

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Urbino Carlo Bo

Materiali



DIRITTI FONDAMENTALI E MODELLI DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE A CONFRONTO: ITALIA VS USA. SINTESI E RIFLESSIONI DEL SEMINARIO CONCLUSIVO NELL'AMBITO DEL CORSO DI DIRITTO COSTITUZIONALE

Luca Di Majo

Abstract

[Fundamental rights and constitutional Justice models: Italy vs. USA. Synthesis and considerations about conclusive seminar within the Constitutional Law course] This article highlights the most important aspects and differences between Italy and USA with regard to the theme of fundamental rights (in particular religious freedom and freedom of conscience) and Constitutional Justice. This seminar was organized within the Constitutional Law course as the final lesson.

Key Words :

Fundamental rights, constitutional Justice, religious freedom, constitutional Law

Vol. 3 (2016)





Diritti fondamentali e modelli di giustizia costituzionale a confronto: Italia vs. USA. Sintesi e riflessioni del seminario conclusivo nell'ambito del corso di Diritto costituzionale.

Luca Di Majo*

Il giorno 11 dicembre 2015, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo si è tenuto il seminario conclusivo del corso di Diritto costituzionale avente ad oggetto il tema del raffronto tra Italia e USA sul tema dei diritti fondamentali e della giustizia costituzionale.

A fare gli “onori di casa” il prof. **Massimo Rubechi**, titolare dell'insegnamento di Diritto costituzionale nel corso di Laurea magistrale in Giurisprudenza e nel corso di Laurea triennale in Scienze giuridiche per la consulenza del lavoro e la sicurezza dei lavoratori, il quale ha sottolineato l'importanza dell'approccio comparatistico nel metodo di studio, in particolare in relazione all'argomento della giustizia costituzionale. La comparazione è funzionale per garantire una prospettiva migliore allo sviluppo del costituzionalismo e nella parte teorica e nella fase applicativa per riuscire ad essere quanto più all'avanguardia nel diritto interno. In particolare, il prof. Rubechi ha tenuto ad evidenziare come l'analisi e l'approfondimento dello studio del diritto comparato sia funzionale, in generale, per il *consolidamento*, il *miglioramento* e lo *sviluppo* del diritto costituzionale di ciascun paese: *consolidamento* dei principi fondamentali democratici soprattutto per quei paesi in via di democratizzazione che rappresentano un serbatoio di valori comuni da cui attingere per rafforzare questo processo; si parla di *miglioramento* quando è necessario riformare il testo costituzionale anche alla luce delle soluzioni che può offrire il diritto straniero, così come lo *sviluppo* del costituzionalismo interno non può prescindere dall'analisi dei diversi modelli giuridici che pure sono in circolazione negli altri Stati e che individuano uno spazio culturale dal quale ricavare principi comuni¹.

La parola passa alla prof.ssa **Valentina Fiorillo**, docente di Giustizia costituzionale nello stesso Dipartimento urbinato che ancora una volta sottolinea l'importanza del metodo comparato anche nell'affrontare i diversi modelli di giustizia costituzionale di Italia e USA. Dopo aver passato in rassegna le principali caratteristiche

* L'Avv. Luca Di Majo è dottore di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università di Bologna “Alma Mater Studiorum” e Cultore della materia in Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

¹ Sull'importanza del metodo comparato, cfr., in particolare, M. Rubechi, *Metodo comparato e diritto costituzionale*, in L. Califano e M. Rubechi, *Guida ragionata alla Costituzione italiana*, Rimini, Maggioli Editore, 2013, p. 39 ss.

del sistema di giustizia costituzionale italiano, ha sottolineato come questi due modelli diversi costruiscono in senso giurisprudenziale i diritti fondamentali. Il ruolo che le Corti svolgono sul controllo della legittimità delle fonti subordinate alla Costituzione può andare ad articolarsi in 3 differenti declinazioni: da un lato, giudicare la legittimità costituzionale degli atti legislativi; dall'altro, verificare le attribuzioni degli organi e dei soggetti istituzionali; il terzo ed ultimo profilo – che è ciò che nel convegno è stato in particolare affrontato – è la risoluzione di quei casi relativi alla tutela dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. Tutti e tre gli aspetti sono evidentemente interconnessi tra di loro. Nei due ordinamenti che sono stati scelti per la comparazione non esiste lo strumento che più permetterebbe di adempiere alla terza funzione: né alla Corte costituzionale italiana e né alla Corte Suprema si può accedere direttamente. Il primo profilo di contatto tra i due ordinamenti è proprio quello relativo alla modalità di accesso, in cui esiste l'incidentalità, nonostante nell'ordinamento italiano sia presente anche la seconda modalità, ossia quella diretta, astratta o in via d'azione. Ci si è, quindi, soffermati sull'analisi di numerosi casi pratici oggetto di ricostruzione giurisprudenziale che attengono, in particolare, al profilo della libertà religiosa e dei nuovi diritti. La libertà religiosa, in particolare può essere considerata la prima libertà civile rivendicata rispetto al potere politico perché senza libertà religiosa, che presuppone e definisce una chiara separazione tra Stato e Chiesa (che nel rapporto tra le due Istituzioni va a radicarsi nel principio di laicità), non si avrebbe nemmeno la legittimazione dello Stato. Nel momento in cui sussiste la legittimazione autonoma del potere politico rispetto al potere religioso, allora si possono affrontare i temi cari al costituzionalismo e del contenuto di tutti quei diritti di ispirazione individualistica. Inoltre, la libertà religiosa è forse una di quelle che tra i diritti fondamentali permette la più facile comparazione con l'ordinamento statunitense essendo la Costituzione americana una Costituzione liberale tipica. Nel caso italiano, se si pensa alla libertà religiosa, si fa senz'altro riferimento ad un diritto individuale legato ad una concezione molto personalista; la Costituzione italiana, all'art. 19, garantisce la libertà religiosa sia dal punto di vista della fede, quindi come credenza individuale, quanto per l'aspetto legato al culto; specifica poi che è una libertà di cui si può fruire in senso sia individuale che collettivo ed individua come unico limite il buon costume.

Nel passare in rassegna la giurisprudenza costituzionale in materia di libertà religiosa ci si rende conto che la Corte costituzionale italiana ha definito tale diritto non incentrandosi precipuamente ed esclusivamente sull'articolo 19 della Costituzione: ha prevalso un approccio maggiormente istituzionalista piuttosto che libertario. L'art. 19, soprattutto successivamente alla riforma del Concordato, è stato letto assieme ad altre disposizioni costituzionali, cioè gli articoli 7,8 e 20 Cost. che definiscono per l'appunto rapporti tra Stato e chiese/confessioni religiose. Più affine, verrebbe da sostenere, alla lettura che nell'ordinamento americano la Corte suprema ha fornito della *establishment clause* piuttosto che della *free exercise clause* del I Emendamento. Nell'ordinamento americano, infatti, è possibile individuare più chiaramente un filone basato sulla interpretazione della sola *free exercise clause* (libertà di culto), in maniera tale da rendere possibile una lettura individualista e personalista del diritto in questione. La maggior parte delle istanze è, difatti, volta ad ottenere, sulla base del diritto individuale di libertà religiosa, una esenzione/eccezione alla legge generalmente applicabile. Questo è ben comprensibile in una società multiculturale quale quella statunitense, dove c'è la necessità per le numerose minoranze di andare a rivendicare una diversità attraverso la richiesta di "eccezioni" alla legge generale. In Italia, dove fino 1984 esisteva una religione di Stato, l'omogeneità di carattere culturale, storica e sociale era molto più

elevata, così le minoranze non rincorrevano il sogno di essere ancora più minoranze e ancora di più diverse, ma piuttosto quello di essere quanto più eguali possibile rispetto alla maggioranza cattolica. Se questo è il contesto, è comprensibile che il giudice costituzionale sia stato interpellato soprattutto sulle disposizioni relative al rapporto Stato-Chiesa, piuttosto che su una lettura individualista della libertà religiosa. A titolo di esempio, fino ad alcune importantissime sentenze², il c.p. italiano prevedeva un *favor* cattolico in materia di tutela penale del sentimento religioso. È chiaro che a fronte di queste fattispecie, va tenuto conto dell'art. 19 certamente, ma anche degli articoli 7 ed 8, i due articoli che definiscono i rapporti tra Stato e Chiesa e che delineano il principio della laicità. Da qui la difficoltà sul confronto con il *free exercise* statunitense quando si affronta il tema della laicità: la volontà di rivendicare un diritto all'eguaglianza piuttosto che un diritto alla diversità, come ha scritto anche in un saggio il prof. Barbera che ha parlato di diritto alla diversità³. Così come c'è poi un secondo orientamento giurisprudenziale, di cui una è proprio sul principio di laicità⁴ relativa all'insegnamento della religione cattolica nelle scuole, il quale ha riconosciuto come costituzionalmente legittima la norma della legge italiana che dava attuazione al Concordato. Infine è comunque possibile individuare un terzo blocco di sentenze in cui viene, però, fuori l'idea americana della *esenzione*, ossia la concezione che la minoranza possa chiedere un trattamento differenziato. Nella sentenza n. 235/1997 in tema di esenzione per motivi fiscali degli Enti di sostentamento del clero, le comunità israelitiche chiedevano un esonero fiscale in maniera pari a quello di cui già fruivano gli stessi enti della Chiesa cattolica; questo è un caso di esenzione perché ci si vuole sottrarre ad un obbligo generale in nome dell'idea che, esercitando una determinata pratica correlata alla fede religiosa, si rientri nella tutela della libertà religiosa. Così come venne negata l'esenzione ad un fedele evangelico condannato ad obbligo di dimora, come misura di sicurezza alternativa presso il territorio del proprio comune di residenza. In tale comune non esisteva un luogo di culto per la propria religione. L'interessato lamentava in questo caso proprio una lesione dell'art. 19 Cost., chiedendo di poter avere una eccezione nell'applicazione di quel tipo di misura alternativa al carcere al fine di potersi recare presso il paese vicino dove invece era presente una chiesa evangelica. Anche in questo caso la Corte costituzionale ha negato questo diritto, facendo prevalere le esigenze di sicurezza e prediligendo l'efficacia e la tenuta complessiva di quella misura di sicurezza rispetto al godimento della libertà religiosa del singolo.

La prof.ssa Fiorillo ha suggerito agli studenti due ulteriori spunti di riflessione derivanti da istanze di esenzione religiosamente motivata: è questo il caso di richiesta di esenzione dalla normativa penale per l'uso con dichiarati scopi religiosi e mistici di sostanze stupefacenti o psicotrope: *quid iuris* se l'uso, normalmente vietato, è funzionale a qualcosa che si ritiene esercizio della propria libertà religiosa? La Corte costituzionale non è mai arrivata ancora a pronunciarsi; esiste una sentenza della Corte di Cassazione, n. 44232/2005, in relazione al caso della Chiesa di Santo Daime – una congregazione religiosa che ha origine in Brasile ed è a metà strada tra sincretismo, naturalismo e

² Corte Cost. n. 925/1988; Corte Cost. n. 440/1995; Corte Cost. s.n. 329/1997; Corte Cost. s.n. 168/2005, in tema di tutela penale del sentimento religioso.

³ Cfr. A. Barbera, *La laicità come metodo*, in *forumcostituzionale.it*.

⁴ Corte cost., s.n. 203/1989, in tema sentenze in materia di insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche, ma cfr. anche Corte cost., s.n. 13/1981.

spiritualismo – per i cui seguaci credono che si possa raggiungere una unione con la divinità assumendo una sostanza cioè l'*ayahuasca* (o *hoasca*). La sentenza è meno tranchant perché lascia degli spazi anche se in realtà non lo fa in funzione di un raffronto con la norma costituzionale, ma lo fa per un ragionamento diverso, ossia specifico rispetto alla tipologia di sostanza.

In secondo luogo, ricordando l'importanza della questione che riguarda l'impugnativa del Governo contro la legge della Regione Lombardia che renderebbe, in ragione di vincoli urbanistici e per finalità di conservazione del territorio, di rendere di fatto molto difficile la costruzione di luoghi di culto come le moschee; la questione è particolarmente cruciale sia perché è uno dei primi casi (se non il primo) di controversia Stato/Regione in materia di libertà religiosa, sia perché sarà di fatto uno dei primi casi sui luoghi di culto.

Passando al tema dei “nuovi diritti”, La prof.ssa Fiorillo ha ricordato agli studenti presenti che la disposizione costituzionale che consente il riconoscimento dei cc.dd. nuovi diritti nell'ordinamento italiano è l'art. 22 Cost. In particolare, sui matrimoni omosessuali e unioni di fatto ha sottolineato che in Costituzione non si trova alcun riferimento normativo se non l'art. 2; vero che esiste l'art. 29 dedicato al matrimonio e alla famiglia intesa come società naturale fondata sullo stesso, ma non è esplicitato in esso il requisito dell'eterosessualità. Nel 2010 la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi su un caso (s.n. 138/2010) relativo alle pubblicazioni di un matrimonio omosessuale. L'ufficiale di stato civile si era rifiutato di procedere con le pubblicazioni di matrimonio di due uomini fornendo un'interpretazione di una serie di norme del codice civile e sostenendo che queste disposizioni impongono di leggere il matrimonio come un istituto basato sull'unione tra un uomo ed una donna. La Corte, in realtà, sceglie una strada intermedia perché afferma che da una lettura generale e sistematica discende il requisito dell'eterosessualità per il matrimonio, anche se avrebbe potuto leggere l'articolo 29 Cost. come una norma che limitava e impediva assolutamente qualsiasi riconoscimento di unioni non caratterizzate dalla eterosessualità; essa va un po' oltre praticando la strada dell'art. 2 Cost. e sostiene quanto segue: nell'art. 2 Cost. è sotteso il principio personalista, il diritto al libero sviluppo della libera personalità, che si sviluppa nelle formazioni sociali; quindi non è l'art. 29 Cost. a cui è necessario guardare in senso impeditivo o permissivo per questo genere di unione, ma all'art. 2 Cost. perché l'unione tra due soggetti dello stesso sesso può rientrare tra le formazioni sociali tutelate dallo stesso art. 2 Cost. *a fattispecie aperta* e, quindi figurare come diritto inviolabile. In questa sentenza la Corte utilizza il metodo comparato: va a verificare la legislazione degli altri Stati e ammonisce il legislatore italiano sull'ammissibilità delle unioni di fatto che rientrano nella tutela costituzionale dell'art. 2.

La Corte costituzionale ha ricordato come in nessun ordinamento si è passati dal nulla all'equiparazione al matrimonio: una forma di tutela è possibile, a patto che non si equipari al matrimonio. La stessa tesi viene utilizzata dalla Corte per giustificare un'altra fattispecie, ossia quella del divorzio imposto⁵. In questo caso la legge impone lo scioglimento degli effetti civili del matrimonio e la Corte ha sottolineato che, non essendo più questo un matrimonio e non potendo consentire che rimanga in piedi un rapporto giuridico di per sé *invalido*, è pur vero che gli stessi soggetti hanno il diritto a vedersi riconosciute determinate tutele che pure sotto il cappello dell'art. 2 Cost. trovano fondamento.

⁵ Corte cost., s. n. 170/14 in tema di matrimonio eterosessuale che diventa omosessuale per il cambio di sesso, di comune accordo, di uno dei componenti già peraltro regolamentato in Italia.

Prende, quindi, la parola la prof.ssa **Pamela Harris**, docente associato di Diritto presso la John Cabot University di Roma – dove ricopre anche il ruolo di Prorettore agli affari accademici – la quale ha introdotto brevemente la storia costituzionale americana e ha sottolineato la fondamentale importanza del controllo di costituzionale vigente negli Stati Uniti d’America. In particolare, nella Costituzione americana originale non era previsto il controllo costituzionale e quindi, come dire, la Corte Suprema *ha inventato se stessa*; nella Costituzione originaria non esistevano nemmeno i diritti fondamentali che sopraggiungono soltanto due anni dopo, anche se bisogna stare molto attenti a chiamarli già fondamentali perché erano diritti dei cittadini (vedi primo emendamento) nei confronti solo dello Stato federale. Di diritti fondamentali si può iniziare a parlare dal XIV emendamento che chiude la guerra civile. La Costituzione americana è quella più antica, ma ciò non è completamente vero perché è stata rotta drammaticamente da una guerra civile e il XIV emendamento l’ha rivoluzionata introducendo, in teoria e nel 1868, la possibilità di riconoscere i diritti fondamentali: il XIV emendamento afferma che i cittadini sono titolari di diritti non soltanto nei confronti dello Stato federale, ma anche nei confronti dei singoli Stato.

Successivamente a questa breve introduzione, la prof.ssa Harris ha spostato l’attenzione sul controllo costituzionale: il modello americano è simile a quello italiano e consiste in un controllo sugli atti legislativi ovvero sulle modalità di esercizio del potere da parte degli organi costituzionali. La tutela dei diritti fondamentali negli USA è un qualcosa di abbastanza recente nel senso che risale allo stesso periodo del decollo dei diritti fondamentali nelle Costituzioni del dopoguerra e dei diritti umani internazionali. Anche negli USA nonostante l’antichità, i diritti fondamentali nella Costituzione e nella giustizia costituzionale, i diritti hanno la stessa età in America e negli altri Paesi europei. Due osservazioni preliminari; la prima, nonostante tante similitudini di forma tra Italia e USA, la cultura costituzionale americana è molto diversa: la maggiore diversità si trova nel fatto che la maggioranza degli americani di carattere, di pregiudizio e di cultura si defilano dallo Stato e non guardano allo stesso per la protezione e la loro tutela: essi sono più individualisti e si affidano di più a se stessi; un po’ come la diffidenza che in Italia si percepisce nei confronti delle istituzioni europee. Ciò avrà un impatto significativo sul modo di intendere la giustizia costituzionale.

Seconda osservazione; per gli americani il controllo costituzionale richiama la critica dell’essere *antidemocratico*, un tema però ancora poco affrontato; ciò dipende dal valore attribuito alla voce del popolo e alle modalità di legiferare. Quando una Corte non è vista come democratica e boccia una legge fatta dai rappresentanti del popolo, può essere problematico per il concetto di democrazia. La prof.ssa Harris ha rilevato come la democrazia americana sia *altamente imperfetta* perché è basata su una società in cui non c’è una cittadinanza eguale, ma caratterizzata da gruppi minoritari che soffrono forti discriminazioni. Non a caso l’America è stata una democrazia che ha prodotto leggi razziste, come è accaduto negli stati meridionali fino all’intervento della giustizia costituzionale; e questo fa un po’ *romanticizzare* l’importanza della giustizia costituzionale e della saggezza dei giudici nella tutela dei diritti fondamentali. Nello stesso tempo si rileva un lato oscuro dei diritti fondamentali negli USA e si evidenzia quanto le pretese individuali e collettive si risolvano in diritti *commerciali* che prevalgono sul bene comune; al contrario di quanto accadeva negli anni della generazione della prof.ssa Harris, oggi si vive un periodo in cui i diritti fondamentali possono anche potenziare interessi economici e possono essere finanche danneggianti al bene comune.

Passando al tema della libertà religiosa, nel primo emendamento della Costituzione si vieta la possibilità da parte del Congresso di identificare e/o istituire un

religione di Stato: da qui promana la laicità dello Stato nella Costituzione americana e la libertà religiosa come diritto fondamentale soggettivo. Questa libertà fondamentale si afferma in particolar modo con la diffusione dei Testimoni di Geova che sono stati da sempre una minoranza religiosa malvista. Uno dei primi casi risale nel 1940⁶: gli USA erano in procinto di entrare in guerra e nelle scuole (anche se, si sottolinea, ancora oggi è così), all'inizio della giornata scolastica è prevista la dichiarazione di fedeltà alla bandiera. Se un soggetto è testimone di Geova non può rendere dichiarazione perché è una forma di idolatria assolutamente proibita da quella religione; la legge e la disciplina però impone di farlo e questi ragazzi hanno dovuto rifiutare venendo espulsi fuori dalla scuola e subendo grossi soprusi. I testimoni di Geova hanno, quindi, promosso un caso di giustizia costituzionale sostenendo che la libertà religiosa implica un diritto ad una esenzione da questo obbligo e da questo dovere. Ma nel 1940 la Corte Suprema ha affermato che la dichiarazione di fedeltà è un atto di cittadinanza e tutti i cittadini, essendo pari tra di loro, hanno l'obbligo di rendere la dichiarazione di fedeltà per motivi patriottici e per rispetto del principio di eguaglianza. Nel 1943, solo tre anni dopo, un altro caso simile: stessa questione, ma la Corte ha fatto un passo indietro e per la prima volta ha riconosciuto il diritto all'esenzione per i Testimoni di Geova⁷. La domanda più profonda che anima il dibattito è capire se è giusto imporre o meno determinati obblighi a soggetti che pur appartenenti alla stessa patria, afferiscono a religioni diverse che possono entrare anche in conflitto con alcuni valori della patria stessa. Perché la Corte ha cambiato direzione? Nel 1943 si inizia ad essere maggiormente sensibili al tema della tutela delle minoranze religiose e al rispetto delle diverse esigenze di queste minoranze. Negli anni '50 e '60, continua la prof.ssa Harris, si assiste ad un riconoscimento maggiore al diritto all'esenzione alle leggi generali. Altra sentenza importante è emessa nel 1963⁸ e consiste in una richiesta esenzione per motivi di libertà religiosa: una donna appartenente alla Chiesa evangelica adventista del VII giorno viene licenziata perché rifiuta di lavorare il sabato; siccome viene licenziata per giusta causa non ha nemmeno accesso alla cassa integrazione. La Corte Suprema le dà ragione e stabilisce quella che diventa poi la formula per l'analisi di questi tipi di casi: la libertà religiosa è un diritto fondamentale perciò se lo Stato pone in essere un comportamento che grava fortemente su questo diritto, lo stesso deve avere anzitutto un buon motivo e un interesse prevalente impellente e deve farlo nel modo meno invasivo possibile, altrimenti è obbligato a cambiare metodo. E questo standard viene rispettato fino al 1990 con la famosa sentenza del *Peyote*⁹. La domanda da porsi, in questo caso, riguarda l'esistenza o meno di una esenzione alla disciplina che punisce l'uso di sostanze stupefacenti e allucinogene. Dove finisce l'eccezione? Quali sono i limiti? Questa è stata la paura che guidato la Corte nella decisione del 1990, per cui non è possibile ammettere esenzioni alla legge – la libertà di credere non può andare contro le leggi dello Stato. Successivamente a tale sentenza si è assistito ad un feroce ma interessante dibattito e i progressisti di sinistra con i conservatori religiosi di destra, in uno, hanno spinto il Congresso ha emanato nel 1993 il *Religious Freedom Restoration Act* che ha ristabilito il

⁶ *Minersville School District v. Gobitis*, in tema di esenzione per i testimoni di Geova sulla dichiarazione di fedeltà alla bandiera.

⁷ Corte Suprema, *West Virginia State Board of Education v. Barnette*.

⁸ Corte Suprema, *Sherbert v. Verner*, secondo cui un onere significativo sulla libertà religiosa deve essere giustificato da un interesse impellente dello stato "*compelling state interest*" e deve essere strettamente limitato al perseguimento di questo interesse.

⁹ Corte Suprema, *Employment Division v. Smith*, secondo cui nessuna esenzione da leggi generali è giustificabile sulla base del riconoscimento della libertà religiosa.

diritto fondamentale alla libertà religiosa in senso soggettivo. Secondo questa legge lo Stato non può gravare sulla libertà religiosa se non ha un ottimo motivo ponendo in essere un intervento meno incisivo possibile. Ci sono poi state diverse decisioni che hanno accolto questo standard, come il caso dell'*ayahuasca*, in cui la Corte ha dato in via unanime ragione a questo gruppo di religiosi.

Ancora la prof.ssa Harris si è soffermata su una questione particolarmente cruciale: nel 2009 gli americani hanno avuto per la prima volta accesso all'assicurazione sanitaria nazionale. Questa legge prevede che i datori di lavoro devono fornire assicurazione ai loro dipendenti e che questa deve anche comprendere l'accesso ai mezzi anticoncezionali. Dal punto di vista della libertà religiosa va segnalato che i proprietari di una società a gestione familiare, *Hobby Lobby*, sostenevano che la fornitura di assicurazione che comprendesse mezzi anticoncezionali fosse equivalente ad una agevolazione dell'aborto; quindi fornire questa assicurazione, per loro, sarebbe stato come renderli complici dell'aborto stesso. La Corte Suprema gli ha dato ragione nel 2014 senza indagare sulla catena della complicità; quindi adesso anche una pretesa di complicità con fatti molto attenuati come questi possono guadagnare un'esenzione alle leggi. Bisogna domandarsi se ciò è una cosa positiva o negativa. Nell'estate del 2016 verrà deciso un altro caso (*Little Sisters v. Burwell*) avente ad oggetto la stessa legge sull'assicurazione sanitaria. La stessa legge faceva già salvi alcuni enti non-profit, come ospedali religiosi, i quali avevano soltanto un obbligo di mettere per iscritto l'obiezione all'uso di sistemi anticoncezionali. La firma esentava gli stessi e poneva allo Stato l'obbligo di fornire l'assicurazione. Questo è stato in sostanza il ragionamento che la Corte Suprema ha seguito in *Hobby Lobby*. Come deciderà la Corte Suprema americana nel caso del 2016? La prof.ssa Harris non esclude una cristallizzazione dell'orientamento precedente.

Per quanto riguarda, invece, la tutela dei diritti che discendono dal matrimonio omosessuale, la prof.ssa Harris ha evidenziato *cases studies*¹⁰. Si vedrà in futuro quante e che tipo di esenzioni possano venir fuori attorno ai matrimoni gay in relazione al diritto di libertà religiosa.

In conclusione, ci si è chiesto cosa succede quando la libertà di alcuni prevale sul bene comune. Questo è un fenomeno importante nella politica e nella giustizia costituzionale americana di questo momento, ossia l'idea che le aziende e le società commerciali hanno dirottato il primo emendamento, soprattutto il diritto alla libertà di espressione. Lo hanno fatto per smantellare lo stato sociale e lo stato regolatore. Lo Stato può imporre alle società come Philip Morris di sostenere che le sigarette danneggiano la salute? Questo caso ancora non è giunto alla Corte Suprema, ma forzare la Philip Morris a scrivere sui pacchetti di sigarette la dicitura *smoking kills* potrebbe essere equiparato a forzare un testimone di Geova a dichiarare fedeltà alla bandiera. È un'espressione coercitiva che lede il diritto fondamentale alla libertà di parola. Altra sentenza spartiacque è del 2010¹¹ in cui la Corte Suprema ha stabilito che contrasta con il primo emendamento proibire una società di spendere quanto vuole nelle campagne politiche.

Altra questione problematica riguarda il secondo emendamento. Fino al 2008 questo non era letto come un diritto fondamentale e non veniva recepito attraverso la lente del XIV emendamento; a partire dal 2010, la Corte ha detto che esiste un diritto

¹⁰ Tra cui, si segnala, Corte Suprema, *Obergefell v. Hodges*, in cui è stato stabilito che i principi di libertà ed eguaglianza implicano il diritto fondamentale degli omosessuali a sposarsi.

¹¹ Corte Suprema, *Citizen's United v. Federal Election Commission*.

fondamentale al porto delle armi da fuoco. E così, possiamo ben vedere quali sono state le conseguenze. Un Paese saturo di armi da fuoco.

Conclude il prof. **Alberto Vespaziani**, professore associato di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi del Molise, che esprime soddisfazione per l'ottima iniziativa. Rileva preliminarmente che il diritto si esprime sullo scontro tra opinioni; la diversità di opinioni è, infatti, la ragione di fondo per cui il diritto viene ricercato e insegnato. L'articolazione delle diversità nell'insegnamento dei modelli è molto importante.

Reagendo su alcuni aspetti delle relazioni sottolinea che le premesse del prof. Rubechi sono state particolarmente interessanti in quanto la funzione principale del diritto comparato è quella di comprendere la nostra identità costituzionale, anche attraverso le diversità degli altri. Bisogna, però, differenziare: se la comparazione si fa in sede politica non c'è alcun dubbio che abbia funzione normativa, nel senso che in quella sede va fatta una selezione degli interessi; se avviene, invece, in un contesto giurisdizionale le Corti fanno ricorso al diritto straniero in un senso persuasivo per rafforzare le loro argomentazioni. Il diritto comparato è come un'ombra, una entità che *aiuta* a rafforzare il ragionamento della Corte. Quando la comparazione avviene in un contesto come quello accademico ed intellettuale, la funzione principale della comparazione è senz'altro critica, cioè consente di leggere più criticamente il diritto positivo. Questa impostazione metodica è molto importante per l'argomento che si è affrontato. Un luogo comune recita che gli americani ricercano delle soluzioni, mentre gli europei edificano le strutture: qui l'esercizio comparativo è andato un po' *all'americana*, in senso funzionale: si selezionano degli argomenti che accomunano i due Stati che e si valutano la diversità di soluzioni, argomentazioni e narrazioni proposte dalle Corti; tuttavia è bene ricordare alcune differenze strutturali che intercorrono tra il controllo di costituzionalità italiano ed il controllo di costituzionalità americano: innanzitutto il controllo di costituzionalità all'europea è condotto da una Corte che è ideologicamente sottratta al circuito politico perché è un organo giurisdizionale che sta fuori allo stesso circuito politico; mentre la Corte Suprema statunitense, al contrario, sta tutta dentro il circuito politico non solo nel processo di nomina presidenziale, ma anche perché la Corte Suprema è paragonabile alla nostra Corte costituzionale più la nostra Corte di Cassazione, più il nostro Consiglio di Stato, cioè esiste un accentramento di funzioni che è tutto interno all'organizzazione del potere giudiziario. Questo cambia anche il modo di criticare l'operato della Corte perché il rapporto tra la Corte stessa, le Università e i professori è diverso: poiché in Italia abbiamo le nomine parlamentari e presidenziali, la gran parte dei professori non sono così *aggressivi* come nel contesto statunitense, dove invece le chance di un professore di essere nominato sono davvero pochissime e quindi l'aggressività della dottrina è diversa.

Successivamente, il prof. Vespaziani suggerisce di seguire il corso della prof.ssa Fiorillo, *ratione personae* per la chiarezza espositiva, ma anche *ratione materiae* perché è vero che l'Europa è il continente culla della *civil law*, ma è altrettanto vero che questo sta cambiando radicalmente in quanto la nostra educazione giuridica si sta basando sempre di più sulla giurisprudenza. Quindi studiare la giurisprudenza è diventato fondamentale.

Lo stesso docente ha poi sottolineato come sia importante l'uso delle parole nello studio del diritto costituzionale. Ad esempio, incidente fa pensare qualcosa che non sarebbe dovuto accadere: questa metafora fa apprezzare l'idea di un controllo sulla legislazione che può avvenire; ma nel contesto statunitense è completamente diverso. Finché esisteva il muro di Berlino si discuteva di cultura giuridica occidentale (transatlantica), pensando che l'Europa e gli Stati Uniti fossero unite; invece la fine

dell'Oriente ha anche spaccato l'Occidente, per cui sempre di più si avverte una divaricazione tra la cultura giuridica europea-continentale e statunitense. Tocqueville sosteneva che la lotta per il diritto è uno strumento che il cittadino persegue dentro le Corti ed è proprio la rincorsa al riconoscimento giurisdizionale del diritto che è centrale nella cultura giuridica statunitense. Un'altra parola intraducibile negli Stati Uniti è laicità; la laicità è un concetto tutto francese che ispira una separazione delle istituzioni politiche dal fenomeno religioso per proteggere il fenomeno politico: un rafforzamento dello Stato e quindi una forte valenza del repubblicanesimo. Nel contesto statunitense, invece, la separazione tra Stato e religione è tutta appannaggio della religione. Ha ricordato come la prof.ssa Harris si sia più volte soffermata sulla sfiducia verso le istituzioni sul tema dei diritti che erano visti come baluardo a difesa contro il potere federale e non contro il potere statale fino al XIV emendamento con cui si assiste ad una trasformazione strutturale dei diritti in fondamentali.

Ancora sulla relazione della prof.ssa Harris, il prof. Vespaziani ha sottolineato l'importanza dell'idea dei vizi di costituzionalità. Il vizio di costituzionalità presuppone che vi sia un sacerdote perché in quella sede il ruolo sacerdotale delle Corti non va sottostimato: questo nel contesto statunitense è fortissimo perché non v'è dubbio che la Corte Suprema si assuma il ruolo di oracolo delle sacre scritture. Il linguaggio giuridico e la conseguente interpretazione è importante: gli americani chiamano *doctrine* ciò che gli italiani chiamano *indirizzo giurisprudenziale*, mentre questi ultimi intendono la prima come riflessione degli intellettuali; mentre gli americani chiamano *jurisprudence* quello che gli italiani chiamiamo per l'appunto *dottrina*: il peso attribuito alla funzione oracolare delle Corti è quello che noi attribuiamo a quello oracolare dei professori. La cultura costituzionale è, quindi, diversa e gioca un ruolo fondamentale.

Ultime tre osservazioni: una sulla difficoltà *contromaggioritaria*. Negli USA ancora ci si domanda dal punto di vista teorico come si faccia a giustificare che 9 giudici non eletti dal popolo annullino le decisioni prese dai rappresentanti del popolo sovrano. Una grande disputa teorica, anche se le ricerche empiriche mettono in luce che in realtà la Corte Suprema interviene molto raramente. Questa difficoltà *contromaggioritaria* della Corte contro le maggioranze politiche è un qualcosa molto dogmatico, perché in realtà tra la Corte Suprema e l'opinione politica esiste da sempre una certa continuità. Le Corti Supreme servono a rafforzare le opinioni della maggioranza oppure a tutelare i diritti delle minoranze? Dipende, certo, ma sul lungo periodo questa costruzione delle Corti contro le maggioranze va sempre più considerata anacronistica.

Altra questione particolarmente importante che è stata affrontata è il lato oscuro dei diritti fondamentali: una sorta di *fondamentalismo dei diritti fondamentali*; appare una diversità culturale profondissima perché nel contesto europeo il concetto di diritto fondamentale è un concetto *buono*; soprattutto per le società post autoritarie i diritti fondamentali sono una categoria dogmatica fortissima ed esistono robusti motivi storici per insistere sulla categoria dei diritti fondamentali. Al contrario, il contesto americano dimostra come non basta la retorica del diritto fondamentale per assicurare lo sviluppo del costituzionalismo e della democrazia; anzi l'aspetto perverso è che la retorica del diritto fondamentale può essere impiegata per rafforzare il dominio corporativistico delle *corporations*; gli Stati Uniti appaiono un paese fortemente democratico, ma hanno un tasso di violenza e di omicidio elevatissimo perché esiste un blocco costituzionale determinato da un diritto fondamentale e questo per noi europei è un qualcosa di fastidioso da ascoltare.

Il professore conclude ricordando una diversità strutturale: quando si leggono le sentenze della Corte costituzionale italiana, si l'opinione della Corte viene espressa con

una voce sola; al contrario, nel contesto americano esistono le opinioni concorrenti e le opinioni dissenzienti. Questo cambia lo studio del diritto: quando si studiano le decisioni di un organo collegiale in cui vengono fuori opinioni diverse, ci si abitua alla pluralità delle argomentazioni che è il fondamento dell'educazione giuridica; cosa che invece viene meno quando le Corti parlano con una voce sola come accade nel caso italiano.

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Lanfranco Ferroni

Co-direttori: Giuseppe Giliberti, Luigi Mari, Lucio Monaco.

Direttore responsabile

Valerio Varesi

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri, Franco Angeloni, Andrea Azzaro, Antonio Blanc Altemir, Alessandro Bondi, Licia Califano, Maria Aránzazu Calzada Gonzáles, Piera Campanella, Antonio Cantaro, Maria Grazia Coppetta, Francesco Paolo Casavola, Lucio De Giovanni, Laura Di Bona, Carla Faralli, Fatima Farina, Vincenzo Ferrari, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Guido Guidi, Realino Marra, Guido Maggioni, Paolo Morozzo Della Rocca, Paolo Pascucci, Paolo Polidori, Eduardo Rozo Acuña, Elisabetta Righini, Thomas Tassani, Patrick Vlacic, Umberto Vincenti.

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio, M. Paola Mittica.

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini, Chiara Lazzari, Enrico Moroni, Massimo Rubechi.

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Alberto Clini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Luca Di Majo, Alberto Fabbri, Francesca Ferroni, Valentina Fiorillo, Chiara Gabrielli, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Massimiliano Orazi, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Iliara Pretelli, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini, Desirée Teobaldelli, Matteo Timiani, Giulio Vanacore.

Cultura giuridica e diritto vivente è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
