: la Costituzione del Massachusetts del 16 giugno 1780. E' innegabile l'apporto che queste costituzioni hanno svolto a livello teorico nella redazione dell'impianto costituzionale federale. I *Founding Fathers* statunitensi si ispirarono infatti al costituzionalismo statale nella redazione non solo del testo della Costituzione federale del 1787, ma anche nella redazione del Bill of Rights del 1791.

Alla luce dell'esistenza di carte costituzionali statali si comprende in modo ancora maggiore come la Costituzione federale risulti incompleta, ed il sistema costituzionale americano sia in realtà un sistema duale, dotato di 51 costituzioni (1 Costituzione federale e 51 costituzioni statali),⁴ e che richiede necessariamente che vengano presi in considerazione anche i documenti costituzionali degli Stati, che di questo stesso sistema formano parte integrante. Le differenze tra i due tipi di costituzioni (federale e statale) sono significative. Le costituzioni statali sono infatti intese come

¹ Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Siena.

² Nell'intento dell'organo ratificante – un congresso provinciale convenuto in violazione delle leggi inglesi in vigore – tale documento avrebbe dovuto restare in vigore soltanto sino al termine del conflitto con l'Inghilterra.

³ Si veda W.P. Adams, *The First American Constitutions. Republican Ideology and the Making of the State Constitutions in the Revolutionary Era*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1980.

⁴ Tale sistema è stato definito «a republic of republics» da R. Williams, *The Law of American State Constitutions*, Oxford University Press, New York, 2009, a p. 2.

testo di disciplina analitica delle regole di organizzazione delle comunità, risultando lunghe⁵ e dettagliate.⁶ Il carattere dettagliato di queste fa sì che esse necessitino di un'attualizzazione costante onde evitarne l'obsolescenza. L'attualizzazione, tuttavia – diversamente dalla rigida Costituzione federale, per la quale ci si affida maggiormente a tecniche interpretative del testo a carattere evolutivo – viene effettuata tramite il frequente ricorso alle procedure formali di emendamento, dato il generale minore «aggravamento» della formula di modifica della costituzione (esse vengono infatti definite anche come «costituzioni semirigide») e fattori culturali che fanno ritenere il testo costituzionale nella disponibilità continua degli attori istituzionali.⁷ Così, per esempio, a fronte dei soli 27 emendamenti della Costituzione federale, la costituzione della California del 1879 (quindi di quasi un secolo più giovane di quella federale) ha raggiunto già il significativo numero di 500 emendamenti,⁸ mentre quella del Massachusetts del 1780 è stata emendata 120 volte.⁹ Quanto all'oggetto, accentuando decisamente una tendenza del recente costituzionalismo, esse codificano materie delle quali si è sovente dubitato del pieno tenore “costituzionale”, e per le quali risulterebbe più consona una disciplina in fonti primarie: la c.d. “*constitutional legislation*”.¹⁰ Al contrario, il testo della Costituzione federale risulta breve, decisamente rigido, con un numero di diritti protetti generalmente inferiore rispetto a quello dei documenti costituzionali omologhi a livello statali. Le costituzioni statali, inoltre, non possono contraddire la costituzione federale che risulta la «*supreme law of the land*»¹¹

2. Il New Judicial Federalism

A partire dagli anni Settanta del XX secolo, negli Stati Uniti, gli organi giurisdizionali statali e federali hanno instaurato tra loro un nuovo tipo di rapporto, definito di “*New Judicial Federalism*” (nuovo federalismo giudiziario, NJF). Questo ha rappresentato un cambiamento significativo nel diritto costituzionale statunitense, spostando l'attenzione per la tutela dei diritti fondamentali dal livello federale di governo a quello dei singoli Stati dell'Unione.

Il momento simbolico di nascita di quello che viene definito come “*New Judicial Federalism*”, negli anni '70 del 1900, viene convenzionalmente ricondotto alla pubblicazione, sulla *Harvard Law Review*, di un breve articolo¹² dell'allora giudice della Corte suprema federale

⁵ In generale, le costituzioni statali al momento vigenti hanno una lunghezza pari a tre volte quella della Costituzione federale (l'eccezione è costituita dalla costituzione dello Stato del Vermont). Questo non corrisponde alla lunghezza delle costituzioni statali originarie e coeve a quella federale che risultavano anch'esse brevi e redatte secondo un criterio di essenzialità, anche con riferimento alle disposizioni poste a tutela dei diritti.

⁶ G. De Vergottini, *Referendum e revisione costituzionale: un'analisi comparativa*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 1339; R. Toniatti, *Referendum e democrazia diretta nell'ordinamento degli Stati Uniti e del Canada*, in *Reg. gov. loc.*, 1986, p. 207.

⁷ Il testo delle costituzioni statali non ha mai assunto quel carattere di «sacralità» che invece denota la Costituzione federale nell'immaginario collettivo statunitense: A. Tarr, *Understanding State Constitutions*, Princeton University Press, Princeton, 1998 a p. 13.

⁸ Si è parlato a questo proposito di «amendomania», v. Donald Wiles, *First Things Last: Amendomania and State Bill of Rights*, in *Mississippi Law Journal*, 1984, p. 223.

⁹ Council of the State Government, *The Book of the States 2009*.

¹⁰ Si veda per esempio, l'art. 14 della Costituzione dello Stato di New York che stabilisce la massima ampiezza delle piste da sci in una data area forestale dello Stato.

¹¹ Articolo VI, sezione 2 Costituzione degli Stati Uniti d'America.

¹² W.H. Brennan, Jr., *State Constitutions and the Protection of Individual Rights*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 90, p. 489 (1977), divenuto ben presto uno degli articoli di diritto più citati nella storia della dottrina statunitense. Nell'articolo il giudice afferma: «[...] state courts cannot rest when they have afforded their citizens the full protections of the federal Constitution. State constitutions, too, are a font of individual liberties, their protection often extending beyond those required by the Supreme Court's interpretation of federal law. The legal revolution which has brought federal law to the

William J. Brennan, Jr. in cui il giudice della Corte suprema, nel prendere atto del progressivo ritirarsi della Corte Burger (1969-1986) da quella protezione ampia delle libertà civili promossa negli anni sessanta del XX secolo dalla Corte Warren (1953-1969),¹³ sollecitava una riscoperta delle Costituzioni statali – ed in particolare di quelle disposizioni previste all’interno di esse a protezione delle libertà civili – affinché le Corti supreme dei singoli Stati, attraverso l’interpretazione dei rispettivi documenti fondamentali, mirassero a fornire una protezione ai propri cittadini più ampia di quella fornita a livello federale. Riprendendo un’immagine utilizzata precedentemente dal giudice Brandeis,¹⁴ successivamente recepita dagli studi costituzionalistici e frequentemente citata nelle stesse decisioni della Corte, i singoli Stati dell’Unione vengono qualificati come “laboratori”, all’interno dei quali i soggetti dotati di potere costituente e le singole Corti supreme avrebbero avuto l’opportunità di sperimentare soluzioni volte alla promozione di un livello di protezione dei diritti il più elevato possibile. La tutela si sarebbe estesa poi gradualmente, attraverso fenomeni di *cross-judicial fertilization*, da uno Stato all’altro dell’Unione, mentre un livello minimo uniforme di protezione sarebbe stato garantito dall’interpretazione – vincolante a livello nazionale – del *Bill of Rights* federale operata dalla Corte suprema USA. Il risultato è stato la crescente partecipazione delle Corti supreme statali ad una nuova dinamica multilivello, e lo sviluppo di una giurisprudenza costituzionale statale distinta e indipendente da quella federale in tema di diritti. Superato il concetto di nazionalizzazione dei diritti, si è promossa una visione delle garanzie decentrata e specifica per ogni singolo stato. Il NJF ha inoltre favorito la recente nascita e l’affermarsi di studi in tema di *state constitutionalism*, oggetto oggi di crescente attenzione da parte della dottrina costituzionalistica statunitense ed europea, quest’ultima storicamente portata a studiare il costituzionalismo americano prevalentemente sul solo piano federale. La dottrina ha quindi valorizzato le disposizioni delle Costituzioni statali che, rispetto al testo del *Bill of Rights* federale, proteggono diritti di seconda e terza generazione e studiato il diverso articolarsi in queste del concetto di sovranità. Un’importante osservazione si rende preliminarmente necessaria: il NJF in oggetto non deve essere confuso con un fenomeno solitamente definito in modo simile, ma che ha significativi elementi di differenza con l’oggetto del presente studio: il c.d. *New Federalism*. Si tratta quest’ultimo, infatti, di un movimento politico, legislativo e giudiziale a carattere prevalentemente conservatore che trova il proprio punto di origine nel periodo dell’Amministrazione Reagan, e che si caratterizza per una visione decentralizzata del federalismo americano, riequilibrando a favore degli Stati alcuni dei poteri che, negli anni Trenta del XX secolo erano stati loro sottratti in via interpretativa, al fine di attribuire maggiori poteri all’apparato

fore must not be allowed to inhibit the independent protective force of state law – for without it, the full realization of our liberties cannot be guaranteed».

¹³ Nella parole di Cass Sustein: «To many people, the idea of judicial deference to the elected branches lost much of its theoretical appeal in the 1950s and 1960s, when the Supreme Court, under the leadership of Chief Justice Earl Warren, was invalidating school segregation (*Brown v. Bd. of Educ.*), protecting freedom of speech (*Brandenburg v. Ohio*) striking down poll taxes (*Harper v. Bd. of Elections*), requiring a rule of one person, one vote (*Reynolds v. Sims*), and protecting accused criminals against police abuse (*Miranda v. Arizona*)»; C. Sustain, *Justice Breyer’s Democratic Pragmatism*, in The University of Chicago, Public law and Legal Theory Working Paper n. 111, Novembre 2005, disponibile per il download qui: <http://www.law.uchicago.edu/law-pdf/public-law/111.pdf>.

¹⁴ Nella opinione dissenziente redatta dal giudice Louis Brandeis in *New State Ice Co. V. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932): «A single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country». Il giudice Oliver Wendell Holmes nell’opinione dissenziente in *Truax v. Corrigan*, 257 U.S. 312, 344 (1921) ha fatto riferimento a «social experiments that an important part of the community desires, in the isolated chambers afforded by the several States».

federale.¹⁵ Il NJF pone invece al centro del dibattito pubblico la protezione dei diritti fondamentali. Per tale motivo, e per il fatto di opporsi all'approccio interpretativo restrittivo delle disposizioni del Bill of Rights da parte della Corte suprema federale, esso può essere definito come una corrente di pensiero liberale.¹⁶

2.1 Presupposti storico-giuridici del New Judicial Federalism

I presupposti storico-giuridici del NJF si rinvergono nel procedimento progressivo di “*selective incorporation*” di alcune delle disposizioni (e diritti) del *Bill of Rights* federale all'interno del XIV emendamento, e nel mutamento radicale operato dalla Corte suprema federale alla fine degli anni sessanta del XX secolo nell'approccio interpretativo al *Bill of Rights* federale.

Rappresentando un cambiamento epocale nella storia del diritto costituzionale statunitense, il NJF ha spostato l'attenzione relativa all'esercizio del potere e alla tutela dei diritti fondamentali dall'apparato centrale di governo (la struttura federale) a quello locale (i singoli Stati che compongono l'Unione) in forme così marcate che non trovano precedente alcuno a partire dall'attuazione del XIV Emendamento (*Equal Protection Clause*) nel 1868. Prima dell'entrata in vigore del XIV Emendamento, il 9 luglio 1868, in una serie di decisioni redatte dal 1833 al 1868¹⁷, la Corte Suprema degli Stati Uniti aveva infatti affermato che il Bill of Rights federale non limitava le attività degli Stati ma solo quella degli organi federali. A partire da quella data ha inizio il graduale processo conosciuto come di “*selective incorporation*”, mediante il quale la Corte suprema estenderà la protezione promossa dal Bill of Rights federale anche alle azioni degli organi statali e non più soltanto a quella degli organi federali. Dal 1868 al 1925, in modo molto graduale, soltanto alcune delle libertà contenute nel Bill of Rights federale furono qualificate come validi limiti all'azione dei singoli Stati¹⁸. Fu nel breve arco di tempo che si estende dal 1962 al 1969 che una vera e propria rivoluzione ebbe luogo, in quanto l'efficacia di alcune delle più importanti garanzie del Bill of Rights federale furono estese alle azioni poste in essere dagli Stati, di fatto chiamando in causa le corti statali nell'applicazione di alcune delle più importanti disposizioni del *Bill of Rights*¹⁹.

Su di un piano diverso, negli anni precedenti allo svilupparsi del NJF, l'ampia interpretazione dei diritti contenuti nel Bill of Rights federale e la loro applicazione ai sistemi giuridici delle singole unità federate sulla base del XIV Emendamento, aveva portato il potere

¹⁵ Si veda J.M. Castellá Andreu, *Tribunal Supremo y cambios en el federalismo de Estados Unidos*, in Teoría y Realidad Constitucional, no. 24, 2009, p. 527; A. Pierini, *Federalismo e welfare state nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti. Evoluzione e tensioni di un modello neo-liberale di assistenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2003.

¹⁶ J.M. Castellá Andreu, *Constituciones statale y declaraciones de derechos en el federalismo norteamericano*, in J.C. Gavara De Cara, a cura di, *Los derechos como principios objetivos en los estados compuestos*, Bosch Editor, 2010.

¹⁷ Vedi in questo senso *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833); *Livingstone v. Monroe*, 32 U.S. (7 Pet.) 469 (1833).

¹⁸ Significative tappe furono, nel 1897 il divieto di espropriazione per pubblica utilità senza giusto compenso ritenuto per la prima volta applicabile anche alle amministrazioni statali, in *Chicago B. & Q.R.R. v. Chicago*, 166 U.S. 226 (1897); nel 1925, in *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925) fu la protezione accordata alla libertà di espressione e di stampa a ad essere estesa alle azioni poste in essere dagli apparati statali; nel 1949 fu il divieto di “unreasonable searches and seizures” a trovare applicazione anche nei confronti degli Stati in *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949); infine, nel 1962 la Corte trovò applicabile la “exclusionary rule” ai processi che si svolgevano di fronte alle corti statali.

¹⁹ Tra queste, alcune delle più significative includono, il divieto di pene crudeli ed inusuali previsto dal VIII Emendamento – *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962) –, in base alla quale fu successivamente dichiarata incostituzionale la pena di morte così come somministrata in alcuni Stati: *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); il diritto ad una difesa qualificata nei procedimenti penali, previsto dal VI Emendamento arrivò nel 1963, con *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963); nel 1964, fu il privilegio contro l'autoincriminazione ad essere esteso, con la decisione *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964), sulla cui base il principio sancito in *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) (i c.d. “*Miranda rights*”) troverà applicazione anche nei confronti degli agenti di polizia statale.

legislativo e quello giudiziario statali a fare affidamento sulle disposizioni della Costituzione federale per predisporre un'efficace tutela anche nei confronti dei propri cittadini. All'inizio degli anni Settanta, tuttavia, un sempre più crescente numero di organi giurisdizionali statali iniziò ad interpretare disposizioni analoghe a quelle contenute nel Bill of Rights federale in modo da estendere la garanzia per i propri cittadini rispetto a quella prevista dalla Costituzione federale, anche in presenza di identiche disposizioni. Uno dei motivi che portarono le corti statali a rivendicare un parallelo (ed ulteriore) livello di protezione dei diritti dei propri cittadini, rispetto a quello previsto a livello federale, viene riscontrata da Brennan appunto nell'onda di ritorno che iniziava a caratterizzare la giurisprudenza della Corte suprema federale, sempre più restia ad adottare un'interpretazione ampia delle disposizioni del Bill of Rights e sempre più propensa all'adozione di decisioni che andavano a limitare o ridurre l'ambito di applicabilità della tutela affermata con le importanti decisioni redatte negli anni sessanta.

Gli Stati acquisirono allora la consapevolezza di poter interpretare ed attuare le disposizioni delle proprie Costituzioni in modo autonomo rispetto all'interpretazione data dalla Corte suprema alle analoghe disposizioni contenute nel Bill of Rights, ovvero dare piena attuazione a disposizioni che non trovavano corrispondente alcuno nella Costituzione degli Stati Uniti, giungendo ad affermare per primi l'esistenza di una tutela in ambiti non protetti dalle disposizioni costituzionali federali.

Il coinvolgimento degli organi giudiziari in questa nuova fase del costituzionalismo statunitense ha comportato un cambiamento significativo anche nel ruolo svolto dalle corti statali.²⁰

Se pure è vero, infatti, che le corti statali avevano contribuito occasionalmente allo sviluppo di un autonomo diritto costituzionale statale anche prima degli anni Settanta del XX secolo, i giudici statali avevano certamente adottato un atteggiamento meno attivo dei loro colleghi federali nel riconoscimento e protezione dei diritti individuali e nel promuovere un cambiamento nell'ottica costituzionale di protezione di questi diritti.

Alcuni autori hanno cercato di rappresentare il NJF invece che in termini di nuovo ed inedito rapporto tra organi giudiziari statali e federali e scoperta della funzione finalmente protettiva dei testi costituzionali (statali), come una "ri-scoperta" delle costituzioni statali e delle dichiarazioni di diritti in esse contenute, affermando che anche prima del XIX secolo – anni in cui, come visto, si può iniziare a collocare l'attività di interpretazione espansiva del Bill of Rights federale ad opera della Corte suprema degli Stati Uniti attraverso le prime "incorporation" di diritti all'interno dell'efficacia del XIV Emendamento – le costituzioni statali rappresentavano già uno strumento primario di tutela dei diritti individuali.²¹ La tesi ha una certa plausibilità, ma ad una più attenta

²⁰ Per un'analisi approfondita di questo cambiamento, si veda A. Tarr, *The Past and Future of the New Judicial Federalism*, in *Publius*, vol. 24, 1994, p. 63; A. Tarr, *The New Judicial Federalism in Perspective*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 72, 1997, p. 1097.

²¹ Nella visione di questi autori, sarebbero tre le fasi in cui si potrebbe suddividere nel panorama costituzionalistico statale la protezione dei diritti individuali. Durante i primi centoquarant'anni della storia della nazione americana, le corti statali avrebbero svolto funzioni di principali protettori delle libertà civili. Dagli anni Trenta ai primi anni Settanta l'incorporazione dei diritti del Bill of Rights federale e un accentuato attivismo giudiziario a livello federale avrebbero reso le corti federali il principale, se non esclusivo, strumento di protezione dei diritti individuali. Con la nascita del *New Judicial Federalism* nei primi anni Settanta, le corti federali e statali avrebbero condiviso il compito di protezione dei diritti. Per una disamina di queste tre fasi con riferimento al diritto penale, si veda S. Abrahamson, *Criminal Law and State Constitutions: The Emergence of State Constitutional Law*, in *Texas Law Review*, vol. 63, 1985, p. 1141. Per un'applicazione di questa teoria evolutiva tripartita ai diritti civili si veda invece S. Shirley S. Abrahamson and Diane S. Gutmann, *The New Federalism: State Constitutions and State Courts*, in *Judicature* no. 71 (Agosto-Settembre 1987) a p. 88-99; Anche Alan Tarr inizialmente ritenne questa teoria fondata, in A. Tarr, *State Constitutionalism*. Questa tesi sarà rigettata dallo stesso Tarr in A. Tarr, *Understanding cit.*. Gli studiosi di NJF concordano infatti nel ritenere questa

analisi è risultata non corretta. Fino alla fine del XIX secolo, gli apparati di governo statali si trovavano in una posizione di sostanziale vantaggio, incontrando minori limiti nell'esercizio dei propri poteri nei confronti dei rispettivi cittadini dato il limitato ambito di applicazione della tutela federale posta in essere dal Bill of Rights e dell'azione federale in generale. La protezione fornita dal Bill of Rights federale, non essendo i relativi diritti ancora stati soggetti ad incorporazione, era infatti limitata all'azione degli organi federali e non a quella dei corrispondenti organi a livello statale. L'unica tutela disponibile contro una violazione dei diritti fondamentali dei cittadini di un singolo Stato poteva pertanto rinvenirsi nelle disposizioni costituzionali statali. Tuttavia, nonostante l'esistenza astratta di queste condizioni affinché le corti statali potessero fornirne un'ampia tutela dei diritti civili sulla base delle costituzioni statali, nel corso del diciannovesimo secolo ed, in parte, dei primi anni del ventesimo secolo, questo non accadde.²² Controversie che avessero ad oggetto disposizioni costituzionali statali risultavano rare e raramente coinvolgevano diritti civili.²³ Nonostante sia possibile rinvenire isolate decisioni in tema di diritti individuali prima degli anni Trenta del XX secolo che fornivano protezione sulla base delle carte costituzionali statali, è possibile affermare – con la maggiore dottrina – che prima di quella data le corti statali non riuscirono a sviluppare un insieme coerente di giurisprudenza con riferimento ai principali diritti civili protetti all'interno dei Bill of Rights statali.²⁴ L'impossibilità che si riscontra ancor oggi per le corti statali di rinvenire propri precedenti sui quali basare le decisioni odierne è prova ulteriore di questo fatto. La dottrina statunitense è quindi adesso concorde nell'affermare che prima dello sviluppo del NJF il contributo delle corti supreme statali alla protezione costituzionalmente garantita di diritti di libertà individuale era stata minima.

Questo punto solleva due domande: 1) perché le corti statali non erano riuscite a svolgere il ruolo di protettrici dei diritti individuali prima dell'avvento del NJF? 2) Quali sono i fattori che hanno condotto all'emergere del NJF – e del conseguente maggiore ruolo per le corti statali nella protezione dei diritti – a partire dai primi anni Settanta del XX secolo?

Nell'opinione di uno dei principali studiosi di diritto costituzionale statale americano – il prof. Alan Tarr – la risposta a queste domande può venire soltanto dalla realizzazione che l'interpretazione dei documenti costituzionali statali avviene nel contesto di ed è influenzata dalla generale tradizione giuridica statunitense. I giudici statali, così come quelli federali, partecipano alla creazione di standard di pratica giuridica e divengono essi stessi gradualmente edotti sui prevalenti standard di pratica giudiziale, facendone a loro volta uso. Essi, in altre parole, imparano a interpretare i propri documenti costituzionali attraverso l'osservazione del comportamento tenuto da altre corti (federali e statali) nel porre in essere pratiche interpretative. Secondo il prof. Tarr, l'elemento determinante che non ha consentito lo svilupparsi di una relazione quale quella del NJF nel XVIII secolo e solo in parte nel XIX è stato il generale affidamento nei confronti di fonti extratestuali nell'interpretazione dei documenti costituzionali, primariamente da parte degli organi

ricostruzione tripartita non corretta e nel riconoscere che, fino a tempi molto recenti, le costituzioni statali non hanno mai fornito una base solida per la protezione dei diritti: si veda, tra i molti, Judith S. Kaye, *Foreword: The Common Law and State Constitutional Law as Full Patterns in the Protection of Individual Rights*, in *Rutgers Law Journal*, vol. 23, 1992, a p. 727; J. Mazzone, *the Bill of Rights in the Early State Courts*, in *Minnesota Law Review*, vol. 92, 2007, p. 1.

²² Alan Tarr, *Understanding State Constitutions cit.*, a p. 163.

²³ Si veda i due studi, decisamente esaustivi, di R.A. Kagan, B. Cartwright, L.M. Friedman, S. Wheeler, *Business of Supreme Courts e The Evolution of State Supreme Courts*.

²⁴ Alcune tra le decisioni cui si fa riferimento includono: *Carpenter v. Dane*, 9 Wis 249 (1859); *State v. Sheridan*, 96 N.W. 730 (Iowa 1903). Per una più dettagliata disamina di queste decisioni si veda Alan Tarr, *Past and Future cit.* a p. 66-69.

giurisdizionali federali, e di conseguenza da parte di quelli statali.²⁵ Allo stesso modo, non dovrebbe risultare sorprendente che, a partire dagli anni Settanta del XX secolo, le corti statali iniziarono a emulare l'attitudine tenuta nei decenni precedenti dalla Corte Warren nell'offrire una lettura ampia delle garanzie contenute nelle costituzioni dei rispettivi Stati di riferimento. E' stato quindi appurato che, pur se l'esistenza di Bill of Rights nelle Costituzioni statali e la mancanza di un attivismo giudiziario paragonabile a quello della Corte Warren offrì astrattamente negli anni precedenti agli anni Trenta del XX secolo l'opportunità affinché le corti statali potessero esercitare una funzione più attiva come garanti dei diritti fondamentali sulla base delle loro proprie costituzioni, questo tuttavia non fu sufficiente, e, di fatto, tale opportunità non fu colta. Quello che si ritiene mancasse era un modello sulla base del quale i giudici potessero, se avessero voluto, iniziare un'opera di interpretazione espansiva dei diritti contenuti nelle proprie carte costituzionali.

E' a questo punto chiaro che, con riferimento ai diritti costituzionalmente garantiti a livello federale, le decisioni della Corte suprema federale possono dividersi in due categorie: decisioni che riconoscano protezione a diritti costituzionali contenuti nel Bill of Rights federale, che divengono così «supreme law of the land» e devono essere rispettati in tutti i cinquanta Stati nordamericani; decisioni che, al contrario, che restringono la protezione di un diritto federale contenuto nel Bill of Rights, le quali, tuttavia, non esauriscono il tentativo di fornire ad un determinato diritto una protezione ampia, in quanto lasciano aperta la possibilità, per le Corti supreme dei cinquanta Stati, sulla base di una interpretazione delle proprie costituzioni statali di fornire una protezione maggiore rispetto a quella riconosciuta a livello federale.

2.2. Le fasi del New Judicial Federalism

La maggiore dottrina in ambito di costituzionalismo statale ha individuato tre fasi di sviluppo del NJF: 1) Nascita e affermazione del NJF; 2) Reazione al NJF; 3) Dialogo orizzontale e verticale.

2.2.1. Nascita del NJF

Una serie di fattori sono stati riconosciuti come determinanti nella nascita del NJF. Il primo è la decisione *People v. Anderson*²⁶ del 1971 in cui Corte suprema della California sulla base di un'interpretazione autonoma ed estensiva del divieto di pene crudeli o inusitate contenuto nella Costituzione statale dichiarava incostituzionale la pena capitale²⁷. La decisione fornirà lo stimolo

²⁵ Alan Tarr, *Understanding State Constitutions cit.*, p. Sull'attitudine a basarsi su fonti extratestuali nell'interpretazione costituzionale, si veda Suzanna Sherry, *The Early Virginia Tradition of Extratextual Interpretation*, in P. Finkelman and S. Gottlieb, *Toward a Usable Past: Liberty Under State Constitutions*, University of Georgia Press, 2009; S. Sherry, *The Founder's Unwritten Constitution*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 54, 1987, p. 1127; T. Grey, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, in *Stanford Law Review*, vol. 27, 1975, p. 843.

²⁶ *People v Anderson*, 6 Cal.3d 628 (1971).

²⁷ Come noto, la pena capitale risulta al momento costituzionalmente legittima (tranne in casi specifici di somministrazione a minori e soggetti affetti da patologie mentali, nei cui casi essa è stata dichiarata incostituzionale dalla Corte suprema degli Stati Uniti) sulla base del diritto federale. La maggiore protezione accordata in questo caso dalla Corte suprema della California ai propri cittadini è basata sull'articolo 1, sez. 17 della Costituzione della California che afferma: «[c]ruel *or* unusual punishment may not be inflicted or excessive fines imposed» (notare la disgiuntiva tra i termini *cruel* e *unusual*). Il testo dell'Ottavo Emendamento alla Costituzione federale afferma invece che «[e]xcessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel *and* unusual punishments inflicted». La differenza tra le due disposizioni fu ritenuta sufficiente dalla Corte suprema della California per poter dichiarare che i *Founding Fathers* della Costituzione californiana del 1879 avevano redatto l'art. 1, sez. 17 in modo diverso rispetto all'Ottavo Emendamento al fine di fornire una protezione maggiore rispetto a quella posta in essere dalla Costituzione federale. Sulla base di questi motivi la Corte suprema della California dichiarerà incostituzionale la disposizione di legge che prevedevano la pena capitale. Sfortunatamente, la

per un intenso dibattito accademico e sociale e porterà al pieno riconoscimento da parte dei vari attori giuridici che le decisioni delle corti statali possono “eludere” le decisioni della Corte suprema federale sulla base delle loro rispettive costituzioni.

Un secondo memento simbolico è rappresentato dall’articolo citato in precedenza del giudice William J. Brennan e pubblicato sulla *Harvard Law Review* che esplicitamente invitava le corti supreme statali a fornire una protezione più ampia a livello statale rispetto a quella federale per i diritti fondamentali.²⁸

La successiva pietra miliare nella nascita del NJF è rappresentata, stavolta, da una decisione della Corte suprema degli Stati Uniti. Nel 1980, la Corte suprema degli Stati Uniti deciderà il caso *PruneYard Shopping Ctr. v. Robins*²⁹, confermando la decisione della Corte suprema della California, impugnata sulla base del diritto federale, che riconosceva un diritto alla libertà di manifestazione del pensiero e di proselitismo all’interno di gallerie commerciali private sulla base esclusiva dell’art. 1, sez. 2(a) della costituzione statale (e non del Primo Emendamento alla Costituzione USA)³⁰, diversamente da quanto riconosciuto a livello federale, ove la Corte suprema aveva affermato che i proprietari di una galleria commerciale privata potevano vietare questo tipo di attività all’interno della proprietà senza violare i diritti garantiti dal Primo Emendamento.³¹ Mentre la condotta in oggetto non sarebbe risultata protetta sulla base del Primo Emendamento, questa trovò invece protezione nella disposizione relativa alla libertà di espressione contenuta nella costituzione statale.

Il quarto momento simbolico è solitamente ricondotto alla decisione *Michigan v. Long*³² in cui si affermano il principio del «*adequate and independent ground*» ed i limiti che la Corte suprema federale incontra nella revisione delle decisioni delle Corti supreme statali. Tale regola prevede che la Corte suprema federale non possa svolgere alcuna funzione di revisione nei confronti di decisioni prese da una corte statale facendo applicazione esclusiva di diritto (costituzionale) statale ovvero di diritto statale e federale quando tali decisioni siano basate appunto su di un «*adequate and independent state ground*» (un adeguato ed indipendente motivo di decisione di

qualificazione della pena di morte come pena contraria alla Costituzione statale non sarà longeva: nel 1979, tramite lo strumento della *constitutional initiative* i cittadini ribalteranno la decisione della Corte suprema statale modificando la costituzione tramite l’introduzione di un nuovo articolo 1, sez. 27, così da affermare che «[t]he death penalty shall not be deemed to be, or to constitute, the infliction of cruel and unusual punishments», in tal modo sottraendo la pena capitale ad una successiva dichiarazione di incostituzionalità.

²⁸W.J. Brennan, *State Constitutions and the Protection cit.*, dove l’autore afferma che «State constitutions, too, are a font of individual liberties, their protections often extending beyond those required by the Supreme Court’s interpretation of federal law. The legal revolution which has brought federal law to the fore must not be allowed to inhibit the independent protective force of state law – for without it, the full realization of our liberties cannot be guaranteed» al par. 502-503. Il giudice Stewart G. Pollock della Corte suprema del New Jersey definirà l’articolo di Brennan come la «Magna Charta of state constitutional law».

²⁹447 U.S. 74 (1980).

³⁰*Robins v. Pruneyard Shopping Center*, 153 Cal. Rptr. 854, 592 P.2d 341 (1979). L’articolo 1, sez. 2(a) della Costituzione della California afferma che: «Every person may freely speak, write and publish his or her sentiments on all subjects, being responsible for the abuse of this right. A law may not restrain or abridge liberty of speech or press». Nel caso di specie, alcuni studenti avevano iniziato installato un gazebo all’interno del centro commerciale privato Pruneyard nella contea di Santa Clara e posto in essere attività di proselitismo e di scambio di idee su di una recente risoluzione delle Nazioni Unite contraria al sionismo.

³¹*Lloyd Center, Ltd. V. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972); *Hudgens v. N.L.R.B.*, 424 U.S. 507 (1976).

³²463 U.S. 1032 (1983). La Corte suprema in *PruneYard Shopping Ctr. v. Robins*, affermerà che le proprie precedenti decisioni in materia di libertà di espressione «[do] not ... limit the authority of a State to exercise its police power or its sovereign right to adopt in its own constitution individual liberties more expansive than those conferred by the Federal Constitution».

competenza statale) ed in quanto esse non contraddicano la Costituzione federale.³³ E' questo stesso principio – in una sua declinazione – ad assicurare che la Costituzione federale svolga un funzione che viene definita di “*floor*” o “*safety net*”, stabilisca cioè il livello minimo di garanzia dei diritti fondamentali a livello nazionale. Le Corti supreme dei singoli stati, nell’interpretare le rispettive Costituzioni, sono pertanto libere di fornire una protezione che sia maggiore rispetto al livello stabilito sul piano federale, ma mai inferiore. Il principio citato stabilisce quindi che una volta che tale livello minimo di garanzia sia soddisfatto, la Corte suprema non sottoporrà a revisione le decisioni delle corti statali che siano basate su disposizioni costituzionali statali che adeguatamente ed indipendentemente da ogni diritto federale siano alla base della risoluzione del caso di specie, rendendo queste decisioni il punto finale di arrivo delle singole controversie.

2.2.2. Reazione al NJF.

Con l’inizio degli anni Ottanta del XX secolo³⁴ in alcuni Stati dell’Unione inizia una reazione nei confronti del NJF inteso come movimento volto all’espansione dei diritti fondamentali, sottolineandone le conseguenze negative in tema di certezza del diritto (che si presume diminuita dal diversificarsi delle interpretazioni costituzionali e dei livelli di protezione garantiti nei diversi Stati), di politica giuridica (l’espansione dei diritti a favore dell’accusato nei procedimenti penali si scontra contro le politiche giustizialiste portate avanti dai *Public Prosecutors* di numerosi Stati) e di legittimazione degli organi giudiziari (il NJF presuppone un elevato livello di attivismo giudiziario). Inizia così un’ondata di revisioni costituzionali poste in essere prevalentemente tramite *constitutional initiatives* con due fini principali: inserire nelle costituzioni statali disposizioni che neghino ovvero limitino espressamente le garanzie costituzionali così come individuate estensivamente dalle Corti supreme statali³⁵; l’introduzione nelle costituzioni statali di così dette «*lockstep clauses*», disposizioni che obblighino, cioè, le Corti supreme degli Stati ad ancorare l’interpretazione di articoli delle costituzioni statali a quella di analoghe disposizioni del *Bill of Rights* federale così come operata dalla Corte suprema USA, non consentendo quindi alcuna interpretazione espansiva³⁶.

³³ Il principio fu affermato per la prima volta in *Murdock v. City of Memphis*, 87 U.S. 590 (1874), esteso in *Eustin v. Bolles*, 150 U. S. 361 (1893) e riaffermato in *Fox Film Corp. v. Muller*, 296 U.S. 207, «[w]here the judgment of a state court rests upon two grounds, one of which is federal and the other non-federal in character, our jurisdiction fails if the non-federal ground is independent of the federal ground and adequate to support the judgment». Ha poi trovato un’efficace descrizione della propria *ratio* nella *dissenting opinion* del Justice Jackson in *Herb v. Pitcairn*, 325 U. S. 77 (1945). In *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1032, 1038 (1983) si afferma che «[i]t is, of course, incumbent upon this Court to ascertain for itself whether the asserted non-federal ground independently and adequately supports the judgment», e la Corte suprema, costruendo sui propri precedenti in materia, stabilirà un nuovo test per determinare l’esistenza di un *adequate and independent ground*, il c.d. “*plain statement rule*”.

³⁴ Ma anche prima, nella reazione alla decisione *People v Anderson* della Corte suprema della California.

³⁵ E’ il caso, come visto, dell’introduzione nella costituzione della California di un unico nuovo art. 1, sez. 27, che sottrae adesso la pena di morte ad una dichiarazione di incostituzionalità («[t]he death penalty shall not be deemed to be, or to constitute, the infliction of cruel and unusual punishments»). Per un esempio recente si veda la vicenda relativa alla *Proposition 8* in California che, tramite la *constitutional initiative* consentita dall’art. 18, sez. 3 Cost. California che, ha introdotto un nuovo articolo art. 1, sez. 7.5 in costituzione, il quale afferma che «only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California», ribaltando la decisione della Corte suprema californiana nel caso *In re Marriage Cases*, 183 P.3d 384 che aveva riconosciuto alle coppie omosessuali un diritto costituzionale al matrimonio.

³⁶ E’ il caso, ad esempio, della c.d. *Proposition 115* presentata agli elettori della California nel 1990 e che avrebbe imposto alle corti statali di interpretare le disposizioni della Costituzione della California in tema di garanzie dell’accusato nel procedimento penale in modo analogo a quanto effettuato dalla Corte suprema federale per le corrispondenti disposizioni del *Bill of Rights*. Nel giudicare della legittimità costituzionale di questa modifica, sulla base dei limiti previsti dall’art. 18, sez. 3 della costituzione della California in cui si afferma che la *constitutional*

2.2.3 Dialogo orizzontale e verticale.

Esauritasi alla fine degli anni Novanta l'intensa reazione al NJF ed i dubbi sulla legittimità delle pratiche di interpretazione estensiva delle costituzioni statali, in tempi più recenti, numerosi studiosi di diritto costituzionale statale hanno iniziato a sottolineare l'esigenza di un maggiore dialogo tra corti statali e corti federali.

Fenomeni di *trans-judicial communication* in realtà, sono sempre stati non solo alla base dei rapporti tra corti statali, specie se di ultima istanza, ma anche, e soprattutto, alla base teorica del NJF. Il riconoscimento di un'autonoma voce nella protezione estensiva dei diritti fondamentali alla Corti supreme statali rispetto a quelle federali si accompagnava necessariamente con la previsione che – una volta che uno degli Stati membri dell'Unione avesse individuato una soluzione apprezzabile ad uno specifico problema di diritto e ad un caso concreto – le Corti supreme degli altri Stati avrebbero recepito questa soluzione qualora avessero ritenuto essa essere in linea con il sentire sociale e la volontà di riconoscimento dei diritti presente anche in un altro Stato. Ed infatti, questo sarebbe stato l'unico modo per poter estendere su di un piano nazionale, quei diritti che, interpretati in modo estensivo in un unico stato, avrebbero esercitato la loro funzione protettiva solo all'interno di quel singolo stato.

In aggiunta a questo dialogo orizzontale eventuale, si è iniziato dalla metà degli anni Novanta ad auspicare un maggior dialogo verticale, tra corti Supreme statali e Corte suprema federale. Si auspica, in particolare, che la Corte suprema federale possa prendere in considerazione le decisioni delle Corti supreme statali che interpretano diritti di libertà, per poterle utilizzare nella decisione delle controversie che questa si trovi a decidere.

In realtà, un'importante strumento di dialogo tra Corte suprema federale e Corti supreme statali esiste già, e può fornire interessanti elementi di spunto per l'evoluzione del rapporto tra Corti costituzionali e Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE). Quest'ultima, in molte delle proprie decisioni, ha affermato infatti di voler prendere in considerazione e rispettare le tradizioni costituzionali degli Stati membri. Manca tuttavia uno strumento formalizzato che consenta di poter interrogare le Corti costituzionali o Supreme degli Stati Membri sul reale contenuto della rispettiva tradizione costituzionale e interpretazione delle disposizioni costituzionali nazionali. Seppure esiste infatti, uno strumento quale quello del *preliminary reference*, con funzioni *bottom up*, manca al contrario uno strumento che agisca *bottom down*, dalla CGUE verso le corti investite della funzione di vaglio di costituzionalità degli Stati Membri. Ebbene, un tale strumento esiste negli Stati Uniti e caratterizza il rapporto tra Corte suprema federale e Corti supreme degli Stati dell'Unione, prendendo il nome di *certification*.

3. Un modello per l'Europa?

initiative può essere utilizzata solo per porre in essere emendamenti e non revisioni costituzionali in senso tecnico, la Corte suprema della California in *Raven v Deukmejian* (52 Cal.3d 336) ne dichiarerà l'incostituzionalità qualificandola come revisione. Nell'ottica della Corte, la modifica costituzionale in oggetto avrebbe privato la Corte suprema statale di un autonomo potere interpretativo sulla propria costituzione, e avrebbe avuto effetti così pervasivi sull'intero sistema dei poteri da qualificarsi come revisione costituzionale in senso tecnico. Tale tipo di procedimento viene anche ritenuto incostituzionale perché rappresenta un'adozione *pro futuro* di tutta la giurisprudenza che la Corte suprema possa porre in essere nell'interpretare alcune disposizioni costituzionali, senza alcuna reale indicazione sul contenuto di queste.

Sulla base di quanto visto accadere all'interno degli Stati Uniti negli ultimi quarant'anni, può rilevarsi che i due sistemi – statunitense e dell'Unione Europea – muovano in direzioni diverse: nel primo caso verso una decentralizzazione e progressiva della tutela dei diritti e de-nazionalizzazione del riconoscimento unico ed omogeneo di questi; nel secondo caso verso una progressiva centralizzazione della tutela dei diritti sia nel senso di adozione e recezione di cataloghi dei diritti – Carta di Nizza e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo per, auspicabilmente, rafforzare il concetto di cittadinanza dell'Unione e fornire tutela a diritti ritenuti fondamentali in modo eguale per tutti gli Stati membri.

In entrambi i sistemi sembra chiaro che la protezione dei diritti fondamentali promossa al livello superiore di governo, debba rappresentare il livello al di sotto del quale non è possibile collocarsi nella protezione di certi diritti, in questo caso mostrando elementi di analogia tra le due esperienze.

Soprattutto per quanto concerne il rapporto tra CGUE e corti costituzionali o supreme degli Stati Membri, manca, come dicevamo, uno strumento che consenta alle Corti statali dotate di funzioni di *judicial review* di potersi esprimere in merito al reale significato di una disposizione nazionale o della tradizione costituzionale nazionale in oggetto. Tale strumento esiste negli Stati Uniti. In quel contesto le corti statali sono continuamente chiamate a fare applicazione del diritto federale nella risoluzione delle controversie di specie. Anche gli organi federali tuttavia, sono chiamati in alcune istanze a fare applicazione del diritto statale, sia esso di *common law*, di origine legislativa ovvero costituzionale. In quel caso, ogni corte federale, e soprattutto, ai fini della presente analisi, la Corte suprema degli Stati Uniti può porre in essere una richiesta di *certification*³⁷ alla Corte suprema dello Stato delle cui disposizioni legislative o costituzionali si farà applicazione, qualora il significato delle disposizioni statali non sia chiaro alle corti federali. Si tratta, in tutta evidenza, di un procedimento che opera in modo speculare rispetto alla procedura di *preliminary reference* europea.

Al fine di poter porre in essere questa procedura, gli Stati devono aver esplicitamente previsto in Costituzione o tramite legge la possibilità per le Corti supreme statali di esercitare tali funzioni.³⁸ La possibilità di promuovere una *certification* nei confronti di una Corte suprema statale è subordinata al rilevanza delle disposizioni statali ai fini della decisione della controversia in oggetto. Le Corti supreme statali, inoltre, non risultano obbligate a rispondere alla richiesta di *certification*, nel qual caso, sarà la Corte suprema federale a dover interpretare le disposizioni statali senza la guida fornita dal corrispondente organo statale. Nel caso in cui, tuttavia, la Corte suprema statale accolga l'invito della corte federale ad esprimersi sull'interpretazione della legge statale, questa interpretazione risulta vincolante per la corte federale nel successivo uso delle disposizioni statali per decidere la controversia.

Risulta quindi evidente come questo strumento favorisca un maggiore dialogo tra i due livelli di governo, basato sul presupposto che gli organi giurisdizionali di vertice degli Stati abbiano una conoscenza delle proprie disposizioni e tradizioni costituzionali maggiore rispetto a quella della corte di vertice dell'intero sistema (sia questo federale ovvero sovranazionale come nel caso

³⁷ Sulla procedura di *certification* si veda W. Watson, C. McKinzie, D. Orion Davis, *Federal Court Certification of State-law Questions: Active Judicial Federalism*, in *The Justice System Journal*, vol. 28, 2007, p. 98; R.A. Cochran, *Federal Court Certification of Questions of State Law to State Courts: A Theoretical and Empirical Study*, in *Journal of Legislation*, vol. 29, 2003, p. 157.

³⁸ Ad oggi tutti gli Stati tranne Nord Carolina e Missouri prevedono in costituzione o tramite legge la possibilità di rispondere a *certified questions* poste in essere da parte delle corti federali.

dell'UE). L'introduzione di questo istituto all'interno dell'Unione Europea consentirebbe agli Stati Membri di partecipare significativamente allo sviluppo del diritto europeo e promuoverebbe un maggiore grado di conoscenza per le tradizioni costituzionali dei singoli Stati membri.