

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*

Richard Bellamy

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Due critiche del potere giudiziario – 3. Le limitazioni del Costituzionalismo giuridico limitato di Lord Sumption – 4. Il Costituzionalismo politico e la dipendenza democratica delle corti – 5. La costituzione democratica delle corti internazionali – 6. La costituzione politica della CEDU – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Le diverse parti politiche hanno criticato, in più occasioni, sia singoli giudici e le loro argomentazioni in particolari casi, sia il sistema processuale nell'ambito del quale determinate decisioni giudiziarie vengono adottate e la legittimazione degli stessi giudici nell'adottarle.

Ora, questi due ordini di critiche sono, entro una certa misura, scindibili. La critica nei confronti di determinate pronunce giurisdizionali non implica necessariamente preoccupazioni riguardo al processo - vuol dire semplicemente che, nell'ottica di chi critica, un singolo giudice ha argomentato in maniera inadeguata o addirittura erronea in un dato caso. Allo stesso modo, preoccupazioni circa il processo possono essere compatibili con l'accettazione di molte - o anche della maggior parte - delle decisioni dei giudici. Ove venisse in rilievo solo il primo motivo di critica, la risposta più adeguata consisterebbe nell'appellare la sentenza dinanzi ad un giudice diverso.

*Il presente saggio è una versione rivista ed estesa di R. Bellamy, *The Limits of Lord Sumption: Limited Legal Constitutionalism and the Political Form of the ECHR*, in N. Barber, R. Ekins, P. Yowell (a cura di), *Lord Sumption and Human Rights*, London, 2016, Cap. 11, pp. 193-212. Traduzione di Chiara De Santis.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Se la propensione all'“errore” giudiziario dovesse essere percepita come largamente diffusa, allora la soluzione più naturale consisterebbe nel cambiare i giudici. Tuttavia, ciò fa sorgere la preoccupazione che questo tipo di critiche possano essere puramente e strumentalmente politiche, sostanziandosi in un tentativo di riempire le corti di giudici compiacenti, cosa che rappresenterebbe una minaccia per l'effettiva imparzialità del sistema giudiziario. Diversamente, il secondo ordine di critiche suggerisce che sarebbe necessario un cambiamento più profondo a livello di sistema. In verità, molti tra coloro che assumono quest'atteggiamento sono inclini a vedere i due tipi di critica come connessi e associano un'argomentazione giuridica viziata che individuano in determinati casi ad una certa visione del sistema processuale e del ruolo dei giudici. D'altronde, anche se queste critiche si focalizzano sul sistema giudiziario piuttosto che sui singoli giudici, e quindi non implicano una forma di vaglio politico su singoli membri della categoria, la sottostante visione del sistema e del ruolo del potere giudiziario può anche riflettere una certa prospettiva politica, sebbene più rigorosa e radicata in una particolare concezione della giustizia politica.

Le critiche nei confronti della *judicial review* tendono ad essere associate con l'adesione ideologica o il rifiuto del modo in cui sono stati decisi determinati casi o questioni. Negli Stati Uniti, l'atteggiamento nei confronti dell'aborto rappresenta oggi la frattura ideologica cruciale su cui si gioca la selezione dei giudici della Corte Suprema. Nel Regno Unito rischia di crearsi una frattura simile sul tema della Brexit. I sostenitori della *judicial review* riescono a respingere queste critiche ritenendole, nel migliore dei casi, come riferibili a decisioni individuali piuttosto che ad una pratica diffusa e, nel peggiore dei casi, tacciandole di essere politicamente motivate. Tuttavia, vorrei suggerire che alla base di queste critiche vi possa essere un atteggiamento più sistematico e rigoroso di contestazione di certe forme di *judicial review*. Ciò non significa che quanti auspicano un cambiamento a livello di sistema, cerchino di anticipare precisamente l'esito di tutte le future decisioni in modo che esse si orientino nel senso da loro desiderato. Piuttosto, il loro scopo è di dimostrare come determinati principi favoriscano certi processi e certe forme di argomentazione da parte dei giudici e dei politici, così come l'equilibrio che dovrebbe sussistere tra di essi. In altre parole,

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

costoro non si focalizzano troppo sulle risposte “corrette” come base e finalità “corretta” delle decisioni giudiziarie. Sotto questo aspetto, questi critici della *judicial review* somigliano a quelli tra i suoi sostenitori che adottano un approccio anch'esso basato sui principi. Inoltre, così come accade con le difese della *judicial review* basate su diversi principi, queste critiche per principi non sono al di sopra della politica - esse coinvolgono piuttosto principi politici molto diversi. Di conseguenza, il dibattito intorno alla *judicial review* non divide nettamente i rigidi sostenitori del diritto e della giustizia da una parte, e coloro che si preoccupano della legittimazione politica e del raggiungimento di specifici obiettivi politici, dall'altra. Non solo da entrambe le parti si considerano tutti questi elementi, ma anche all'interno di ciascuna corrente si delineano divisioni tra coloro che pongono l'accento sulla libertà individuale e coloro che invece privilegiano l'uguaglianza.

Per illustrare questo punto, confronterò due critiche sistematiche alla forma c.d. forte della *judicial review* sui diritti - quella di Lord Jonathan Sumption, da una parte, e quella dei costituzionalisti politici, alla visione dei quali quella di Sumption somiglia superficialmente, dall'altra. Come vedremo, anche se entrambe queste critiche prefigurano la prevalenza della politica sul diritto, esse lo fanno sulla base di principi differenti - il primo sulla base del principio della libertà individuale, i secondi sulla base dell'eguaglianza politica. Ad ogni modo, io sosterrò che il secondo offre argomenti più coerenti e più convincenti del primo. In verità, la maggior parte delle preoccupazioni dei fautori del costituzionalismo politico intorno alla *judicial review* - come pure alcune delle sue - derivano precisamente dalla posizione individualista che egli adotta. Sotto molti aspetti, la sua argomentazione finisce per essere meno politica di quanto egli sostiene, e si risolve più che altro in una forma di costituzionalismo giuridico limitato.

Il primo paragrafo delinea brevemente le tesi di Sumption e quelle dei sostenitori del costituzionalismo politico. Nel secondo paragrafo si sottopongono a critica i limiti dell'approccio individualista di Lord Sumption, mentre il terzo paragrafo traccia l'alternativa costituzionalistica incentrata sull'obiettivo di promozione dell'uguaglianza politica attraverso una dichiarazione formale dei diritti, una *review* parlamentare dei diritti e una *review* “debole”

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

(*weak review*). Il quarto paragrafo, quindi, affronta la critica di Sumption al sistema della CEDU e, in particolare, considera se un ordinamento giuridico internazionale, quale è la CEDU, possa ragionevolmente operare alla stregua di una costituzione politica, con una corte internazionale che rimane democraticamente dipendente dalle assemblee legislative interne ai singoli Stati contraenti. A questo proposito, si argomenterà riguardo al perché un tale sistema possa rendersi necessario e su come esso possa funzionare. Il quinto paragrafo, infine, precisa come, in alcuni aspetti cruciali, la CEDU corrisponda a questo modello. All'esito di ciò, le presunte critiche democratiche di Lord Sumption nei confronti della CEDU si rivelano errate, riflettendo i limiti del suo approccio di costituzionalismo giuridico limitato.

2. Due critiche del potere giudiziario

Nelle sue Reith Lectures del 2019, Lord Jonathan Sumption, membro della *Supreme Court* del Regno Unito fino al suo recente pensionamento, ritorna sull'argomento della sua Sultan Azlan Shah Law Lecture intitolata "The Limits of Law"¹. In queste lezioni, tenute dinanzi ad un pubblico selezionato e trasmesse da BBC Radio 4 e quasi immediatamente pubblicate in volume - *Trials of the State: Law and the Decline of Politics*² - Sumption prosegue la sua critica nei confronti dell'usurpazione giudiziaria della politica democratica, laddove egli sostiene che, invece, la maggior parte delle questioni politiche sono risolte in maniera più adeguata e legittima. Come è stato osservato, alcune argomentazioni di Sumption presentano una superficiale somiglianza con quello che si suole chiamare costituzionalismo politico³. Secondo i fautori di quest'ultimo, la

¹ Lord Sumption, *The Limits of Law*, 27th Sultan Azlan Shah Lecture, Kuala Lumpur, 20 November 2013, disponibile al sito <<https://www.supremecourt.uk/docs/speech-131120.pdf>> p. 1.

² J. Sumption, *Trials of the State: Law and the Decline of Politics*, Londra, 2019.

³ A coniare questa definizione e, in certa misura, l'approccio stesso è stato J. G. A. Griffith, *The Political Constitution*, in *Modern Law Review*, 42, 1979, pp. 1

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

costituzione di un ordinamento non risiede in alcun documento giuridico scritto di rango sovraordinato, come sostengono gli esponenti del costituzionalismo giuridico, bensì in una determinata forma di procedimento legislativo democratico⁴, in cui i diritti possano essere definiti e consolidati, in cui gli arbitri del potere esecutivo possano essere contenuti e in cui la *rule of law*, alla quale le Corti dovrebbero attenersi, possa essere tutelata. Per esempio, nel capitolo IV la Costituzione degli Stati Uniti, definita come “l’archetipo della costituzione giuridica”, è vista negativamente rispetto ai congegni costituzionali britannici che delineano “l’archetipo dello Stato politico”⁵. Inoltre, come gli esponenti del costituzionalismo politici, Sumption individua il “fine principale di qualsiasi costituzione” nel “fornire una cornice di regole politiche per adottare le decisioni collettive”⁶. Allo stesso modo, egli guarda alla protezione dei diritti costituzionalmente tutelati attraverso la forma forte, fondata sui diritti di *judicial review* come al più recente sviluppo e alla leva principale di quel fenomeno, da lui criticato, di invasione e di illegittima incursione da parte dei giudici nella sfera politica⁷. Tuttavia, come avrò modo di dimostrare in seguito, la sua argomentazione ha una base normativa e una motivazione politica molto diverse da quelle dei teorici del costituzionalismo politico - quella di limitare il raggio di azione dello Stato e del diritto in un’ottica di protezione della libertà dell’individuo da interferenze amministrative e giuridiche. Al contrario, i sostenitori del costituzionalismo politico - proprio come i costituzionalisti giudizial-giuridici che egli critica - considerano il diritto in generale e i diritti individuali come radicati nell’eguaglianza. Il loro atteggiamento critico rispetto alla *judicial review* si sviluppa in parte in opposizione

ss. Per un’analisi della letteratura successiva, si veda M. Goldoni, C. McCorkindale (a cura di), *Special Issue on ‘Political Constitutions’*, in *German Law Journal*, 12, 14, 2013. Io ho sviluppato e difeso la mia personale versione di questa posizione in R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, Cambridge, 2007.

⁴ Sulla distinzione tra costituzionalismo giuridico e costituzionalismo politico, si veda Bellamy, *Political Constitutionalism*, cit., pp. 2-7 e A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, Oxford, 2005), spec. cap. 1.

⁵ Sumption, *Trials of the State*, cit., p. 76.

⁶ Idem, p. 77.

⁷ Idem, spec. cap. III, pp. 77-90.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

all'interpretazione molto limitata in cui Sumption lo relega, e in parte è dovuto al fatto che essi guardano alla politica democratica come allo strumento più appropriato ed efficace per perseguire obiettivi di eguaglianza.

Vi sono tre componenti correlate nell'argomentazione di Sumption. In primo luogo, vi è una preoccupazione per l'espansione dei rimedi giuridici in materie che dovrebbero essere questioni di scelta personale e di responsabilità. In secondo luogo, vi è una critica della *judicial review* sui diritti in quanto fonte principale di questa espansione e un *favor* per una visione più ristretta e limitata del ruolo dei giudici. Da ultimo, egli sostiene che le corti sconfinano indebitamente nell'ambito di questioni che - nella misura in cui una decisione collettiva su di esse sia necessaria - dovrebbero essere lasciate alla politica e, in particolare, alle assemblee legislative. Solo il terzo è assimilabile ad un argomento da costituzionalista politico - ma esso implica un'idea di politica alquanto diversa da quella. Qui di seguito analizzerò brevemente ciascuno di questi argomenti.

Con una stoccata non particolarmente velata alla teoria espansiva della *judicial review* sui diritti di Ronald Dworkin, Sumption inizia le sue Reith Lectures con un attacco a "L'Impero del Diritto in Espansione"⁸. Un'efficace sintesi del suo ragionamento potrebbe essere "correttezza politica impazzita", o ciò che egli più garbatamente definisce "un crescente assolutismo morale e sociale che guarda al diritto per produrre conformità sociale e morale", e "salute e sicurezza impazzite", o come lui la descrive "la continua aspirazione ad una maggior sicurezza e ad un minor rischio"⁹. Quanto al primo argomento, egli critica i giudici in quanto cercano di imporre un consenso morale su questioni, quali il benessere degli animali o l'aborto, sulle quali non ne esiste alcuno, minando nel processo la possibilità per gli individui di adottare tali scelte di ordine morale per proprio conto. Egli non vede la ragion d'essere di un "giudizio morale collettivo" in molti di questi casi e accusa i giudici di aver "ristretto l'area all'interno della quale i cittadini si assumono la personale

⁸ Idem, spec. cap. I.

⁹ Idem, p. 8.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

responsabilità del proprio destino e di quello della propria famiglia”¹⁰. Una critica simile investe la seconda questione relativa all’“eliminazione del rischio in relazione alla vita, alla salute e al benessere”. Anche in questo caso egli lamenta la “perdita di libertà” che tali misure comportano “allo scopo di privare [la generalità delle persone] della possibilità di nuocere a sé stesse.” Il risultato rappresenta “una delle supreme ironie della vita moderna” in cui “abbiamo ampliato lo spettro dei diritti individuali riducendo al contempo drasticamente lo spazio per la scelta individuale”¹¹.

Sumption rivolge il suo biasimo per questo sviluppo direttamente contro i giudici e contro il loro utilizzo in senso espansivo della *judicial review* sui diritti. È poi particolarmente critico nei confronti di quei giudici della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU), che guardano alla Convenzione Europea come ad un *living instrument* e ai diritti come ad astratti principi aggiudicativi da applicare ai casi per i quali non esiste una disciplina giuridica formalizzata o nei casi in cui si intenda reinterpreta o addirittura superare il diritto vigente¹². Egli afferma che le corti dovrebbero persistere nell’affermare quei “diritti autenticamente fondamentali”, del tipo di quelli che si rinvergono nel testo della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU), rispetto ai quali egli ritiene che un ampio consenso già esista, almeno nell’ambito delle democrazie. Questi diritti “fondamentali” sono di due tipi. In primo luogo, vi sono quei diritti quali la “libertà dalla detenzione arbitraria, dalla lesione all’incolumità fisica o dalla morte, in mancanza di eguaglianza di fronte alla legge e in mancanza di un ricorso ad una corte imparziale e indipendente” che sono necessari affinché l’esistenza sociale sia “più di un primitivo contesto nel dispiegamento della forza”. In secondo luogo, “vi sono diritti senza i quali una comunità non può funzionare come una democrazia”, come la “libertà di pensiero e di espressione, di riunione e di associazione, e il diritto di partecipare in condizioni di parità ad elezioni libere e corrette”. Naturalmente, entrambe le categorie di diritti sono suscettibili di

¹⁰ Idem, pp. 11-13.

¹¹ Idem, pp. 14-16.

¹² Sumption, *The Limits of Law*, cit., p. 7.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

quelle interpretazioni estensive che egli critica. Quindi non è tanto la categoria di diritti ad essere in questione, quanto piuttosto il modo in cui i giudici dovrebbero applicarli nei singoli casi. Qui egli sostiene che essi dovrebbero essere interpretati restrittivamente e prestando rigorosa attenzione all'esatta terminologia del documento.

La sua difesa di quest'approccio si lega alla sua crociata a favore della politica. Egli vede la Convenzione come un documento democratico che riflette il consenso tra i rappresentanti democratici degli Stati firmatari¹³. La rilevanza attribuita al consenso e alla rappresentanza è cruciale per la sua concezione della politica. Da una parte, l'enfasi sul consenso offre una via per riconciliare le sue preoccupazioni libertarie con la scelta individuale, e la responsabilità con le decisioni collettive. Se c'è un accordo consensuale, allora la decisione di conferire uno status giuridico ad un determinato diritto, o alla percezione di quel diritto, può essere vista come il prodotto di una scelta collettiva della quale le persone stesse sono, in ultima analisi, responsabili. Di conseguenza, essa gode di una legittimazione di gran lunga superiore a quella di una decisione interpretativa adottata da uno o più giudici non eletti, che potrebbe essere vista come l'imposizione dei loro valori su altri individui. Dall'altro lato, egli vede il procedimento rappresentativo come cruciale per il raggiungimento di qualsiasi consenso di questo tipo e come un freno rispetto ad un'ipotetica tirannia della maggioranza. Citando positivamente la celebre difesa del concetto di *trusteeship* ad opera di Burke nel suo Discorso agli elettori di Bristol, Sumption vede nella deliberazione parlamentare e nel compromesso tra i rappresentanti eletti il modo più appropriato di attribuire il giusto peso al punto di vista e agli interessi dei singoli elettori e di conciliare le loro differenze. Riferendosi al referendum sulla Brexit, egli suggerisce che il problema della democrazia diretta sia che essa lascia poco margine per questo genere di compromessi - se il 52% degli elettori vota in un senso, allora questi non hanno bisogno di negoziare con il restante 48% che ha votato il contrario¹⁴. Egli non dice molto sulla misura in cui la legislazione potrebbe essere estensiva. A dispetto delle sue

¹³ Idem, pp. 8-9.

¹⁴ Sumption, *Trials of the State*, cit., pp. 29-31.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

osservazioni sulla correttezza politica, sulla salute e sulla sicurezza, vede con favore il fatto che la mentalità sociale sia diventata più liberale e accetta che le più complesse dinamiche socio-economiche del ventunesimo secolo facciano sì che lo Stato contemporaneo sia probabilmente più estensivo di quello del diciannovesimo secolo. Detto questo, egli propone una lettura alquanto restrittiva del “principio del danno” di J.S. Mill quale pietra di paragone per definire i limiti entro i quali la legislazione può essere necessaria¹⁵, suggerendo che tale legislazione sarebbe meno estensiva rispetto a quanto potrebbe auspicare un potere giudiziario progressista. Ad ogni modo, fintanto che la conseguente legislazione si dimostrasse coerente con l’interpretazione restrittiva dei “diritti fondamentali”, le corti dovrebbero applicare queste leggi ortodosse nella maniera più fedele possibile, senza leggere nelle norme più di quello che realmente contengono.

Sotto molti aspetti, l’argomentazione di Sumption può caratterizzarsi come una forma di “costituzionalismo giuridico limitato”. Egli cerca di limitare le tutele costituzionali alla ristretta difesa di un nucleo minimale di diritti, racchiusi nella legge e definiti e compresi in maniera restrittiva e anti-espansiva, confinando le corti in un’interpretazione rigorosa della lettera della legge e del suo *intended meaning*. Dal suo punto di vista, pertanto, sia i contenuti del diritto costituzionale, sia il ruolo dei giudici-interpreti dovrebbero essere limitati. L’errore di quei giudici della Corte EDU che adottano la prospettiva del *living instrument* si palesa, allora, come un errore giuridico di superamento dei limiti fissati dalla legge alla loro giurisdizione e di falsa interpretazione della legge secondo canoni ingiustificatamente espansivi. Le più ampie questioni di principio dovrebbero essere lasciate ai singoli cittadini perché le scioglano autonomamente, come problemi sostanzialmente personali, o, in quelle circostanze in cui la possibilità di un “danno” rende necessaria la legislazione collettiva, attraverso i loro rappresentanti eletti¹⁶. L’attivismo giudiziale sostituisce la scelta arbitraria di un singolo

¹⁵ Idem, pp. 8-9.

¹⁶ Sumption, *The Limits of Law*, cit., pp. 6, 8, 11.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

giudice a ciò che dovrebbe invece essere rimesso alla scelta personale o alla decisione democratica collettiva¹⁷.

Gli argomenti di Sumption coincidono grosso modo con la sua critica dell'eguaglianza nel suo libro del 1979, ad essa intitolato, scritto insieme al guru di Margaret Thatcher Sir Keith Joseph¹⁸. Come nel precedente volume, l'argomentazione è quella di un liberalconservatore che si oppone ad un'imposizione di uniformità armata di buone intenzioni. I suoi istinti libertari dal punto di vista economico possono essere più o meno smorzati - non dice molto a proposito di tali questioni. Ad ogni modo, almeno teoricamente, la sua enfasi sul consenso democratico può essere accostata alle argomentazioni dei filosofi libertari, come Buchanan e Tulloch¹⁹, i quali difendono la regola dell'unanimità come meccanismo per limitare legittimamente l'apparato di governo.

Gli esponenti del costituzionalismo politico esprimono preoccupazioni superficialmente assimilabili a quelle di Lord Sumption circa la legittimazione democratica della *judicial review*. Anche loro guardano ai diritti come a questioni di ragionevole dissenso morale e allo stesso modo decantano i meriti del processo legislativo democratico nel definire il loro status e la loro portata nel contesto della comunità politica. Tuttavia, tendono ad essere di sinistra come estrazione politica, e ad associare il "costituzionalismo giuridico" con la concezione liberal-individualista della libertà come assenza di interferenze, che anima l'approccio di Lord Sumption²⁰, nonché a favorire meccanismi politici basati sull'eguaglianza politica effettiva da lui criticati²¹. I loro timori non riguardano tanto la propensione dei giudici ad ampliare il raggio di azione dello Stato, quanto la loro tendenza ad interpretare i diritti individuali in modo da consolidare i privilegi delle classi più abbienti per bloccare i

¹⁷ Idem, pp. 9-10.

¹⁸ K. Joseph, J. Sumption, *Equality*, Londra, 1979.

¹⁹ J. M. Buchanan, G. Tulloch, *The Calculus of Consent*, Ann Arbor, 1962.

²⁰ See Tomkins, cit., p. 10.

²¹ Come Martin Loughlin fa notare (*What Would John Griffen Have Made of Jonathan Sumption's Reith Lectures?*, in *The Political Quarterly*, 90, 2019, pp. 785 ss.) Griffith (cit.) fu fortemente influenzato da R. H. Tawney (*Equality*, Londra, 1931) - un testo cui Joseph e Sumption (cit.), guardavano come ad un anatema.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

programmi di nazionalizzazione e di redistribuzione dei governi laburisti e per indebolire la contrattazione collettiva ad opera dei sindacati²². Dalla prospettiva del costituzionalista politico, il costituzionalismo giuridico limitato di Lord Sumption si presenta controverso ed esposto ad abusi tanto quanto le versioni estensive da lui criticate, come quelle che riconduce a Ronald Dworkin, a John Rawls e alla dottrina del *living instrument* della Corte EDU²³. In verità, dalla loro prospettiva, questa critica soffre di una certa incoerenza di fondo. Ciò perché i suoi timori circa il carattere espansivo della *judicial review* si focalizzano sul modo in cui i diritti individuali vengono separati dai doveri civici - il fatto, cioè, che gli individui ricercano tutela giuridica senza però essere preparati ad assumere obblighi collettivi, come quello di pagare più tasse, che si renderebbero necessari per mantenere quella tutela su una base equa per tutti.

Il costituzionalismo politico non colloca le corti al di fuori della politica, bensì difende il loro funzionamento come parte del sistema politico così come per promuovere l'individuazione e il consolidamento dei diritti in maniera coerente con l'ideale costituzionale di uguaglianza giuridica e politica. Decisione giuridica e decisione politica non sono separate, ma concepite come parti complementari di un processo volto ad assicurare che tutti gli individui siano trattati con eguale considerazione e rispetto. Le dichiarazioni dei diritti non devono essere viste come appannaggio esclusivo delle corti, ma piuttosto come congegni legislativi che i parlamenti stabiliscono per migliorare le proprie deliberazioni e per assicurarsi di ragionare secondo principi rigorosi nella fase di approvazione della legge.

Al contempo, le corti non devono essere viste come indipendenti dalle dinamiche politico-democratiche e, in un certo senso, al di sopra di esse, bensì come democraticamente istituite e controllate, anche per consentire, a coloro che potrebbero non aver

²² Si veda Keith Ewing, C. A. Gearty, *Freedom Under Thatcher: Civil Liberties in Modern Britain*, Oxford, 1990 e S. Fredman, *The New Rights: Labour Law and Ideology in the Thatcher Years*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 12, 1992, pp. 24 e ss.

²³ Sumption, *The Limits of Law*, p. 12.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

trovato una voce nel processo democratico, di ottenere comunque ascolto. Questo scopo si raggiunge attraverso la c.d. *weak review*, in cui le corti rilevano incoerenze nella legislazione, potenziali ingiustizie nel procedimento giurisdizionale o nel processo politico, o un impatto sproporzionato su particolari individui o gruppi, che emergono da singoli casi ai quali le assemblee legislative possono, sbagliando, non aver dato la giusta considerazione²⁴. A differenza della *strong review*, la *weak review* non disapplica la norma, bensì invita piuttosto gli organi legislativi a reconsiderarla alla luce delle particolari circostanze di cui prima potevano non essere consapevoli²⁵. In quest'ottica, i giudici possono essere indipendenti, ma il sistema giurisdizionale è democraticamente dipendente, non in quanto limitato nel dare seguito ad una legislazione entrata in vigore democraticamente, che può anche rivelarsi insufficiente o aperta ad una pluralità di interpretazioni in particolari casi, bensì nella sua composizione istituzionale e nel suo funzionamento, cosicché esso sostiene, piuttosto che affievolire, l'uguaglianza politica.

Così concepiti, questi congegni giurisdizionali supportano una visione dell'ideale costituzionale come intimamente legato al processo democratico piuttosto che come un limite giurisdizionale alla stessa democrazia.

3. Le limitazioni del Costituzionalismo giuridico limitato di Lord Sumption

Lord Sumption rinviene tre limiti giuridici adeguati per la *judicial review* sui diritti in una società democratica. In primo luogo, le convenzioni o le costituzioni dovrebbero tutelare solo quel "limitato numero di diritti che il consenso nelle nostre società riconosce come autenticamente fondamentali" - quelli che proteggono "minoranze

²⁴ Come ho affermato altrove, lo UK *Human Rights Act* può essere più o meno assimilato a questa caratterizzazione della posizione politico-costituzionalista. Si veda R. Bellamy, *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*, 9 *International Journal of Constitutional Law (I-Con)*, 9, 2011, p. 86.

²⁵ Per la distinzione tra *strong* e *weak judicial review*, si veda J. Waldron *The Core Case against Judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, 2006, 115, pp. 1354-55.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

politicamente vulnerabili dall'oppressione". Qualsiasi cosa vada oltre i confini di questa limitata categoria "accede al dominio del legittimo dibattito politico in cui le questioni dovrebbero essere risolte, appunto, politicamente"²⁶. In secondo luogo, le corti dovrebbero essere confinate alla lettera di qualsiasi convenzione, costituzione o legge che esse avessero il compito di applicare, aderendo semplicemente al linguaggio e allo scopo del testo così come divisato dal legislatore²⁷. Di conseguenza, esse possono legittimamente censurare solo quelle normative che ledano quei diritti "autenticamente fondamentali", collegati a quella che egli definisce come "reale oppressione". In terzo luogo, i diritti possono essere ampliati, al di là di quelli "autenticamente fondamentali" e di questi strumenti di protezione contro l'oppressione largamente condivisi, solo ad opera della legislazione, che deve essere fedelmente seguita dalle corti. Quando le corti superano questi limiti e cercano "di estrapolare o di estendere per analogia la portata di un atto normativo scritto, così come di ampliare la materia di cui si occupa", esse esercitano la propria discrezionalità ad un livello illegittimo, con ciò non solo sovvertendo la *rule of law*, rendendo la legge soggettiva, imprevedibile e oscura, ma anche "dando origine... ad un significativo deficit democratico"²⁸.

Lord Sumption indica questi limiti come modalità per dominare il potere dei giudici, preservando al contempo il rispetto per i "diritti autenticamente fondamentali" e lasciando la discussione su altri diritti al processo democratico. Eppure, questi limiti giuridici confliggono, sotto molti aspetti, con le sue osservazioni concernenti: la tendenza e l'abilità dei giudici ad interpretare la legge in modo innovativo; il carattere controverso dei diritti; e la differenza tra sovranità popolare e democrazia. Nel migliore dei casi, i suoi argomenti si risolvono in una pia e conservatrice esortazione ai giudici a comportarsi come lui auspicerebbe, e di conformarsi ad un presunto consenso che forse esisteva a metà degli anni '50; nella peggiore delle ipotesi, tali argomenti non dicono nulla su come il processo democratico

²⁶ Sumption, *The Limits of Law*, p. 10.

²⁷ Idem, p. 8.

²⁸ Idem, pp. 8-9.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

potrebbe essere incrementato e migliorato in modo tale da indurre sia i legislatori che le corti a prendere sul serio i diritti e la democrazia, impegnandosi in un dialogo continuativo sul significato di essi per i cittadini di oggi.

I limiti di Lord Sumption appartengono ad una forma specificamente giuridica di costituzionalismo, nel senso che essi fanno affidamento “sul potere delle parole vergate sulla pergamena di mantenere l'apparato statale” (e, lui crede, anche i giudici) “in riga”²⁹. Tuttavia, come esattamente notava Madison, le “barriere di pergamena”, siano esse sotto forma di convenzioni internazionali, di costituzioni o di leggi scritte, sono uno strumento “ampiamente sopravvalutato”³⁰. Il rischio è che la fede nella forza della parola scritta si trasformi in un feticismo del testo e della natura dell'interpretazione che ostacola la discussione sulla questione sostanziale in oggetto. Naturalmente, in un certo modo, è questa l'intenzione di Lord Sumption - vuole spostare la discussione sostanziale sui diritti altrove, nel processo politico ordinario. Pure, come lui stesso riconosce nella sua critica alla dottrina del *living instrument*, l'esperienza suggerisce che i giudici sono abili nell'estendere la portata dei diritti sotto l'apparenza dell'analisi testuale. Non c'è molto che lui possa fare, appellandosi al significato “comune” o “voluto” delle parole, per impedire queste pratiche. In verità, il significato comune dei termini o il loro *intended meaning* spesso non sono di grande aiuto, quando si tratta di stabilire come un diritto formulato in maniera astratta dovrebbe essere applicato a circostanze particolari o nuove. Tutto questo feticismo testuale distorce la diretta discussione normativa sulle questioni trasformandola in un dibattito sulla corretta interpretazione del significato dei termini.

Lord Sumption adotta anche il paradigma dominante del costituzionalismo giuridico, che consiste nel concepire le convenzioni come “limitazioni giuridiche al sistema di governo”, in quanto non dubita che i giudici possano legittimamente porre un freno ad esecutivi e a leggi che violino i diritti “autenticamente

²⁹ W.H. Hamilton, *Constitutionalism*, in *Encyclopedia Of The Social Sciences*, 4, 1931, pp. 255 e ss.

³⁰ A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *The Federalist* 48, in G.W. Carey, J. McLellan (a cura di), *The Federalist*, Indianapolis, 2001.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

fondamentali”³¹. Egli obietta a quella che definisce come la tendenza della Corte EDU e, più in generale, dei giudici, di leggere questi diritti in un’ottica “massimalista”, che effettivamente introduce quelli che lui ravvisa come nuovi obblighi a carico dei governi, con possibili ripercussioni su altri programmi che questi intendano finanziare - cioè, per citare il suo esempio, la spesa per il patrocinio legale gratuito potrebbe incrementarsi per effetto di un *diktat* giudiziario all’esito di un singolo caso e, pertanto, come conseguenza non voluta in un mondo di risorse limitate, si ridurrebbe la spesa per sanità e istruzione³². Ma il suo approccio limitato incorre nel rischio opposto del minimalismo giudiziario, del genere tipico dei c.d. bei vecchi tempi della passività giudiziaria. Tale minimalismo può manifestarsi con l’inazione, quando, cioè, i giudici avrebbero dovuto agire, come nel caso della loro acquiescenza alla progressiva delegittimazione dei sindacati ad incrementare la contrattazione collettiva da parte dei lavoratori, sulla base dell’idea che indebolire il potere di scioperare o di organizzarsi consolidi, invece di impoverire, la libertà di associazione e la libertà di espressione³³. Ciò può anche incentivare l’idea che l’apparato statale dovrebbe essere limitato - che, per esempio, gli avvisi relativi alla salute sui pacchetti di sigarette interferiscano con la libertà di parola, o che gli accordi salariali collettivi confliggano con la libertà contrattuale.

Tutto questo per dire che i diritti “autenticamente fondamentali” sono, in sé stessi, controversi e che una lettura minimalista può risultare altrettanto opinabile di una in chiave massimalista. Lord Sumption prova ad aggirare questa questione, affermando che questi diritti sono soggetti ad un “consenso” e godono di legittimazione democratica in quanto regolarmente fissati in una convenzione dai nostri rappresentanti eletti. Ma anche se ci può essere un consenso sull’astratta formulazione di questi diritti, cosa che la convenzione fornisce, tale consenso non sussiste relativamente al loro significato nel singolo caso concreto; ciò anche tra gli stessi

³¹ Sumption, *The Limits of Law*, cit., p. 10.

³² Idem, pp. 4-6.

³³ Per un resoconto dettagliato di come la *judicial review* giuridico-limitata del genere che Lord Sumption sostiene abbia supportato l’affievolimento dei diritti negli anni ‘80, si veda Ewing, Gearty, cit.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

giudici - da cui la tendenza delle corti collegiali, come la Corte EDU, a decidere la maggior parte dei casi a maggioranza. Sumption suggerisce che le corti dovrebbero uniformarsi all'ultima determinazione politica sul modo in cui le questioni relative a tali diritti dovrebbero essere decise.

Eppure, la legislazione può essere vaga e aperta nella formulazione - spesso deliberatamente, perché questo carattere vago può essere stato un modo per garantire il compromesso o perché i legislatori ritengono di non poter prevedere anticipatamente ogni possibile caso, se non altro perché possono sempre insorgere nuovi problemi e questioni. Ancora, la ristretta concezione del costituzionalismo di Lord Sumption come limite giuridico alla discrezionalità dei governi o delle corti lo rende cieco rispetto ai limiti e ai preconcetti alla base di questa tesi. Anche se una convenzione potesse essere sufficientemente dettagliata da fornire ai giudici delle coordinate chiare sul modo in cui dovrebbero decidere i casi futuri, perché dovrebbe essere considerato più democratico, per coloro che devono rispettarla, essere vincolati alle concezioni ormai datate dei suoi antichi estensori piuttosto che alle idee di giudici recentemente nominati?

Lord Sumption fa notare che il semplice fatto che una legge o una convenzione abbia ricevuto l'avallo democratico o che sia stata posta in essere da rappresentanti democraticamente autorizzati non rende quella legge o quella convenzione in sé e per sé democratica, specialmente se ciò comporta spostare il processo decisionale al di fuori dell'arena democratica, devolvendolo a funzionari pubblici non elettivi come i giudici. Come egli giustamente nota, un regime autoritario non diventa più democratico semplicemente in virtù del fatto di essere stato instaurato attraverso un procedimento democratico³⁴. Tuttavia, non solo questa è una caratterizzazione alquanto imprecisa del modo di operare della Corte EDU e della maggior parte delle corti costituzionali, come spiegherò meglio più avanti, ma anche la sua stessa argomentazione appare suscettibile di una critica simile.

³⁴ Sumption, *The Limits of Law*, cit., p. 11.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Dopotutto, solo perché una convenzione è entrata in vigore democraticamente in un dato momento X, non vuol dire che essa debba continuare a godere del consenso democratico di una collettività piuttosto diversa in un successivo momento Z - i membri di tale collettività non l'hanno autorizzata o non vi hanno acconsentito più di quanto lo abbiano fatto rispetto all'immutata visione e al regime di un benevolo dittatore, salito al potere grazie ai loro genitori e ai loro nonni, che si impegnò a mantenere i "diritti autenticamente fondamentali" così com'erano concepiti nel 1951. Lord Sumption potrebbe obiettare che, mentre il dittatore non potrebbe essere deposto facilmente da successive decisioni democratiche, la legislazione può essere modificata e le convenzioni rinegoziate. Tuttavia, anch'esse sono difficili da modificare, specialmente le seconde, e la necessità di farlo può non emergere fintanto che non insorga un caso che evidenzi un problema.

Naturalmente, egli sembra pensare che questi problemi non insorgano fintanto che siano in questione "diritti autenticamente fondamentali", nell'ambito dei quali ritiene che il passato possa continuare a dettare legge al presente sulla base di un presunto consenso continuativo. Ma, come vediamo, quest'assunto si dimostra discutibile. Nel corso del tempo, i cittadini sono giunti a considerare la portata dell'applicazione di tali diritti e le fonti di oppressione sia in maniera più ampia, sia, in alcuni casi, anche più ristretta, di quanto avvenisse negli anni '50. Una maggiore consapevolezza della natura delle discriminazioni sulla base del genere, della razza e della religione ha decisamente cambiato il modo in cui molte persone concepiscono, ad esempio, la libertà di espressione, rispetto alle concezioni dominanti di settant'anni fa.

Il ragionamento di Lord Sumption sembra suggerire che tutti gli organi di regolazione incardinati in sistemi di governo democratici, dalle banche centrali indipendenti a organismi come l'OfCOM (Office of Communications), debbano essere considerati illegittimi, dal momento che adottano decisioni collettive che dovrebbero essere prese da rappresentanti democraticamente eletti. Dopotutto, la logica sottesa alla delega di determinate decisioni a questi enti è molto simile alla *ratio* sottesa alle corti: vale a dire, che tali organismi possono essere più efficaci, equi ed efficienti di quanto potrebbero esserlo gli organi elettivi, dato che i primi possono essere gestiti da esperti,

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

possono essere più imparziali e sopportare costi di transazione minori rispetto ad un processo decisionale democratico che implica una complessa negoziazione tra differenti interessi egoistici. Tuttavia, sarebbe sbagliato guardare a questi organismi come se fossero totalmente liberi da influssi democratici. Essi sono generalmente sottoposti al controllo democratico indiretto da parte dei cittadini e dei loro rappresentanti.

Rappresentanti politici o organi da essi stabiliti, che agiscono secondo criteri democraticamente elaborati, generalmente selezionano i loro componenti, definiscono le loro competenze e fissano i loro obiettivi, controllano il loro finanziamento e implementano (o meno) le loro decisioni. Sono inoltre soggetti al costante scrutinio dei media e ricettivi nei confronti delle tendenze di lungo periodo dell'opinione pubblica. Similmente, anche se le corti sono spesso caratterizzate come "indipendenti", in realtà esse sono in larga misura tipicamente democraticamente dipendenti esattamente allo stesso modo. In verità, questa dipendenza democratica spiega molte delle caratteristiche tipicamente ritenute come qualità auspicabili per le corti e per il potere giudiziario in genere in una società democratica. Per esempio, ci aspettiamo che le corti siano democratiche nel trattare tutti come egualmente soggetti alla legge e che la giustizia sia egualmente accessibile a tutti; per ragioni analoghe, si ritiene sempre più importante che i giudici non siano una classe a parte, ma che appartengano sufficientemente allo stesso universo sociale di coloro che subiscono le loro decisioni, cosicché ne possano tenere in considerazione il modo di ragionare e le condizioni. Queste caratteristiche non si raggiungono semplicemente in virtù del fatto che la legge sia frutto di un procedimento democratico e in virtù del fatto che i giudici si attengano ad essa. Ciò riflette il modo in cui le istituzioni giudiziarie sono fondate, le loro politiche di reclutamento, il loro essere parte del sistema politico e sociale, e non al di fuori di esso.

Sumption non riesce a vedere o ad esplorare tali problemi a causa del limitato paradigma legalistico da lui adottato, secondo il quale il diritto tiene a freno i governi, nel caso dei diritti fondamentali, o i giudici, in ogni altro caso. Nella sua costruzione, il costituzionalismo inerisce alla limitazione giuridica, con il ruolo delle corti separato da quello degli organi legislativi. Di conseguenza, anche se sostiene che tutti i diritti, ad eccezione di quelli "autenticamente

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

fondamentali”, siano soggetti al dibattito e al compromesso in seno ad un’assemblea legislativa, non concepisce questi dibattiti come suscettibili di assumere una forma costituzionale. Piuttosto, egli vede i diritti come emergenti dalla normale negoziazione delle politiche sociali, in cui i politici cercano di conciliare uno spettro di interessi ed opinioni sufficientemente ampio, tale da garantire loro un certo sostegno da parte dell’elettorato, o nel caso dei soggetti già eletti, tale da ottenere la maggioranza³⁵. Egli non vede i diritti “non fondamentali” come interessi di particolare peso, né come principi che dovrebbero modellare le modalità attraverso le quali le assemblee legislative deliberano su quelle questioni politiche. Questa negoziazione politica mira ad instillare in un numero sufficiente di persone un interesse relativamente all’attuazione di una determinata politica, e non ad incrementare il livello al quale quella politica promuove gli interessi comunemente riconoscibili del pubblico in egual misura. Quest’ultimo obiettivo implica che si sostenga il diritto di ogni cittadino ad eguale considerazione e rispetto nella ponderazione dei loro interessi. Il primo obiettivo, almeno nella forma caldeggiata da Lord Sumption, richiede meramente che i diritti fondamentali limitati dei singoli non siano violati e che ognuno possa contrattare negli stessi termini di chiunque altro. Pure, nella sua limitata visione del processo democratico, per i sostenitori della coalizione vincente sarà sufficiente sentire che la politica offre un miglioramento rispetto alle alternative disponibili, specialmente rispetto a quella di nessuna politica. Ma la politica può aumentare, invece che diminuire, le diseguaglianze nel relativo potere e benessere dei diversi gruppi che sostengono quelle misure e, a maggior ragione, quelli di coloro che vi si oppongono o, nel migliore dei casi, lasciarli nelle medesime condizioni. È sufficiente che un numero congruo di persone senta che le proprie preferenze sono soddisfatte più di quanto lo sarebbero in assenza del compromesso, e non che il livello di soddisfazione che ciascuno raggiunge sia equo o giusto. Di conseguenza, questo ritaglio di diritti dal processo politico e la sua riduzione ad un semplice commercio di interessi rischia di promuovere compromessi legislativi superficiali e puramente

³⁵ Sumption, *The Limits of Law*, cit., pp. 12-13.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

pragmatici, in cui coloro che hanno potere concedono a quelli relativamente meno potenti solo quel tanto che è loro necessario per prevalere³⁶. Ciò produce una visione limitata del ruolo costituzionale del processo democratico in tutti i sensi - esso è limitato ad un livello minimale dalle corti e possiede solo qualità costituzionali limitate.

Lord Sumption può ritenere scorretta questa caratterizzazione della sua posizione, dato che dice relativamente poco sull'argomento. Pure, se egli intende contrapporre la democrazia alle corti, dovrebbe offrire argomenti a sostegno del perché dovremmo guardare la legislazione precedente come provvista di qualità costituzionali superiori a quelle delle decisioni giurisdizionali successive. Ciò non gli riesce proprio perché restringe i diritti costituzionali ad un assetto e ad una lettura dei diritti fondamentali veramente limitati. Di conseguenza, il ruolo previsto per la democrazia si riduce allo stesso modo, avendo come finalità non la giustizia, bensì la "coesione sociale", raggiunta semplicemente dando ad abbastanza persone abbastanza di ciò che vogliono in modo da non turbare lo *status quo* - non importa quanto oppressivo o ingiusto esso possa essere. Per contro, anche se i fautori del costituzionalismo politico condividono sia le sue preoccupazioni per la discrezionalità dei giudici, sia il suo plauso per i meriti della legislazione, essi lo fanno da una prospettiva alquanto diversa. Costoro cercano in misura minore la mutua limitazione degli organi legislativi e delle corti nelle rispettive distinte sfere, o delle maggioranze e delle minoranze attraverso scambi reciprocamente vantaggiosi, e in misura maggiore l'emancipazione dei cittadini a vivere come eguali. È a questa ricostruzione alternativa dei rispettivi ruoli delle corti e degli organi legislativi che ora volgeremo la nostra attenzione.

³⁶ Io metto a confronto il ritaglio e lo scambio come strategie di compromesso con la negoziazione come parte di una forma democratica di costituzione politica in R. Bellamy, *Liberalism and Pluralism: Towards a Politics of Compromise*, Londra, 1997, spec. cap. 4, 5, 7.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

4. *Il Costituzionalismo politico e la dipendenza democratica delle corti*

Il costituzionalismo politico si focalizza non sui freni e sulle limitazioni, ma sull'emancipazione e sull'affrancamento. Esso vede la costituzione come un modo per strutturare la deliberazione sulla natura della legge e dei diritti, che assicuri che essa sia pubblica e che tratti tutti i soggetti coinvolti con eguale rispetto e considerazione. Ciò avviene cercando di predisporre procedimenti che assicurino l'uguaglianza politica in modo tale che non solo si faccia giustizia, ma che si possa anche notare che viene fatta. Ciò implica pertanto focalizzarsi tanto sul neutralizzare i modi con cui le minoranze più potenti, quali i detentori della ricchezza e di altre forme di potere sociale ed economico, possono monopolizzare il processo politico e giudiziario per dominare la maggioranza, quanto sul mettersi al riparo da ipotesi di tirannia della maggioranza. Quest'ultima limitazione fin troppo spesso impedisce ai comuni cittadini, che sono generalmente soggetti al potere, di avere voce in capitolo. Quindi il ruolo di una costituzione politica è prioritariamente un ruolo positivo, piuttosto che negativo - cioè quello di garantire che le persone esercitino un'attiva ed eguale influenza ed un eguale controllo sulla legislazione, cosicché essa si rivolge ai loro interessi comunemente riconoscibili, piuttosto che al loro essere semplicemente ugualmente soggetti ad essa come suoi passivi destinatari³⁷.

Il focus di una costituzione politica è, pertanto, quello di creare un meccanismo pubblico all'interno del quale i cittadini possano rivolgersi gli uni agli altri come eguali, mostrando in tal modo gli uni agli altri eguale rispetto, riguardo a quelle politiche collettive necessarie, se si intende trattarsi come eguali, promuovendo in maniera uguale i propri interessi, con ciò mostrando gli uni agli altri eguale considerazione. Dal momento che, sotto quest'aspetto, siamo tutti parziali riguardo alle nostre idee - sia per la nostra limitata conoscenza ed esperienza, sia a causa del nostro egoismo - il miglior

³⁷ Ho sviluppato ampiamente quest'argomentazione nel mio *Public Law as Democracy*, in C. Mac Hambleigh, C. Michelon, N. Walker (a cura di), *After Public Law*, Oxford, 2013, cap. 7, pp. 130-150.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

modo per superare la nostra parzialità è essere costretti ad impegnarci pubblicamente e a dibattere con altri su basi il più possibile paritarie³⁸. In questa prospettiva, pertanto, la democrazia diventa il mezzo per realizzare l'ideale costituzionale, piuttosto che l'oggetto dei vincoli costituzionali. L'eguaglianza politica all'interno di un processo democratico assicura ciò che, secondo Hannah Arendt³⁹, può essere chiamato il "diritto ad avere diritti" - cioè il diritto ad essere guardato con eguale rispetto e considerazione.

Ciò significa che le corti devono essere anche più soggette al controllo democratico di quanto Sumption suggerisca? Sì e no. Da una parte, il funzionamento democratico delle corti cessa semplicemente di essere un problema di fedeltà al diritto democraticamente elaborato - un obiettivo in ogni caso impraticabile, come ho detto prima. Piuttosto, il controllo democratico investe maggiormente l'istituzionalizzazione del sistema giurisdizionale - il modo in cui viene sovvenzionato e strutturato, il modo in cui vengono reclutati i suoi componenti e l'*ethos* di coloro che vi sono coinvolti. Per esempio, sarà importante mostrare che il diritto serve le persone piuttosto che gli avvocati e che esso non favorisce ingiustificatamente determinati gruppi all'interno della comunità a spese di altri; che l'accesso alla giustizia non è parziale né iniquo; e che giudici e avvocati non costituiscono una classe a parte, priva di contatto con le condizioni e i valori del resto della società, e che il loro reclutamento è aperto e avviene secondo criteri di pari opportunità.

I giudici possono aver bisogno di essere indipendenti da influenze politiche quando decidono i singoli casi, ma il sistema nel suo insieme dovrebbe funzionare secondo criteri pubblici in grado di rafforzare l'eguaglianza politica e giuridica, nel suo essere esso stesso sotto l'indiretta influenza e il controllo dei cittadini.

D'altra parte, un sistema giurisdizionale così strutturato può fare la sua parte nell'assicurare che gli atti legislativi e amministrativi di regimi democratici trattino i cittadini con eguale considerazione e rispetto. Come osservavo prima, la legislazione non può mai essere

³⁸ T. Christiano, *The Constitution of Equality: Democratic Authority and its Limits*, Oxford, 2008.

³⁹ H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, new edn, Cleveland, 1958, p. 296.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

dettagliata al punto da tenere conto di qualsiasi eventualità. Inoltre, anche se le assemblee legislative democratiche se la cavano meglio delle corti nel fornire un congegno per la pubblica deliberazione delle leggi volte a inquadrare il nostro frammentato universo sociale, nessun sistema rappresentativo è in grado di assicurare che tutti gli interessi ricevano eguale ascolto e nemmeno che riescano a ricevere ascolto in assoluto. Il vantaggio delle corti risiede nella loro consapevolezza di come misure messe in atto per servire il bene comune possano impattare su singoli individui.

Quali potrebbero essere le forme e i limiti della *judicial review* sui diritti nel contesto di una costituzione politica? Per quanto riguarda la forma, non è necessario che le dichiarazioni dei diritti si pongano al di fuori della politica - possono essere normali atti di legislazione democratica che un Parlamento pone in essere per sottolineare che certi interessi meritano una speciale considerazione, fissando speciali procedure per verificare la relativa conformità di atti legislativi e amministrativi. Allo stesso tempo, giudici indipendenti, operanti in una corte democraticamente dipendente, possono essere autorizzati da tale legislazione a migliorare ulteriormente la deliberazione pubblica, obbligando occasionalmente governi e assemblee legislative a riconsiderare le proprie decisioni alla luce di casi individuali che indichino che essi potrebbero aver sottovalutato l'incidenza delle proprie politiche su alcuni individui sottorappresentati. Ad ogni modo, tale *judicial review* può limitarsi alla *weak review*, in cui l'organo legislativo può scegliere, dopo averla debitamente riconsiderata, di lasciare immutata una determinata legge o una certa decisione, se ritiene che in tal modo i diritti siano maggiormente rispettati.

Si noti che qui l'accento è posto sui soggetti potenzialmente svantaggiati, piuttosto che su chi detiene il potere. Quasi tutti i casi cui Lord Sumption si riferisce concernono quelle minoranze che potrebbero non ricevere un'adeguata risonanza nelle assemblee legislative - casi come quelli dei detenuti o dei richiedenti asilo del tutto privi del diritto di voto - in contrapposizione alle minoranze potenti, la cui influenza potrebbe facilmente intensificarsi indebitamente, grazie alla loro capacità di avere accesso ad un

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

procedimento giudiziario solitamente costoso, plasmandolo o sfruttandolo⁴⁰. Un costituzionalista politico mette in discussione il *forum shopping* di questi ultimi, ma afferma il diritto di contestazione degli altri.

Indubbiamente, lo *Human Rights Act* del Regno Unito del 1998, che è un normale atto di legislazione parlamentare e, al contempo, lascia al parlamento l'ultima parola, funziona esattamente in questa maniera, in modo da migliorare, e non da indebolire, la costituzione politica⁴¹. Ciò avviene obbligando il legislatore a verificare esplicitamente il grado di conformità della legislazione con quei diritti che esso stesso ha considerato cruciali, e consentendo che le sue decisioni possano essere contestate, ma non rovesciate dalle corti. Come tale, esso predispone una forma democratica di deliberazione sui diritti che può essere rafforzata dalla possibilità, democraticamente limitata, di ricorrere alla *judicial review* per coloro che possono sentirsi pretermessi dal procedimento legislativo.

Alcuni stralci delle *lectures* di Lord Sumption potrebbero essere letti come ad indicare che egli sarebbe contento di un tale strumento di diritto interno, ma che teme che, dove tali strumenti esistono, allora organismi come la CEDU e la sua Corte siano, nel migliore dei casi, ridondanti e, nel peggiore, illegittimi proprio perché essi non sono sottoposti al continuo influsso democratico e al controllo dei rappresentanti eletti dal popolo. Certamente, molti di quelli che sostengono tesi apparentemente simili alla sua hanno individuato la principale lacuna dell'attuale *Human Rights Act* nella *Section 2* (1), che considerano istitutiva di un obbligo di conformarsi alla giurisprudenza della CEDU, cosa che li ha portati ad invocare la sua sostituzione con un c.d. *British Bill of Rights*⁴². Nelle pagine che

⁴⁰ Per degli esempi, si veda D. Nicol, *Business Rights as Human Rights*, in T. Campbell, K.D. Ewing, A. Tomkins (a cura di), *The Legal Protection of Rights: Sceptical Essays*, Oxford, 2011, pp. 229-243.

⁴¹ Ho argomentato diffusamente in favore di questa prospettiva in Bellamy, *Political Constitutionalism*, cit. Si veda anche Bellamy, *supra* nota n. 37.

⁴² Si veda BBC Report, *Home Secretary Theresa May Wants Human Rights Act Axed*, 2 October 2011, disponibile al sito <<http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-15140742>> e Conservatives, *Protecting Human Rights in the UK: The Conservatives' Proposals for Changing Britain's Human Rights Laws*, 3 October 2014, disponibile al

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

seguono, intendo contestare entrambe queste asserzioni e sostenere che queste convenzioni e corti internazionali non sono né ridondanti, né necessariamente democraticamente illegittime. Inizierò illustrando i motivi per cui gli Stati democratici potrebbero essere indotti a istituire tali organismi, e come essi possano essere organizzati in modo tale da essere democraticamente dipendenti nel senso specificato poc'anzi. Mi occuperò quindi della CEDU e sosterrò che essa si conforma grosso modo a questo modello democratico, integrandosi quindi come parte della costituzione politica⁴³.

5. La costituzione democratica delle corti internazionali

L'ultimo paragrafo ha evidenziato che un sistema democraticamente legittimo di protezione internazionale dei diritti umani necessiterà di essere limitato alla *weak review* e assoggettato al costante controllo politico-democratico attraverso il procedimento legislativo ordinario. Tale controllo deve essere applicato anche al contenuto di qualsiasi Convenzione Internazionale sui Diritti Umani (CIDU), al funzionamento del sistema giuridico investito del compito di interpretarla, alle competenze e - in definitiva - alle decisioni della relativa Corte Internazionale dei Diritti Umani (Corte IDU). La sfida, affrontata in questo paragrafo, consiste nel verificare se ciò sia possibile senza presupporre la fusione dei diversi Stati contraenti in un *demos* regionale o globale e in un sistema democratico che potrebbe esercitare quel controllo.

Da questo ragionamento potrebbe evincersi che si esiga che qualsiasi CIDU e qualsiasi Corte IDU siano sottoposte al controllo

sito<https://www.conservatives.com/~media/files/downloadable%20files/human_rights.pdf>. Infatti, 'take into account' non è mai stato interpretato dalle corti britanniche nel senso di seguire pedissequamente, ed esse sono state preparate a non tener conto delle decisioni della Corte EDU che considerino oscure o inadeguate al contesto britannico, e.g. *Kay v. Lambeth London Borough Council* [2006] U.K.HL. 28, 44, *Brown v. Stott* [2003] 1 A.C. 733.

⁴³ Questi due paragrafi derivano da R. Bellamy, *The Democratic Legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the ECHR*, in *European Journal of International Law*, 25, 2014, pp. 1019 ss.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

democratico esclusivo degli Stati Membri che vi hanno aderito. Se così fosse, questo sarebbe uno standard impossibile cui uniformarsi per qualsiasi organismo internazionale. Ciò vorrebbe dire che l'unico ordine internazionale democraticamente legittimo sarebbe un mondo di Stati democratici indipendenti e separati. Tuttavia, questa immagine di Stati democratici autarchici è irrealistica, date le condizioni di interdipendenza internazionale della realtà attuale, una situazione da cui dipende gran parte del nostro benessere economico. In queste circostanze, le decisioni adottate in uno Stato possono avere importanti ripercussioni per quelle di un altro Stato, indebolendo il controllo democratico esclusivo. In ciò risiede il motivo alla base della creazione di ordinamenti internazionali, come la CIDU, in primo luogo, perché essi offrono una risposta a questa situazione. Sotto alcuni aspetti, certamente, essi implicano un indebolimento del controllo democratico esclusivo. Ma sotto altri aspetti, come dimostrerò, questi ordinamenti possono essere concepiti in modo da cercare di potenziare questo controllo democratico interno e di renderlo il più possibile praticabile in un mondo interconnesso.

Tre questioni potrebbero motivare Stati democratici a istituire organismi come la CIDU e la Corte IDU. Tutti e tre derivano da un impegno a consolidare il "diritto di avere diritti" di diversi popoli a vivere in regimi democratici che garantiscano ai propri cittadini lo status di politicamente eguali, meritevoli di eguale rispetto e considerazione. In primo luogo, gli Stati possono sostenere tali strumenti in quanto mezzi per promuovere la democratizzazione. La spinta verso la giurisdizionalizzazione generalmente si verifica quando le *élites* dominanti temono che i loro avversari politici possano sovvertire le loro politiche⁴⁴. I governi delle nuove democrazie possono razionalmente vedere, in questi impegni internazionali, un aiuto per suggellare lo *status quo* interno contro i propri oppositori antidemocratici. Le democrazie mature possono dubitare dell'utilità o della legittimazione di tali strumenti riguardo a sé stesse, ma le ritengono utili per le democrazie meno consolidate. Il sostegno a queste dinamiche può essere considerato un corollario dell'idea,

⁴⁴ R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge e Londra, 2004.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

propria del costituzionalismo politico, che i diritti siano tutelati meglio attraverso la democrazia e altresì della minaccia che i regimi non democratici e le democrazie instabili possono rappresentare per le democrazie consolidate⁴⁵.

In secondo luogo, anche se tutti gli Stati fossero democratici, gli Stati democratici sarebbero incentivati a garantire che la propria capacità di operare in maniera democratica non venga minata dalle decisioni di altri Stati, siano essi democratici o meno. Pertanto, sono motivati a creare istituzioni che garantiscano che le democrazie si trattino l'un l'altra con eguale considerazione e rispetto⁴⁶. Gli esempi a questo riguardo includono le trattative commerciali, in particolare quelle concernenti lo sfruttamento delle risorse di un altro Paese, e la promozione di beni pubblici globali come avviene, ad esempio, con la lotta ai cambiamenti climatici e, più in generale, con la protezione dell'ambiente. Questi argomenti spiegano anche l'istituzione di meccanismi che assicurino il rispetto degli standard democratici, anche nei processi decisionali, da parte delle società e delle organizzazioni transnazionali e multinazionali.

Queste due questioni possono anche essere collegate alla protezione degli apolidi e di coloro che cercano di ottenere l'ingresso in Stati democratici. Da una parte, tali persone sono prive di accesso al processo democratico e, dal momento che i Paesi democratici sono impegnati nel diffondere la democrazia, il ragionamento sotteso alla prima questione si estende anche a costoro. Dall'altro lato, gli Stati democratici potrebbero temere che, a meno che l'onere di accogliere queste persone non sia condiviso equamente, la qualità democratica di alcuni Stati potrebbe soffrirne, evocando pertanto la seconda questione. Di conseguenza, gli Stati hanno interesse a garantire in quest'area politiche condivise favorevoli alla democrazia.

In terzo luogo, e da ultimo, anche le democrazie mature sono in grado di riconoscere che nessun processo democratico è perfetto.

⁴⁵ A. Moravcsik, *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe*, in *International Organisation*, 54, 2000, pp. 243-46.

⁴⁶ P.N. Pettit, *Legitimate International Institutions: A Neo-Republican Perspective*, in S. Besson, J. Tasioulis (a cura di), *The Philosophy of International Law*, Oxford, 2010, pp. 152-53.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Purché le imperfezioni di qualsiasi procedimento giurisdizionale possano essere corrette anche da un meccanismo democratico, predisporre a livello internazionale un canale di contestazione può mettere gli Stati in condizione di imparare da altre democrazie, sfidando determinati preconcetti e pregiudizi infondati e provinciali.

Queste tre questioni possono essere collegate ai tre criteri per la gestione degli strumenti internazionali, che potrebbero essere istituiti per far fronte ad esse; tali criteri sono volti ad assicurare che gli strumenti in questione rimangano a loro volta coerenti con le premesse del costituzionalismo politico⁴⁷.

In primo luogo, queste corti e gli accordi internazionali cui esse ineriscono devono promuovere ed essere compatibili con la possibilità per tutti gli individui di vivere in Stati legittimi, dotati di sistemi democratici, in cui le decisioni collettive vengano prese in modo tale da mostrare loro eguale rispetto e considerazione, grazie al fatto di essere sottoposte al loro controllo condiviso ed eguale. In secondo luogo, questi organismi internazionali dovrebbero essere assoggettati all'eguale controllo di tali Stati. Se la legittimazione degli Stati democratici deriva dal fatto che essi offrono metodi abbastanza efficaci per l'identificazione e l'eguale avanzamento degli interessi dei propri cittadini, allora la legittimazione dei sistemi internazionali deriva da una fonte analoga, cioè dall'essere a loro volta sottoposti al controllo eguale e condiviso degli Stati contraenti. In terzo luogo, l'adesione a tali sistemi internazionali dovrebbe essere su base volontaria. Non tutti gli Stati avranno lo stesso interesse in accordi collettivi su una determinata questione, e molti non avranno eguale potere contrattuale. Gli accordi volontari consentono agli Stati di adattare i propri impegni internazionali agli interessi della propria popolazione e, teoricamente, di negoziare di conseguenza i termini della propria partecipazione.

Il modello istituzionale di base dell'ordinamento internazionale derivante da queste questioni e da questi criteri è quello di una volontaria e leale associazione tra Stati democratici.

⁴⁷ Idem, pp. 153-58; T. Christiano, *Democratic Legitimacy and International Institutions*, in Besson, Tasioulis, cit., pp. 122-24, 126-9.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Una tale associazione offre una costituzione politica “su due livelli”⁴⁸, vale a dire che una costituzione politica a livello internazionale assoggetta una CIDU e le Corti IDU alla legittimazione democratica e alla responsabilità dei rappresentanti degli Stati democratici contraenti, i quali sono a loro volta democraticamente legittimati e responsabili verso coloro che rappresentano per il tramite di una costituzione politica di diritto interno. Da questa ricostruzione scaturiscono diverse indicazioni per quanto riguarda le competenze e la portata della *judicial review* delle Corti IDU, da una parte, e per quanto riguarda l'organizzazione democratica dei sistemi CIDU, dall'altra. Affronterò ciascuno di questi punti qui di seguito.

Per quanto riguarda le competenze e la portata, quattro osservazioni sono d'obbligo. In primo luogo, come ha fatto notare Thomas Christiano⁴⁹, questo modello si basa su determinate norme dello *ius cogens* internazionale, quali quelle riguardanti l'esecuzione di accordi validamente stipulati e quelle contro la schiavitù, il genocidio e la guerra di aggressione, dal momento che queste norme sono prerequisiti di, o interne a, un tale accordo e all'importanza che esso attribuisce al valore del consenso. Pertanto, non può costituire un problema che le Corti IDU cerchino di riaffermare tali norme incondizionatamente.

In secondo luogo, un primo obiettivo di tali Convenzioni dovrebbero essere le interazioni tra gli Stati e coloro che sono privi di rappresentanza democratica, da un lato, e coloro che operano al di fuori di un adeguato controllo democratico, dall'altro, vale a dire rispettivamente i rifugiati e le imprese multinazionali.

In terzo luogo, se le Corti IDU sono tenute a rispettare l'integrità del processo democratico, in particolare nei loro giudizi sulle politiche e la legislazione interne, allora esse devono limitarsi alla *weak review*. Inoltre, l'impugnazione dovrebbe essere limitata ai casi di esaurimento dei rimedi, sia politici che giurisdizionali, di diritto interno e ai soli casi che coinvolgono quei diritti che potrebbero essere considerati basilari per ciascun cittadino nel contesto di un

⁴⁸ R.D. Putnam, *Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games*, in *International Organization*, 42, 1988, pp. 427 ss.

⁴⁹ Christiano, *The Constitution of Equality*, cit., p. 123.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

ordinamento politico capace di far progredire pubblicamente gli interessi di ciascuno in condizioni di parità rispetto agli altri, anche se è controverso se tali diritti includano solo i diritti civili e politici essenziali o anche un minimo di diritti sociali ed economici⁵⁰. Un certo margine si renderà necessario per le varie modalità con cui i diversi sistemi giuridici possono scegliere di specificare un determinato diritto e per le molteplici circostanze che possono spingere gli organi legislativi a limitare la portata di un diritto al fine di garantirne altri.

In quarto luogo, dato che le corti possono sbagliare tanto quanto i legislatori, deve essere prevista anche la possibilità di un controllo democratico sui giudizi della Corte IDU, lasciando tali decisioni al consenso tra i rappresentanti dei governi democratici, i quali dovrebbero essere incaricati in definitiva di monitorare la conformità dello Stato alle statuizioni della Corte. Da questa soluzione discendono numerosi vantaggi. Per cominciare, dalla prospettiva dello Stato democratico che impugna la sentenza, si tratterebbe comunque di una decisione di soggetti suoi pari⁵¹. I governi di altri Stati democratici comprenderebbero la necessità di armonizzare i diritti con le realtà nazionali e la reazione ostile che una decisione della Corte IDU percepita come errata o poco sensibile a tali esigenze potrebbe suscitare. Tuttavia, tale necessità non implica che essi sarebbero disposti a tollerare pressoché qualsiasi obiezione ad una decisione che si rivelasse scomoda per il governo in questione - piuttosto è vero il contrario. Infatti, essi sarebbero anche assolutamente attenti rispetto al pericolo di consentire agli Stati di sottrarsi ai propri obblighi solidaristici e di minare l'autorità della Corte a causa di impugnazioni futili o egoistiche - in particolare per quanto riguarda gli Stati ancora in fase di democratizzazione.

A questo punto interviene la questione dell'organizzazione democratica, riguardo alla quale vi sono tre punti da analizzare. In primo luogo, questo modello è compatibile con la possibilità di conferire alle Corti IDU un certo livello di indipendenza dagli Stati che le istituiscono, a patto che gli Stati partecipanti abbiano il diritto

⁵⁰ Idem, pp. 273-4.

⁵¹ F.W. Scharpf, *Legitimacy in the Multilevel European Polity*, in *European Political Science Review*, 1, 2009, pp. 199-200.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

di recesso e possano definire le competenze di queste Corti. In altre parole, i funzionari della CIDU, quali i giudici, possono agire in modo indipendente, ma il sistema stesso deve essere democraticamente dipendente dagli Stati contraenti.

In secondo luogo, la legittimazione democratica di tale dipendenza riposa sul fatto che gli agenti degli Stati coinvolti tengano adeguatamente conto delle visioni e delle preoccupazioni delle popolazioni che essi rappresentano. Di conseguenza, i possibili firmatari di una CIDU dovrebbero essere limitati a quegli Stati che si stiano quanto meno democratizzando in maniera credibile. L'evidenza suggerisce che gli Stati non democratici non rispettano le decisioni di tali organismi in nessun caso - una loro adesione formale serve meramente a conferire a tali regimi una parvenza di legittimità⁵². Al contempo, data la discrezionalità di cui gli esecutivi, anche dei Paesi democratici, hanno generalmente goduto per quanto riguarda la politica estera, è importante assicurare che i funzionari statali coinvolti rimangano responsabili per le proprie decisioni nei confronti del Parlamento e, da ultimo, nei confronti dell'elettorato.

Infine, se il sistema nel suo insieme deve accordare eguale considerazione agli interessi dei popoli democratici di cui è al servizio, allora gli Stati firmatari dovrebbero esercitare un eguale controllo sulla CIDU. Per esempio, tutti gli Stati dovrebbero avere un voto eguale nelle decisioni concernenti modifiche alla Convenzione, la selezione dei giudici e le indicazioni relative ai loro metodi di lavoro, l'esecuzione delle sentenze della Corte, il bilancio e così via.

Questi strumenti rispondono alle classiche obiezioni per quanto riguarda la loro legittimazione democratica? Come facevo notare, una prima obiezione è che tali sistemi debbano essere sottoposti all'esclusivo controllo democratico di ciascuno degli Stati contraenti. Ciò è garantito, ad un primo livello, dal fatto che si esige che l'adesione a questi accordi sia volontaria e che includa il diritto di recesso. Inoltre, il loro scopo e il loro funzionamento sono strutturati sulla base del rispetto dell'autonomia democratica. Come vediamo, questo obiettivo si rinviene a monte di tutte e tre le questioni che spiegano l'istituzione di questo sistema e dei tre criteri-guida

⁵² B. Simmons, *Mobilizing for Human Rights*, Cambridge, 2009.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

riguardanti le sue competenze e la sua organizzazione. In particolare, la sua struttura organizzativa non implica un semplice trasferimento di autorità da un attore nazionale ad uno internazionale. Invece, esso sottopone gli attori nazionali, che restano democraticamente responsabili verso i cittadini o verso i loro rappresentanti, ad un controllo su base paritaria e democratica. Questa struttura fornisce un meccanismo per il controllo democratico senza presumere un *demos* o una democrazia globali. Al contrario, l'accordo costituisce un'associazione internazionale democratica di democrazie e dei loro *demoi*. Questa sorta di accordo "su due livelli" si caratterizza come *demoicratico*. Non si tratta tanto di un trasferimento di competenze, quanto della creazione di uno strumento, controllato collettivamente, per affrontare quei problemi comuni che le istituzioni nazionali non hanno la competenza per gestire autonomamente. Infine, all'esito di quest'accordo, l'obiezione più importante, quella relativa all'eccessiva discrezionalità dei giudici, viene superata rendendo la Corte IDU sistematicamente dipendente dalle decisioni democratiche collettive degli Stati contraenti riguardo alle sue competenze e, in definitiva, ai suoi giudizi. I giudici possono essere indipendenti, ma solo rispetto alla *weak review*.

Chiaramente, la strada per realizzare questo sistema è lastricata di molti problemi e, nella pratica, gli accordi istituzionali non riescono sempre a soddisfare i criteri o a rispondere a tutte le questioni rilevanti. In particolare, si profila il problema della negoziazione asimmetrica tra Stati più ricchi e potenti e Stati più poveri e deboli, anche se le coalizioni tra i secondi possono, entro una certa misura, controbilanciare l'influenza dei primi⁵³. Come tutti i sistemi democratici nazionali, anche il sistema internazionale *demoicratico* è un *work in progress*, con diversi gruppi che sfruttano le procedure esistenti per incrementare, e talvolta per ostacolare, il suo sviluppo. Questo paragrafo mira semplicemente a delinearne le fondamenta normative e istituzionali.

⁵³ Christiano, *Democratic Legitimacy and International Institutions*, pp. 125-6; Pettit, *Legitimate International Institutions*, pp. 158-60.

Richard Bellamy

*I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*6. *La costituzione politica della CEDU*

La misura dell'attendibilità di quest'approccio può nondimeno essere valutata sulla base del significativo grado di assimilabilità della CEDU a questo schema. Tutti gli Stati firmatari devono soddisfare determinati standard democratici minimali. La Corte e la Convenzione sono supervisionate dal Consiglio d'Europa, la cui struttura di governo consiste nel Comitato dei Ministri, che comprende i Ministri degli Esteri, o i loro rappresentanti permanenti, dei 47 Stati membri, nonché nell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (APCE). Il Comitato delibera la dotazione finanziaria del Consiglio, negozia i trattati e le convenzioni che rientrano nelle sue competenze e monitora l'attuazione delle decisioni della Corte. L'APCE, che include da 2 a 18 membri, a seconda dell'entità della popolazione, provenienti dai parlamenti nazionali degli Stati contraenti, seleziona i giudici - uno per ciascuno Stato membro - e il Segretario Generale del Consiglio sulla base di liste di nomi fornite dal Comitato dei Ministri. Di conseguenza, c'è un certo grado di controllo legislativo sull'operato dell'esecutivo in quest'ambito, dato che l'APCE riceve anche regolari resoconti dal Comitato dei Ministri ed emette raccomandazioni nei suoi confronti. Il rischio di trascurare minoranze interne o transnazionali è attenuato tramite il coinvolgimento del Congresso dei Poteri Locali e Regionali del Consiglio d'Europa, composto da membri eletti da questi organi all'interno dei singoli Stati membri, incaricato di verificare il progresso della democrazia locale e, con un ruolo consultivo, della Conferenza delle Organizzazioni Internazionali Non Governative (OING) del Consiglio d'Europa.

Allo stesso tempo, la Corte nei suoi giudizi applica un margine di apprezzamento, specialmente in mancanza di standard uniformi in tutto il Consiglio d'Europa e ove sia necessario bilanciare diritti e altri interessi⁵⁴, tenendo conto, quindi, dei diversi modi in cui un diritto può essere declinato nei diversi ordinamenti. Inoltre, la Corte ha

⁵⁴ Si veda *Rasmussen v Denmark* (1984) 7 EHRR 371, par. 40-41 per la mancanza di un approccio comune, e *Dickenson v United Kingdom* (2008) 46 EHRR 41, GC, par. 77-79 per la questione del bilanciamento.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

generalmente applicato un margine più ampio quando il caso coinvolgeva una scelta che fosse stata oggetto di pubblico dibattito da parte di un Parlamento democratico e riguardo al quale le opinioni erano ragionevolmente divergenti, e uno più stretto, invece, nei casi in cui un Parlamento avesse approvato o riconfermato una misura senza la debita considerazione⁵⁵. Le sue sentenze si applicano solo nell'ordinamento coinvolto e non necessariamente vengono utilizzate come precedenti per decisioni su casi simili in un altro Stato, con ciò attenuando il problema di un approccio "indifferenziato". La recente dichiarazione di Brighton ha proposto di incorporare formalmente nel Preambolo della Convenzione⁵⁶ sia il margine di apprezzamento che il principio di sussidiarietà, evidenziando, in questo modo, che il compito di implementare i diritti della Convenzione grava in primo luogo sugli organi, giurisdizionali e soprattutto politici, nazionali. In verità, si suggerisce che tutti i parlamenti adottino le procedure di controllo pre-legislativo intensificato già vigenti nel Regno Unito e nei Paesi nordici. Infatti, i dati indicano che la Corte EDU opera in misura marginale ove siano coinvolte democrazie consolidate. Per esempio, dal 1966 il 97% delle cause intentate contro il Regno Unito è stato considerato inammissibile, mentre in soli 271 sui 443 casi effettivamente discussi è stata rilevata un'infrazione - il 61% ovvero una media di 6.15 casi per anno, meno del 2% del totale delle cause. Cinque Paesi - Russia, Ucraina, Romania, Turchia e Italia - sono attualmente responsabili per oltre la metà dei ricorsi esperiti dinanzi alla Corte, con la sola Russia responsabile per il 27% di essi.

Queste caratteristiche del Consiglio d'Europa corrispondono abbastanza fedelmente ai criteri e alle relative indicazioni forniti nel paragrafo precedente per garantire che un'associazione internazionale di democrazie rispecchi essa stessa parametri democratici. Il Consiglio

⁵⁵ *Hatton v United Kingdom* (2003) 37 EHRR 28 GC par. 97; *Draon v France* (2006) 42 EHRR 40, GC, par. 106-108, e - per l'argomento contrario - *Hirst v United Kingdom (No 2)* (2006) 42 EHRR 41, *Sukhovetsky v Ukraine* (2007) 44 EHRR 57, par. 65-67, e l'analisi in A. Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*, Oxford, 2012, spec. cap. 4.

⁵⁶ High Level Conference on the future of the ECtHR Brighton Declaration 19/20 April 2012, disponibile al sito <<http://hub.coe.int/en/20120419-brighton-declaration/>>.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

non solo è soggetto all'eguale controllo dei rappresentanti di Stati democratici, ma questi rappresentanti non provengono semplicemente dai ranghi dell'esecutivo. Il coinvolgimento di rappresentanti parlamentari e, in misura minore, di rappresentanti dei governi locali nonché delle ONG, aumenta la probabilità che le politiche statali siano più democraticamente rappresentative degli interessi nazionali, compresi gli interessi minoritari, rispetto a quanto spesso accade per la politica estera. Di conseguenza, risponde almeno ad alcune delle preoccupazioni di quanti esigono che tali strumenti debbano essere sottoposti al controllo democratico esclusivo delle parti contraenti, senza assumere come necessario un sistema democratico globale. La CEDU può essere considerata, per certi versi, dotata delle qualità proprie di un documento legislativo internazionale sui diritti, in cui i rapporti dell'APCE spesso aprono la strada a modifiche della convenzione o ad interventi da parte del Consiglio dei Ministri. Ultimo, ma non meno importante, la Corte EDU è politicamente dipendente, essendo selezionata e supervisionata da un organo rappresentativo degli Stati contraenti, ed è costretta a rispettare in larga misura i loro diritti nazionali nell'applicazione dei propri strumenti. In conseguenza di questi due aspetti, anche la forza dell'obiezione relativa alla discrezionalità dei giudici diminuisce considerevolmente.

Detto questo, il sistema CEDU è carente sotto due aspetti fondamentali. In primo luogo, nonostante il margine di apprezzamento, rigorosamente parlando la Corte EDU non adotta la *weak review*. In base all'Articolo 46 della Convenzione le sue sentenze hanno forza vincolante per le Alte Parti Contraenti e, una volta che la Grande Camera si è pronunciata in via definitiva, non sono previsti ulteriori gradi di appello. Tuttavia, essa non disapplica le leggi nazionali - che restano in vigore finché l'organo legislativo nazionale competente non le modifica - e può offrire solo un rimedio di diritto internazionale e non di diritto interno. In questo senso, si può dire che la Corte EDU applichi una versione *soft* della *strong review*. Pure, il sistema potrebbe essere adattato ad esercitare la *weak review* in maniera relativamente semplice. Come ho fatto notare, il Comitato dei Ministri è responsabile dell'attuazione di queste sentenze e può sanzionare un membro che non si conformi a tali decisioni e anche espellerlo. Ad ogni modo, sarebbe perfettamente possibile autorizzare

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

il Comitato a diventare la corte d'appello di ultima istanza, come ho illustrato prima.

In secondo luogo, il focus della Corte EDU è stato, finora, il problema della conformità dei singoli Stati alla CEDU. Anche se il Consiglio d'Europa ha preso in esame questioni comuni che incidono sulle relazioni tra Stati, esse sono rimaste ai margini. Ciò cambierà con la futura adesione dell'Unione Europea alla CEDU, che introdurrà un monitoraggio degli accordi economici interstatali per verificare che rispettino i diritti umani.

Sin da adesso, un'importante differenza tra la Corte EDU e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) riguardo ai diritti attinenti alla sfera lavorativa indica le modalità tramite le quali questo passo potrebbe portare ad un forte incremento dell'eguale rispetto e dell'eguale considerazione tra gli Stati coinvolti per i loro procedimenti democratici interni⁵⁷. Tuttavia, il lasso di tempo che dovrà trascorrere prima che ciò accada dipenderà probabilmente dalla misura in cui sia il Consiglio d'Europa che l'UE si considereranno vincolati da una costituzione politica piuttosto che da una costituzione giuridica.

7. Conclusioni

La critica di Lord Sumption alla *judicial review* in generale e, in particolare, nei confronti della Corte EDU riflette la limitatezza del suo alquanto ristretto approccio di costituzionalismo giuridico. Egli offre una visione limitata sia dei diritti che della democrazia, rendendo ad entrambi un cattivo servizio. Come abbiamo visto nel paragrafo 2, egli ripone una fiducia ingiustificata e irrealistica nella capacità del diritto di porre un freno ai giudici e, entro certi limiti, ai governi. Malgrado il suo apparente apprezzamento per il ruolo legittimante svolto dai parlamenti democratici nel decidere questioni concernenti i diritti, non riesce a scorgerne il significato costituzionale come strumento di promozione dell'eguaglianza politica. Di conseguenza,

⁵⁷ J. Fudge, *Constitutionalizing Labour Rights in Europe*, in T. Campbell, K. D. Ewing, A. Tomkins, cit., p. 244.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

egli non immagina neanche come le corti e le assemblee legislative potrebbero lavorare in tandem per migliorare la deliberazione pubblica l'una dell'altra con modalità che salvaguardino il diritto essenziale all'eguale considerazione e al rispetto. Diversamente, il costituzionalismo politico ha proprio questa finalità egualitaria. Il paragrafo 3 indica come potrebbe funzionare quest'approccio alternativo a livello di diritto interno e il paragrafo 4 argomenta come e perché potrebbe essere importante estendere il costituzionalismo politico a livello internazionale, per il tramite della CIDU e delle Corti IDU. Il paragrafo 5 si conclude suggerendo che questo modello potrebbe essere applicato alla CEDU, che già in larga misura lo rispecchia. Di conseguenza, gran parte delle critiche di Lord Sumption nei confronti della *judicial review* e della Corte EDU si rivelano errate e fuori luogo. Esse riflettono la stessa posizione che egli apparentemente critica - quella che consiste nell'utilizzare le Corti e la democrazia per imporre alla collettività i valori morali e politici di un singolo - nel suo caso, quelli di un liberal-conservatore.

ABSTRACT:

In questo saggio confronterò due critiche sistematiche alla forma c.d. forte della *judicial review* sui diritti - quella di Lord Jonathan Sumption, da una parte, e quella dei costituzionalisti politici, alla visione dei quali quella di Sumption somiglia superficialmente, dall'altra. Come vedremo, anche se entrambe queste critiche prefigurano la prevalenza della politica sul diritto, esse lo fanno sulla base di principi differenti - il primo sulla base del principio della libertà individuale, i secondi sulla base dell'eguaglianza politica. La critica di Lord Sumption alla *judicial review* in generale e, in particolare, nei confronti della Corte EDU riflette la limitatezza del suo alquanto ristretto approccio di costituzionalismo giuridico.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

KEYWORDS: judicial review, legal constitutionalism, political constitutionalism, Lord Sumption, European Convention on Human Rights (ECHR)

Richard Bellamy – Professor of Political Science, UCL.