



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2016 FASC. I
(ESTRATTO)

MICHELE PAPPONE

LA DOCTRINE DELLE POLITICAL QUESTIONS
NELL'ESPERIENZA STATUNITENSE

8 GENNAIO 2016

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Michele Pappone
La doctrine delle *political questions* nell'esperienza statunitense*

ABSTRACT: *The political question doctrine in the US experience*

The present work examines the political question doctrine in the United States. The analysis starts from the assumption that this doctrine takes cue from the separation of powers principle and goes over its history and application over the time. The Author takes into consideration several cases and, in the final part of the work, also addresses potential issues arising from the political question doctrine and related remedies.

SOMMARIO: 1. *Origini ed evoluzione della doctrine.* – 2. *Politica estera e political questions.* – 3. *Political questions e diritti fondamentali: il caso della Health Care Legislation al vaglio della Corte Suprema.* – 4. *Political questions e possibili rimedi.*

1. *Origini ed evoluzione della doctrine*

La separazione dei poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario) è una caratteristica di primaria importanza comune alla maggior parte dei paesi occidentali. Tra essi non può non menzionarsi l'ordinamento statunitense, ove la separazione dei poteri si riverbera sia a livello statale sia a livello federale. Il sistema di “*checks and balances*” (pesi e contrappesi), tipico del diritto statunitense, assicura, inoltre, l'equilibrio tra i vari poteri e, secondo quella che verrà definita la dottrina delle *political questions*, l'azione esercitata da ciascun organo viene definita “*political*” allorquando essi agiscono nel rispetto delle facoltà conferite dalla Costituzione¹.

Orbene, quando i vari organi operano all'interno delle rispettive prerogative, non vi è alcun conflitto da risolvere. La situazione muta, tuttavia, ove uno di essi intenda travalicare i propri confini, introducendosi all'interno della sfera altrui.

James Madison, al riguardo, sosteneva che ogni organo costituzionale, all'atto di esercitare il rispettivo potere attribuitogli dalla Costituzione, non doveva possedere, sia direttamente che indirettamente, alcuna “*overruling influence*”² nei confronti degli altri organi. Ai sensi del dettato costituzionale, infatti, il potere legislativo viene attribuito al Congresso, il potere esecutivo al Presidente e il potere giudiziario alla Magistratura.

Un elemento di tensione nel sistema della separazione dei poteri è rappresentato, inoltre, dal fatto che, mentre i membri del Congresso agiscono a seguito di un'investitura popolare, dando luogo così a un rapporto diretto di responsabilità tra essi e i propri elettori, al contrario i giudici – che godono di un mandato *sine die* – sono responsabili unicamente dinanzi alle loro coscienze, non dovendo rendere conto, in alcun modo, al corpo elettorale³.

In *Marbury v. Madison*⁴, il giudice Marshall, per ciò che concerne, in particolare, il potere giudiziario, affermò che “compito della Magistratura è quello di stabilire ciò che è legge”⁵, facendovi discendere l'autorità di poter sindacare o meno la costituzionalità di decisioni ascrivibili sia al potere legislativo che

* La ricerca che è alla base del presente contributo è stata svolta in parte nel quadro del programma di *stage* presso il Servizio Studi e Massimario della Corte costituzionale della Repubblica italiana ed in parte in occasione del *Visiting Research Scholar Program*, effettuato presso la Fordham Law School di New York City. Si coglie l'occasione, pertanto, per ringraziare Thomas E. Lee, docente di *Constitutional Law* presso il suddetto istituto, nonché Burt Neuborne, docente di *Civil liberties* presso la NYU School of Law, per la preziosa collaborazione offertami nell'approfondimento delle tematiche affrontate

¹ J. C. SMITH, *In re hooker: a political question doctrine game change*, 32 Miss. C. L. Rev., 2013-2014, 531.

² J. MADISON, *Federalist n. 48*, *New York Packet*, 1788.

³ C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine*, Bologna, Libreria Bonomo, 2012, 109.

⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁵ *Id.*, par. 177.

al potere esecutivo. Ciononostante, Marshall riconobbe la possibilità che un conflitto potesse sorgere tra i tre poteri, e che la risoluzione di tale conflitto andava al di là delle competenze delle Corti. Nella medesima occasione, egli classificò il tipo di “questioni”, che vanno oltre il potere di “*judicial review*”, come *political*: “le questioni politiche nella loro natura, ossia quelle che sono, ai sensi della Costituzione e delle leggi, sottoposte al potere governativo, non possono mai essere giudicate in questa Corte”⁶.

Alcuni studiosi del diritto statunitense hanno rinvenuto, così, nelle conclusioni di Marshall, l’avvento della c.d. dottrina delle *political questions*, quale dottrina derivante dal principio costituzionale della separazione dei poteri⁷.

Se da un lato, nel celebre caso *Luther v. Borden*, i giudici ribadirono il dovere per la Corte di esporre il diritto, e non di crearlo⁸, riconoscendo la non *justiciability* di quelle decisioni riservate espressamente dalla Costituzione al Congresso, e come tali insindacabili all’interno delle aule giudiziarie⁹, ben presto la stessa Corte cominciò a considerare anche argomenti esterni ai quattro angoli della Costituzione, al fine di determinare la presenza o meno di una *political question*.

*Baker v. Carr*¹⁰ rappresenta un vero e proprio punto di snodo per ciò che concerne la dottrina in esame, alla luce dei fattori che la Corte ritiene “individualmente sufficienti e collettivamente necessari” per configurare, nel corso di una controversia, la presenza di una “*non-justiciable political question*”: «a) la sussistenza di un impegno testuale che vincolasse il coordinamento di una determinata questione ad un organo politico; b) l’assenza di parametri giurisdizionali fondatamente rinvenibili; o l’impossibilità di giudicare senza una iniziale decisione di natura politica su una materia non espressamente riservata al potere giudiziario; c) il caso in cui una corte non possa decidere indipendentemente senza invadere il terreno riservato agli organi dello Stato cui quella materia è demandata per legge; d) l’indiscutibile necessità di aderire ad una decisione politica già presa; e) ovvero la possibilità che la corte non riesca a imporre la propria posizione di fronte a una questione sulla quale si siano già pronunciati, in maniera svariata e composita, diversi organi dello stato»¹¹. La Corte, tuttavia, non precisò espressamente

⁶ *Id.*, par. 170: “*The province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to enquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have a discretion. Questions, in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never made in this court*”.

⁷ Cfr. R. E. BARKOW, *More Supreme Than Court? The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy*, 102 Colum. L. Rev. 237, (2002), 249.

⁸ *Luther v. Borden*, 48 U.S. 1 (1849), ove venne chiesto alla Corte di valutare se l’ordine governativo che consentiva alla milizia statale dello Stato del *Rhode Island* di entrare nella casa del sig. Luther, al fine di eseguirne l’arresto per le sue attività cospirative, fosse nullo; il caso aveva avuto origine durante la *Dorr’s rebellion* ove i ribelli avevano preannunciato l’adozione di una nuova costituzione, nonostante la fermezza del governo in carica sul potere della carta coloniale di Carlo II d’Inghilterra: “[...] *It is the province of a court to expound the law, not to make it [...]*”.

⁹ *Id.*, par. 42: “*Under this article of the Constitution, it rests with Congress to decide what government is the established one in a State. For as the United States guarantee to each State a republican government, Congress must necessarily decide what government is established in the State before it can determine whether it is republican or not. And when the senators and representatives of a State are admitted into the councils of the Union, the authority of the government under which they are appointed, as well as its republican character, is recognized by the proper constitutional authority. And its decision is binding on every other department of the government, and could not be questioned in a judicial tribunal. It is true that the contest in this case did not last long enough to bring the matter to this issue, and, as no senators or representatives were elected under the authority of the government of which Mr. Dorr was the head, Congress was not called upon to decide the controversy. Yet the right to decide is placed there, and not in the courts*”.

¹⁰ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962). La questione prende le mosse dal ricorso del sig. Baker, residente nel Tennessee, secondo il quale, sebbene la Costituzione statale imponesse una revisione dei distretti elettorali ogni dieci anni, al fine di rispondere ad esigenze di rappresentatività della popolazione, lo stato del Tennessee non vi aveva provveduto dal 1901.

¹¹ *Id.*, par. 217: “*Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non judicial discretion; or the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision*

come tali fattori dovessero essere applicati nelle controversie future, né il relativo peso da attribuire a ciascuno di essi, sebbene, in alcune pronunce successive, sia stato sostenuto che detti fattori fossero delineati in ordine decrescente di importanza e chiarezza¹².

Nella medesima circostanza, congiuntamente ai parametri sopraenunciati, i giudici affermarono, altresì, che le “questioni di sicurezza nazionale e politica estera devono essere considerate come *political*”¹³.

Il corollario della vicenda *Baker v. Carr* risulta, quindi, essere il seguente: a) quando un organo agisce alla stregua dei poteri costituzionalmente conferitigli, le sue azioni sono da ritenersi come *political* e pertanto non giudicabili; b) al contrario, quando un organo eccede l'autorità assegnatagli dalla Costituzione, le sue operazioni saranno soggette al *judicial review* della Corte¹⁴.

Le critiche che vennero mosse al caso *Baker v. Carr* si sostanziarono soprattutto nel non aver esplicitato, la Corte, se il fondamento della dottrina delle *political questions* debba considerarsi proveniente esclusivamente dalla Costituzione, ovvero se essa trovi fondamento anche nelle considerazioni di tipo “prudenziali” circa il potere conferito all'organo giudiziario.

I principi sanciti dal “*leading case*” *Baker v. Carr* vennero, ad ogni modo, ripresi anche all'interno della vicenda *Nixon v. United States*¹⁵ del 1993. Nel caso di specie, la Corte, con una decisione resa all'unanimità, nel definire quando una controversia possa definirsi come *political question*, richiamò ancora una volta il concetto secondo cui “*l'assenza di parametri giurisdizionali dovrebbe rafforzare la conclusione che ivi si tratta di un impegno testuale che necessita il coordinamento di una determinata questione ad un organo politico*”¹⁶.

La Corte, nel corso delle sue successive pronunce, inoltre, si premurò di precisare che la presenza di questioni costituzionali con significative implicazioni politiche non comportava necessariamente la sussistenza di una *political question*¹⁷.

Ad ogni modo, si possono attualmente individuare almeno tre diverse tesi volte a definire i contenuti e i confini della dottrina in commento¹⁸.

Una prima posizione, che definiremo “classica”, sostiene che i giudici avrebbero il compito di giudicare tutte quelle questioni ad essi spettanti, quali l'interpretazione della carta costituzionale, non

already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question”.

¹² *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267, (2004), (Scalia J., *opinion*).

¹³ *Baker v. Carr.*, par. 211-214. In questo senso, v. anche *Japan Whaling Ass'n v. Cetacean Soc'y*, 478 U.S. 221 (1986), secondo la quale le “*political questions*” non giudicabili sono quelle controversie che ruotano intorno a scelte e valutazioni politiche, costituzionalmente assegnate per la loro risoluzione al Congresso o al potere Esecutivo, tra cui gli affari di politica estera; *Aktepe v. United States*, 105 F.3d 1400 (11th Cir. 1997), dove l'Undicesima circoscrizione federale respinse il caso definendolo come “*political question*” non giudicabile, in quanto la controversia concerneva relazioni estere ed avrebbe così comportato l'ingresso del potere giudiziario all'interno di scelte politiche di tipo discrezionali in ambito militare.

¹⁴ J. C. SMITH, *op. cit.*, 2013-2014, 538.

¹⁵ *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993). La vicenda vide coinvolto l'allora *Chief Judge* Walter L. Nixon, della Corte Federale del Distretto meridionale del Mississippi, accusato di falsa testimonianza dinanzi al *grand jury*. Il 10 maggio 1989, a seguito dei fatti sopradescritti, il Senato avviò un procedimento d'*impeachment* nei confronti di Nixon, e, richiamando la *Rule XI* concernente la procedura d'*impeachment*, nominò un apposito comitato di senatori per raccogliere le prove ed assumere le eventuali testimonianze a carico di Nixon. Questi, invero, ritenendo che la regola del Senato fosse costituzionalmente illegittima perché in contrasto con l'art. I, § 3, cl. 6 della Costituzione, richiese l'intervento della Corte Suprema. I giudici della Corte Suprema, pur concordando con Nixon nel ritenere che tale organo possiede il potere di “*judicial review*” nei confronti delle azioni legislative e di quelle governative qualora eccedano i limiti sanciti dalla Costituzione, nel caso di specie statuirono che non vi era alcun limite testualmente individuabile circa l'autorità conferita al Senato.

¹⁶ *Id.*, par. 228-29.

¹⁷ *Immigration & Naturalization Serv. v. Chadha*, 462 U.S. 919, 942-43 (1983).

¹⁸ In tal senso, F. SCHARPF, *Judicial review and the political question: a functional analysis*, 75 *Yale L.J.* 517, 1966, 517 ss.; L.H. TRIBE, *American constitutional law*, Volume I (Foundation 3d) ed. 2000, 96.

potendosi eludere tale compito in virtù di mere ragioni prudenziali. Ci si troverebbe, dunque, dinanzi ad una *political question* ogniqualvolta la Costituzione conferisce il potere di risolvere e interpretare una data questione ad un altro organo dell'ordinamento, diverso dalla Corte Suprema¹⁹.

Secondo altro orientamento, definito “prudenziale”, il fondamento della dottrina della *political question* risiederebbe nei seguenti fattori: il senso di incapacità della Corte nel risolvere una data controversia, unitamente alla singolarità della medesima; la sua rilevanza, tale da condurre ad un giudizio sbilanciato; la preoccupazione, per la Corte, non tanto che il giudizio sarà ignorato, ma che, pur dovendo esserlo, non lo sarà; il senso di insicurezza di una istituzione – la Corte – che non è direttamente responsabile nei confronti dell'elettorato²⁰.

Un'altra tesi, infine, definita come “*functional view*”, sostiene che si possa parlare di *political question* quando una questione sia ritenuta carente delle informazioni necessarie ovvero quando sia tale da condurre il giudice, nella definizione nel merito, a ostacolare l'attività di altri poteri²¹.

Non è mancata, tuttavia, l'opinione di coloro che si sono interrogati circa l'effettiva necessità di individuare una dottrina delle *political questions* all'interno di un ordinamento democratico come quello statunitense²². Secondo tale orientamento, infatti, i casi in cui si è ritenuta sussistente una dottrina delle *political questions* non hanno mai significato una totale astensione dal potere di *judicial review*. Al contrario, i giudici hanno utilizzato il termine *political question* solo per rispetto nei confronti del potere politico: in altre parole, dopo aver esercitato il potere di *judicial review*, la Corte rifiuterebbe di invalidare l'atto impugnato soltanto perché esso rientra nell'autorità costituzionalmente attribuita al Presidente o al Congresso.

2. *Politica estera e political questions*

Un dato che accomuna comunque le varie posizioni sulla dottrina *de qua* può essere individuato nel fatto che, quando si discorre di *political question*, non necessariamente la questione, sulla quale la Corte è chiamata a pronunciarsi, deve avere natura politica in senso stretto²³.

Ciononostante, è possibile constatare che, recentemente, le Corti federali hanno utilizzato sempre più spesso la dottrina delle *political questions*, non già come un espediente utile per evitare conflitti con il Congresso o con il Presidente, bensì come una facile scappatoia dinanzi a questioni particolarmente spinose per le corti medesime, come quelle implicanti la politica estera e la sicurezza nazionale²⁴.

Alcune Corti inferiori, difatti, hanno ritenuto, per esempio, che la discrezionalità delle decisioni in materia militare sono testualmente conferite agli organi politici, e il potere giudiziario non ha alcun parametro giuridico per sindacarle. Significativo è il caso di una Corte distrettuale del *D.C. Circuit*, la quale ha respinto un'azione contro l'operazione degli Stati Uniti denominata “*kill lists*”, ritenendo

¹⁹ Così H. WECHSLER, *Principles, Politics and Fundamental Law*, Harvard University Press, 1961, 11-14; in tal senso anche M.F. WESTON, *Political Questions*, 38 Harvard Law Review 296, 1925.

²⁰ Così A. M. BICKEL, *The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill, 1962, 125-126.

²¹ F. SCHARPF, *op. cit.*, 566-582.

²² L. HENKIN, *Is there a “Political Question” doctrine?*, 85 Yale L. J. 597, 1976, 2.

²³ *Baker v. Carr*, par. 186 – 210: “[...] *Of course the mere fact that the suit seeks protection of a political right does not mean it presents a political question [...]*”.

²⁴ Cfr. J. L. GOLDSMITH, *The new formalism in United States Foreign Relations Law*, 70 U. Colo. L. Rev. 1395, 1999, 1402-03; H.L. PEREZ-MONTES, *Note, Justiciability in Modern War Zones: Is the political question doctrine a viable bar to tort claims against private military contractors?*, 83 Tul. L. Rev. 219, 2008, 233.

quest'ultima come una *political question*²⁵. La Corte, orbene, ha nella specie sostenuto che esaminare nel merito la decisione del Presidente circa l'avvio di un'azione nei confronti di un bersaglio straniero avrebbe comportato la necessità di sindacare gli *standards* che sottostanno alle valutazioni discrezionali del Presidente. Non vi sono, quindi, parametri giuridici, per la Corte, idonei a sindacare le valutazioni del Presidente nei confronti dell'*intelligence* militare e, di conseguenza, non potrà mai essere giudicata la sua decisione di impiegare la forza militare sulla scorta di detta *intelligence*.

A simili conclusioni si è giunti, altresì, nel caso *El-Shifa v. United States*²⁶, in cui la D.C. *Court of Appeals* ha chiarito che, almeno nei casi riguardanti la sicurezza nazionale e le relazioni esterne, la presenza di una *political question* non proviene tanto dalla natura del comportamento posto in essere dal governo, bensì dalla questione sulla quale il ricorrente pone l'attenzione nella controversia²⁷. In ragione di ciò, la Corte ha distinto tra “azioni che impongono di decidere se la scelta di intraprendere operazioni militari sia o meno saggia”, e “azioni puramente legali, ossia quando il governo ha avuto una base giuridica per agire”²⁸. Le prime, specifica la Corte, sono determinazioni attribuite agli organi politici e i tribunali non sono luoghi per valutare la saggezza di decisioni discrezionali adottate nel campo della politica estera o della sicurezza nazionale²⁹. Le seconde, invece, basandosi su basi giuridiche, ben potranno essere valutate giudizialmente dalla magistratura.

Un recente caso di politica estera, portato all'attenzione della Corte Suprema, *Zivotofsky v. Clinton*³⁰, ha segnato il ritorno della c.d. teoria “classica” all'interno della dottrina delle *political questions*.

La questione sollevata concerneva, in particolare, uno *Statute* del Congresso³¹, con il quale veniva attribuito al Segretario di Stato, su richiesta dell'interessato, il compito di registrare, come luogo di nascita sul passaporto, lo stato di Israele per i cittadini americani nati nella città di Gerusalemme. Pochi mesi dopo l'entrata in vigore del suddetto *Statute*, Menachem Binyamin Zivotofsky era nato a Gerusalemme da due cittadini americani, e sua madre aveva presentato una richiesta, per conto del figlio, al fine di ottenere, come luogo di nascita sul passaporto di quest'ultimo, la dicitura “Gerusalemme, Israele”. Tuttavia l'amministrazione statale si era opposta a detta richiesta, in conformità alla politica di non assumere posizioni circa l'appartenenza di Gerusalemme allo stato di Israele, informando la Sig.ra Zivotofsky che avrebbe potuto registrare sul passaporto solo “Gerusalemme”, e non anche “Israele”³².

Il caso era giunto dinanzi alla *District Court* per il D.C., la quale aveva rigettato la questione ritenendola non giudicabile, per effetto della presenza di una “*political question*”. La *Court of Appeals* per il D.C. *Cir.*, a sua volta, aveva confermato la decisione, richiamando i parametri enunciati nel caso

²⁵ *Al-Aulaqui v. Obama*, 727 F. Supp. 2nd 1, 52 (D.D.C. 2010), ove il padre del Sig. Anwar Al-Aulaqi, quest'ultimo incluso nella “*kill list*” del governo – aveva avviato una procedura giudiziaria finalizzata sia ad accertare se gli Stati Uniti possono selezionare determinati individui per “uccisioni mirate”, sia ad impedire qualunque azione in tal senso nei confronti di Anwar Al-Aulaqi.

²⁶ *El-Shifa Pharmaceutical Industries Co. v. United State*, 607 F.3d 836, 844 (D.C. Cir. 2010). In risposta all'attentato terroristico, nel 1998, presso le ambasciate degli Stati Uniti in Kenya e Tanzania, il presidente Clinton aveva ordinato alcuni attacchi aerei contro due bersagli, tra cui una fabbrica in Sudan ritenuta essere associata con i terroristi nella produzione di materiali per armi chimiche. I proprietari dello stabilimento avevano intentato un'azione contro gli Stati Uniti lamentando sia la violazione della “*the law of nations*” per effetto della distruzione dei loro impianti, sia il carattere diffamatorio delle dichiarazioni rese dai funzionari del governo nei loro confronti.

²⁷ *Id.*, par. 842.

²⁸ *Id.*, par. 842.

²⁹ *Id.*, par. 843.

³⁰ *Zivotofsky v. Clinton*, 132 S. Ct. 1421, 1425 (2012).

³¹ *The Foreign Relations Authorization Act for the Fiscal Year 2003*, Pub. L. No. 107-228, 116 Stat. 1350 (2002).

³² *Zivotofsky v. Sec'y of State*, 571 F.3rd 1227, 1228, 1229 (D.C. Cir. 2009).

*Baker v. Carr*³³, ed in particolare la presenza di una prerogativa espressamente conferita dalla Costituzione ad uno degli organi politici³⁴.

La Corte Suprema, nell'*opinion* del *Chief Justice* Roberts, ha stabilito, al contrario, che il caso prospettato non presentava una *non-judicable political question*. Roberts ha qualificato la dottrina delle *political questions* come un'eccezione stretta alla regola generale secondo la quale il potere giudiziario ha il dovere di decidere i casi debitamente portati alla sua attenzione³⁵. Secondo il Collegio, dunque, la D.C. *Circuit* avrebbe confuso una questione meramente politica, riservata come tale agli organi preposti – relativa al fatto se Gerusalemme fosse o meno la capitale di Israele – con la relativa questione giuridica sottostante – ossia se Zivotofsky potesse azionare il suo diritto per ottenere la dicitura “Israele” sul suo passaporto³⁶. Decidere detta controversia comporterebbe nient'altro che una valutazione se lo *Statute* incide “*unconstitutionally*” sul potere degli affari esteri spettanti al Presidente, e di conseguenza, se il diritto individuale conferito può essere rivendicato³⁷. Siccome le Corti inferiori non avevano adempiuto a tale valutazione, la Corte ha rinviato il caso alla D.C. *Circuit*³⁸.

È opportuno precisare, comunque, che con questa decisione la Corte non ha affermato categoricamente che un ricorso avente ad oggetto uno *Statute* non possa presentare a sua volta una *political question*. In ragione di ciò, i giudici Sotomayor e Alito hanno ritenuto di dovere redigere le rispettive *concurring opinions*, chiarendo che “sindacare la costituzionalità di un atto del Congresso ben può comportare in alcuni casi la presenza di una *political question*”³⁹, e che “non è impossibile immaginare un caso riguardante l'applicazione o la legittimità di un atto, tale da implicare una questione non giudicabile”⁴⁰.

3. Political questions e diritti fondamentali: il caso della Health Care Legislation al vaglio della Corte Suprema

La dottrina delle *political questions* si inserisce, inevitabilmente, anche nell'ambito del rapporto con la tutela dei diritti fondamentali. Una dimostrazione in tal senso è senza dubbio rinvenibile negli effetti derivanti dall'approvazione della riforma del sistema di assistenza sanitaria da parte dell'amministrazione Obama nel 2010⁴¹, con la quale si è aperto il dibattito circa l'applicabilità della teoria della *political question* anche in relazione alle scelte politiche che incidono sia su prerogative statali, sia sulle garanzie costituzionali, nonché sui diritti fondamentali dei cittadini. L'oggetto di maggior dibattito è risultato, in particolare, l'*individual mandate*, ossia l'obbligo di dotarsi, entro l'anno 2014, di una polizza assicurativa sanitaria, pena l'applicazione di una sanzione pecuniaria.

³³ V. *supra*.

³⁴ *Zivotofsky v. Sec'y of State*, 571 F.3rd 1227, 1230 (D.C. Cir. 2009).

³⁵ *Zivotofsky v. Clinton*, 132 S. Ct. 1427 (2012).

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*, par. 1427-28.

³⁸ Qualche anno successivo, la *Court of Appeals*, nel decidere nuovamente nel merito la questione, ha dichiarato lo *Statute* illegittimo: *Zivotofsky ex. rel. Zivotofsky v. Sec'y of State*, No. 07-5347, 2013, WL 3799663 (D.C. Cir. 23 luglio 2013). Si veda, *ex plurimis*, J. GOLDSMITH, *Quick Reaction to CADAC's analysis in Zivotofsky*, Lawfare, 24 luglio 2013, all'indirizzo telematico www.lawfareblog.com

³⁹ *Zivotofsky v. Clinton*, 132 S. Ct. par. 1436 (Alito, J., *concurring*).

⁴⁰ *Id.*, par. 1435 (Sotomayor, J., *concurring*).

⁴¹ *Patient Protection and Affordable Care Act (ACA)*, Pub. L. no. 111-148, 124 Stat. 119, successivamente modificato, nel 2010, con l'Health Care and Education Reconciliation Act, Pub. L. no. 111-152, 124 Stat. 1029. Tale riforma estende la copertura sanitaria a circa 32 milioni di cittadini statunitensi, rafforza i programmi di assistenza del governo nei confronti delle classi più povere, ed allo stesso tempo aumenta l'imposizione fiscale per le classi più ricche.

Prima dell'intervento della Corte Suprema, è bene evidenziare che già alcune Corti federali avevano mostrato una certa fermezza nel dichiarare incostituzionali tutte quelle disposizioni atte a obbligare la stipula di un'assicurazione; altre Corti, al contrario, in virtù dell'applicazione della dottrina della *political question*, si sottraevano a qualunque sindacato di costituzionalità, rigettandone le rispettive istanze.

La Corte Suprema⁴², a seguito del ricorso presentato dalla Corte federale di Atlanta, con una votazione finale di 5 contro 4, ha ritenuto l'*individual mandate* compatibile con la Costituzione, confermando, altresì, che il Governo di Washington aveva il potere costituzionale di risolvere i problemi «di carattere nazionale». A sostegno di tale assunto, è stata addotta la considerazione che il *taxing and spending review* deve essere esercitato nel rispetto della Costituzione⁴³, al fine di raggiungere l'obiettivo di "*general welfare*", ma esso può anche incidere su materie non espressamente incluse nel catalogo dei poteri enumerati: nel caso di specie, il Congresso, pur non avendo il potere di imporre l'acquisto di un'assicurazione sanitaria, poteva comunque imporre un tributo sulla medesima materia⁴⁴.

Riservando ad altra sede le conseguenze *strictu sensu* politiche della decisione, può affermarsi che, dal punto di vista giuridico, essa rappresenta sicuramente un passo importante nella storia della riforma sanitaria statunitense, atteso che la Corte ha optato per il superamento dell'estrema intrinseca politicità della questione, per giungere ad un difficile bilanciamento fra diritti fondamentali e articolazione costituzionale delle competenze politiche.

4. Political questions e possibili rimedi

Nonostante i limiti espressamente o implicitamente previsti dalla Costituzione (quali il potere di *judicial review*), deve evidenziarsi che talvolta, per effetto della dottrina delle *political questions*, detti limiti non appaiono sufficienti per contrastare quei comportamenti tenuti dagli organi politici che si presumono lesivi delle prerogative costituzionali⁴⁵.

Secondo l'opinione dei sostenitori della dottrina della *political question*, qualora una disposizione costituzionale non sia suscettibile di applicazione giudiziaria, essa potrà comunque essere suscettibile di esser fatta valere in sede elettorale: si ritiene, in particolare, che gli elettori, laddove non abbiano un rimedio giudiziario per lamentare una violazione costituzionale, in virtù della *political question*, potranno comunque ottenere tutela attraverso il ritorno alle urne, rimuovendo gli organi politici dai rispettivi uffici⁴⁶. Rachel Barkow ha rilevato che, nel caso in cui il Congresso dovesse promulgare un provvedimento in contrasto con la Costituzione, un siffatto rimedio volto a destituire un suo membro o il suo Presidente potrà assicurare sia le libertà dei cittadini sia, soprattutto, il controllo sul potere degli organi politici medesimi⁴⁷.

Similarmente la Corte Suprema si è pronunciata nel caso *United States v. Richardson*⁴⁸, ove ha respinto le conclusioni del ricorrente, il quale sosteneva che lo "*Statement and Account Clause*" della Costituzione comportava la pubblicazione del bilancio dell'agenzia centrale di *Intelligence*. Sebbene la

⁴² *The National Federation of Independent Business (NFIB) v. Sebelius*, 567 U.S. (2012).

⁴³ [Art. I, sec. VIII, cl. 1, Constitution](#).

⁴⁴ *NFIB v. Sebelius*, *cit.*, 16-27 (Roberts, J., *opinion*).

⁴⁵ J. R. SIEGEL, *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of United States*, edited by Nada Mourta-Sabbah and Bruce E. Cain, Lanham, MD: Lexington Books, 2007, 243.

⁴⁶ A. BICKEL, *The least dangerous branch: the Supreme court at the bar of politics*, 1962, 3.

⁴⁷ R. BARKOW, *op. cit.*, 327.

⁴⁸ *United States v. Richardson*, 418 U.S. 166 (1974). La disposizione costituzionale di cui Art. I, § 9, cl. 7, prevede che "a regular Statement and Account of the Receipts and Expenditures of all public Money shall be published from time to time". Richardson, un contribuente statunitense, sostenne che il Congresso avesse violato la disposizione, disponendo che le spese della agenzia centrale di *intelligence* non necessitavano di essere pubblicate.

Corte abbia rigettato la questione affermando che il ricorrente era privo del requisito di “*standing to sue*” nel procedimento, la vicenda si presenta di interesse, giacché, nel caso di specie, i giudici hanno espressamente suggerito al ricorrente, nonostante la privazione dello strumento giudiziario, di avvalersi del rimedio elettorale al fine di invocare l’asserita violazione costituzionale: “*The Constitution created a representative Government, with the representatives directly responsible to their constituents at stated periods of two, four, and six years; that the Constitution does not afford a judicial remedy does not, of course, completely disable the citizen who is not satisfied with the “ground rules” established by the Congress for reporting expenditures of the Executive Branch. Lack of standing within the narrow confines of Art. III jurisdiction does not impair the right to assert his views in the political forum or at the polls. Slow, cumbersome, and unresponsive though the traditional electoral process may be thought at times, our system provides for changing members of the political branches when dissatisfied citizens convince a sufficient number of their fellow electors that elected representatives are delinquent in performing duties committed to them*”⁴⁹.

Altre Corti hanno seguito tale suggerimento, come nel caso *Morgan v. United States*, ove la D.C. Circuit ha richiamato l’orientamento anzidetto affermando che “un considerevole grado di responsabilità è sempre salvaguardato dalle elezioni popolari”⁵⁰.

Un siffatto orientamento, tuttavia, non pare tenere adeguatamente conto delle differenze fondamentali che intercorrono tra il rimedio giudiziale e quello elettorale⁵¹.

In primo luogo, il rimedio giudiziale è un rimedio specifico e focalizzato: un ricorrente decide di adire il giudice per una specifica richiesta o per un diritto particolare, e il rimedio giudiziale prevede un procedimento *ad hoc* per la risoluzione del caso proposto. Il rimedio elettorale, invece, non è mai incentrato su una specifica questione, in quanto le elezioni del Congresso e del Presidente non possono mai essere considerate alla stregua di un referendum abrogativo.

Ulteriore aspetto di differenziazione risiede nel fatto che il processo elettorale non opera all’interno di un sistema di precedenti. Siccome le elezioni sono imperscrutabili, esse non potranno imporre precedenti vincolanti per le successive elezioni. Inoltre, ogni elezione si caratterizza per nuovi candidati e nuove questioni. Pur ipotizzando, in qualche modo, che gli elettori riescano a rimuovere alcuni membri del Congresso dai rispettivi seggi per comportamenti contrari alla costituzione, nulla garantisce un risultato simile anche in futuro. Gli organi politici, difatti, ben potranno reiterare il comportamento precedentemente censurato, in modo da richiedere un nuovo intervento da parte del corpo elettorale. Legittimamente si potrebbe obiettare che, poiché le corti possono esercitare il potere di “*overruling*” sulle precedenti decisioni, il rimedio giudiziario ugualmente non possa risolvere, in maniera assoluta, le questioni *de quibus*. Tuttavia deve evidenziarsi, ancora una volta, che il ruolo del precedente è abbastanza differente all’interno dei due rimedi. Il presidente o un membro del Congresso, contemplando provvedimenti ritenuti, in passato, come incostituzionali da parte dei giudici, avranno sicuramente una minore aspettativa circa il successo dell’azione da compiere. Per quanto concerne, invece, le azioni che sollevano questioni costituzionali di per sé non giudicabili, e che in passato hanno comportato una sconfitta elettorale, esse non precluderanno ad alcun esponente della classe politica di ipotizzare, in futuro, un ripensamento degli elettori, e che provvedimenti analoghi potrebbero essere non più censurati da questi ultimi.

Secondo altra tesi, invece, al fine di superare i problemi correlati allo strumento del rimedio elettorale, occorre far riferimento al rimedio legislativo⁵². Esso, infatti, si differenzerebbe dal primo circa la

⁴⁹ *Id.*, par. 179.

⁵⁰ *Morgan v. United States*, 801 F.2nd 445, 450 (D.C. Cir. 1986). V, *ex plurimis*, *Schroder v. Bush*, 263 F.3rd 1169, 1171 (10th Cir. 2001); *Smith v. Regan*, 844 F.2nd 195, 200 (4th Cir. 1988); *Flynn v. Schultz*, 748 F.2nd 1186 (7th Cir. 1984).

⁵¹ In questo senso, J. R. SIEGEL, *op. cit.*, 258.

⁵² *Id.*, par. 263.

possibilità di condurre determinate questioni sensibili ad una votazione, all'interno del Congresso, di tipo "up-or-down"⁵³. Tuttavia anche il ricorso al rimedio legislativo condivide alcuni problemi già sorti in relazione al rimedio elettorale, aggiungendone uno ulteriore: mentre il ricorso elettorale, così come il ricorso giudiziario, sono strumenti dotati di una certa esecutività, nel senso di ottenere determinati risultati – la proclamazione degli eletti nel primo caso, una decisione di accoglimento o rigetto da parte del giudice nel secondo caso – il rimedio legislativo, al contrario, non prevede alcuna azione diretta da parte dei cittadini che possa obbligare il Congresso a portare una determinata questione alla sua approvazione. Se è vero che una corte, investita legittimamente di una determinata questione avente ad oggetto la legittimità costituzionale di uno *statute*, ha comunque l'obbligo di decidere quella data controversia, non altrettanto può dirsi con riferimento all'organo legislativo, il quale ben potrebbe ignorare l'eventuale richiesta di modificare un atto normativo ritenuto incostituzionale⁵⁴.

Per tali ragioni, quindi, tanto il ricorso elettorale tanto quello legislativo non possono essere considerati strumenti finali di risoluzione delle violazioni costituzionali, in quanto incapaci di provvedere a riparazioni a lungo termine, alla stregua del rimedio giudiziario.

La dottrina delle "*political questions*" appare dunque, ancora oggi, uno tra gli aspetti più delicati di tutto il diritto costituzionale statunitense, per l'incidenza che essa può avere sull'effettiva garanzia della Costituzione⁵⁵.

⁵³ Con tale espressione si fa riferimento all'ipotesi in cui si lascia alle Camere solo l'opzione di rigettare o approvare una particolare questione, senza poterla emendare.

⁵⁴ Cfr. L. D. KRAMER, *The Supreme Court, 2000 Term, Foreword: We the Court*, 115 Harv. L. Rev. 1, 2001, 27.

⁵⁵ L. M. SEIDMAN, *The Secret life of the Political Question Doctrine*, 37 J. Marshall L. Rev., 2004, 443. In questo senso v. anche R. F. NAGEL, *Political Lawm Legalistic Politics: a Recent History of the Political Question Doctrine*, 56 U. Chi. L. Rev., 1989, 643, laddove afferma che "la dottrina delle *political questions*, spesso criticata e screditata, mantiene pur sempre una certa presa sulla giurisprudenza. Ne consegue che dopo circa duecento anni di crescita e consolidamento, il sistema giudiziario della nazione appare come un imponente edificio costruito sopra una falla che sembra contenuta, ma che non va mai via".