

18 NOVEMBRE 2020

L'affaire “dikastocracy” nei Paesi Bassi:
un test per gli equilibri istituzionali del
Paese

di Paola Pannia

Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato
Università degli Studi di Firenze

L'affaire “dikastocracy” nei Paesi Bassi: un test per gli equilibri istituzionali del Paese*

di Paola Pannia

Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato
Università degli Studi di Firenze

Abstract [It]: Nei primi mesi del 2020, il dibattito pubblico nei Paesi Bassi è stato animato da un termine ricorrente: “dikastocracy” (ovvero “governo dei giudici”). Questo articolo si propone di rispondere alla domanda seguente: il potere dei giudici olandesi è effettivamente esondato dalle prerogative stabilite dalla Costituzione, minacciando la “rule of law”? A tal fine, si analizzeranno le sentenze che hanno generato il dibattito sulla “dikastocrazia” nei Paesi Bassi nonché i delicati equilibri istituzionali del paese, caratterizzato da un peculiare sistema di *judicial review*. La tesi che sarà avanzata all’esito dell’analisi è la seguente: dietro l’“affaire dikastocracy” non vi è tanto un iperattivismo dei giudici olandesi, ma la mancanza di una legittimazione forte dei giudici di fronte al corpo sociale e agli organismi politici, un cortocircuito dialogico tra istituzioni e società.

Abstract [En]: At the beginning of 2020, in the Netherlands, a recurrent expression emerged within the public debate: “dikastocracy” (i.e. “government of judges”). A question arises: is the Netherlands facing a “government of judges” threatening the “rule of law”? This article aims to respond to this question by analysing both the three decisions of the Courts which triggered the debate as well as the institutional context of the country, where a peculiar system of judicial review is in place. Having found no evidence of judicial activism in the Netherlands, a different hypothesis is then advanced: a democratic short-circuit exists behind the “dikastocracy affair” between society and institutions, with Dutch judges lacking a strong legitimacy *vis-à-vis* the society and other political actors.

Sommario: 1. Il dibattito sulla “Dikastocrazia” (nei Paesi Bassi e non solo): le ragioni, le radici e i contesti. 2. Il potere dei giudici e i suoi limiti: corsi, ricorsi e revival di un’antica querelle dagli incerti confini concettuali. 3. I casi “sotto accusa”. 3.1. Il rimpatrio dei bambini delle foreign fighters. 3.2. La ‘Direttiva Habitats’ e l’obbligo di conservazione dei siti naturali. 3.3. Il caso Urgenda e le responsabilità dello stato olandese rispetto al “climate change”. 4. Gli equilibri costituzionali nei Paesi Bassi: quale ruolo per i giudici? 4.1. Il primato del Parlamento. 4.2. L’ “internazionalismo” dei Paesi Bassi. 4.3. L’organizzazione della giustizia. 4.4. La politica delle coalizioni. 4.5. L’ampio ricorso alla “strategic litigation”. 5. “Dikastocrazia”, “dikastofobia”? Il cortocircuito dialogico fra istituzioni e società nei Paesi Bassi.

1. Il dibattito sulla “Dikastocrazia” (nei Paesi Bassi e non solo): le ragioni, le radici e i contesti

Nei primi mesi del 2020, un hashtag è stato twittato e ritwittato con incredibile frequenza da politici e accademici olandesi. Il termine, che ha dominato per qualche mese il dibattito pubblico del paese, complici i ritmi serrati e la capacità pervasiva dei social, è un termine roboante, dall’etimologia – e dalla genetica – antiche: “dikastocracy”.

*Articolo sottoposto a referaggio. Desidero ringraziare la prof. Barbara Oomen: dalle conversazioni con lei, fitte e nutrienti, nella stimolante cornice del Roosevelt University College, a Middelburg, è nata l’idea di questo articolo. Le sono grata anche per la generosità con cui mi ha fornito dati e informazioni utili a sviluppare lo studio. Sono debitrice inoltre nei confronti della prof.ssa Ginevra Cerrina Feroni, del prof. Giuseppe Martinico, del dott. Renato Ibrido e dei referees per i loro commenti puntuali e attenti. Desidero infine ringraziare i dott. Stefano Malpassi, Matteo Giannelli e Diego Mauri per le proficue e avvincenti conversazioni sul tema.

Cosa si intende con questo lemma? Da dove proviene? E quali sono le ragioni che hanno portato alla sua restaurazione? Nel discorso politico che ad esso si accompagna nei Paesi Bassi, e che ha posto la questione tra le priorità dell'agenda politica nazionale, il termine starebbe a designare “il governo dei giudici”, ovvero una gestione del potere, da parte del giudiziario, incompatibile con la “rule of law”; i giudici – si afferma – starebbero progressivamente, ma inesorabilmente, scalzando gli altri centri di potere, e in special modo il Parlamento, minacciando pericolosamente la democrazia. A lanciare questo appello è Thierry Baudet, leader del partito di destra Forum for Democracy (FvD), che nel dicembre 2019 utilizza questa espressione – assieme all'espressione “Dika-democracy” – con riferimento a tre decisioni assunte dalle Corti olandesi, su temi politicamente sensibili¹: due decisioni che impongono allo stato di intraprendere misure adeguate per la riduzione di emissioni di gas ad effetto serra e di azoto, e la decisione che ha stabilito il rimpatrio dei figli olandesi delle foreign fighters² che si sono unite all'IS e che sono attualmente detenute nelle prigioni siriane. La questione attrae sempre maggiore attenzione, finché, nel marzo 2020, non si arriva ad un'audizione parlamentare, in cui esperti internazionali, accademici, *think tank* ed esponenti della magistratura vengono invitati ad esprimere la loro opinione rispetto al pressante interrogativo che dà il nome all'evento: “Dikastocratie?”³.

Questo studio intende analizzare le logiche che stanno alla base del dibattito menzionato, per comprendere come sono state confezionate e qual è il contesto politico, giuridico e culturale che le ha generate. L'obiettivo è verificare se la minaccia paventata è fondata o meno: la società olandese è davvero di fronte ad un governo dei giudici? A tal fine, dopo aver analizzato le decisioni giudiziali “sotto accusa”, prima menzionate, si approfondiranno contenuti e limiti del potere assegnato ai giudici dalla costituzione dei Paesi Bassi, nonché le modalità con cui i giudici olandesi tradizionalmente interpretano il proprio ruolo. Il dibattito sarà quindi iscritto all'interno della cornice dei delicati equilibri istituzionali che caratterizzano il paese, dando spazio non solo al quadro dei principi e delle regole costituzionali, ma anche a come questi vengano concretamente applicati e concepiti nella prassi e nella

¹ Thierry Baudet fa riferimento ad una serie di casi in cui si sarebbe verificato un lento processo di appropriazione di potere da parte del giudiziario. La prof. Barbara Oomen, in una corrispondenza del 12 maggio 2020, dà conto inoltre di un uso più risalente del termine: nel 1974 un esponente del partito radicale (il PPR), il parlamentare Jurgens, esprime la propria perplessità rispetto alla costituzione e manifestò il rischio di una “dikastocratie”, di un governo dei giudici: “If the judge decides what is in the constitution to thereby invalidate decisions made by parliament, this seems too big and heavy a task for the judiciary, that is not equipped for this”, citando il Parliamentary proceedings, Special Commission Constitution – Electoral Law, 9181, 9 dicembre 1974, p. 384. Cfr.

² La definizione di “foreign fighters” che qui si assume è quella utilizzata dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite nella risoluzione 2178 (2014): ““who travel or attempt to travel to a State other than their States of residence or nationality, and other individuals who travel or attempt to travel from their territories to a State other than their States of residence or nationality, for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts, or the providing or receiving of terrorist training” (par. 6 a).

³ Il dibattito, in olandese, può essere visto alla seguente pagina web: <https://debatgemist.tweedekamer.nl/debatten/dikastocratie>; mentre l'agenda dell'audizione tenutasi il 9 marzo 2020 e i position paper presentati dagli esperti invitati sono disponibili qui: https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2020A00508.

cultura giuridica del paese. Saranno illustrati alcuni aspetti salienti idonei a spiegare il trend di accentuato intervento giudiziale nel Paese: il tradizionale primato del Parlamento e l'assenza di un sistema di *constitutional judicial review*, il monismo nei rapporti tra diritto domestico e diritto internazionale, ma anche la tradizionale "politica delle coalizioni" che caratterizza il paese. Saranno descritti i caratteri principali del sistema giudiziario e l'ampio e diffuso ricorso all'istituto della *class action*. Al termine di questa ricognizione, tuttavia, l'ipotesi che sarà avanzata intende demistificare l'idea di un governo dei giudici nei Paesi Bassi. Dietro l'"affaire dikastocracy" non vi è tanto un iperattivismo dei giudici olandesi, o la noncuranza delle regole costituzionali che disciplinano le loro prerogative. La chiave interpretativa che qui si propone, piuttosto, mira a valorizzare, tra gli altri, il seguente profilo: la mancanza di una legittimazione forte dei giudici di fronte al corpo sociale e agli organismi politici, un cortocircuito dialogico in atto tra istituzioni e società. Alla base di questa crisi relazionale vi sono fattori interni all'organizzazione giudiziaria, e fattori esterni, quali il trascurabile peso, simbolico e giuridico, della Costituzione del Regno dei Paesi Bassi e della cultura costruita attorno ad essa.

Prima di procedere con lo schema illustrato, conviene fare un po' di luce sul termine "dicastocrazia" e sull'ambiguità semantica che lo caratterizza. Le questioni del "governo dei giudici", dei loro poteri, dei limiti di questi poteri e di come siano stati interpretati e gestiti, sono tutt'altro che inedite nella storia della grammatica costituzionale, e vengono, anzi, periodicamente riprese dai parlamentari così come dagli studiosi, in Olanda e ben oltre i suoi confini. La letteratura giuridica in proposito è sterminata⁴. Tuttavia, ricostruirla non è l'obiettivo di questo scritto, che si propone piuttosto di approfondire le radici di questa espressione, di comprendere quali interrogativi, quali preoccupazioni, quali contesti l'abbiano, di volta in volta, prodotta e coltivata, contribuendo a riesumarla e tenerla viva, tanto nel discorso politico quanto in quello accademico.

Al fine di orientarsi in questa impresa, conviene fare riferimento ad altre espressioni concettualmente affini al termine "dicastocrazia", più note e familiari al dibattito costituzionale, quali "governo dei giudici", "attivismo giudiziale", "giuristocrazia". Al di là dei lassi confini definitivi che, come si vedrà, caratterizzano tutte e tre le espressioni (che peraltro, frequentemente ricorrono come interscambiabili nel vocabolario costituzionalistico), è possibile individuare un ulteriore minimo comun denominatore.

⁴ Si veda in proposito, con uno sguardo limitato alla dottrina italiana, tra gli altri: A. PIZZORUSSO, "Governo dei giudici" e democrazia, in *Questione giustizia*, n. 5, 1999, p. 815 ss.; M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 3823 ss.; N. TROCKER, *La responsabilità del giudice*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1982, p. 1293; A. CARDONE - F. DONATI - M.C. GRISOLIA - G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti verso un nuovo equilibrio. Lectio magistralis di Paolo Caretti*, Napoli, 2016; E. BRUTI LIBERATI - E. CERETTI - A. GIANSAANTI (a cura di), *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Milano, 1996; M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984; Si vedano inoltre i numerosi interventi all'interno della sezione "Dibattiti", *Giudici e legislatori*, in *Dir. pubbl.*, 2/2016. Ulteriori riferimenti, provenienti dalla dottrina straniera, saranno offerti nel paragrafo successivo. Ancora più fitto è il dibattito che si è sviluppato con riferimento alla giustizia costituzionale. Si veda in proposito la nota 16.

Si tratta dell'accezione fortemente peggiorativa con cui il termine è utilizzato. Con esso si esprime il timore che l'incursione nel campo tradizionalmente attribuito al "politico" da parte dei giudici possa compromettere il principio di separazione dei poteri e la tenuta stessa del sistema democratico.

2. Il potere dei giudici e i suoi limiti: corsi, ricorsi e revival di un'antica querelle dagli incerti confini concettuali

Si può dire che l'espressione "governo dei giudici" (cui la parola dicastocrazia rimanda) non solo frequenti sempre più spesso i seminari accademici e le aule parlamentari, ma sia ormai entrata a far parte del linguaggio comune.

Tuttavia, a dispetto di questa "fortuna", l'espressione non sembra possedere una definizione univoca e coerente. Tutt'altro. Si potrebbe, anzi, ipotizzare che proprio questa ambiguità terminologica – e la conseguente duttilità concettuale – abbia contribuito ad una tale, ampia diffusione nel senso comune. È questa la tesi di fondo sostenuta da M. H. Davis, un giurista che, nel 1987, si misura con una ricognizione storica della frase "governo dei giudici".⁵ L'autore registra rispetto ad essa un ventaglio estremamente ampio e variegato di opzioni semantiche, paragonando la stratificazione concettuale che caratterizza l'espressione alla complessità (e ambiguità) definitoria di un altro concetto centrale nel linguaggio giuridico: "la rule of law"⁶. Tale sarebbe la natura camaleontica del termine, che – sottolinea Davis – il significato di volta in volta espresso dalla frase "governo dei giudici" andrebbe ricostruito alla luce dello specifico contesto politico-ideologico in cui viene utilizzato e della specifica cultura sociale e giuridica che fa da sfondo a questo utilizzo⁷. Non a caso, egli nota, in Francia il concetto ha vissuto alterne vicende, in linea con l'evoluzione del sistema giuridico francese, e ha conosciuto l'apice del suo uso (e abuso) con l'avvento della quinta repubblica e il dibattito acceso intorno alla creazione del Conseil Constitutionnel⁸. In quel contesto, il "governo dei giudici" è stato invocato quale minaccia direttamente connessa all'introduzione di un sistema di controllo di costituzionalità. Tuttavia, afferma l'autore, via via che la Francia ha acquisito familiarità con il Conseil Constitutionnel, studiosi e politici hanno avviato un'operazione di demistificazione rispetto all'uso dell'espressione in chiave anti-judicial review: esso non sarebbe altro che un prodotto della mitologia costituzionale francese, del sospetto

⁵ M. H. DAVIS, *A Government of Judges: An Historical Re-View*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 35, No. 3 (Summer, 1987), pp. 559-580, L'autore svela l'oscurità e ambiguità "originarie" dell'espressione: la paternità va attribuita a Edouard Lambert, un professore di legge che nel 1921 pubblicò il libro "Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis". Paradossalmente, spiega Davis "the phrase itself has gained currency seemingly commensurately with the decline of the book's availability", p. 560.

⁶ M. H. DAVIS, *A Government of Judges: An Historical Re-View*, *op. cit.*, p. 560

⁷ *Ibidem*

⁸ *Ibidem*, In proposito l'autore osserva come l'emendamento presentato dinanzi all'assemblea costituente del 1958, volto ad estendere la platea di soggetti legittimati a proporre una questione di costituzionalità di fronte al consiglio, dopo essere stata in un primo momento rigettata, è stata recuperata e approvata 15 anni dopo (p. 571).

storicamente nutrito nei confronti del potere giudiziario, il riverbero distorto della “reazione emotiva” sollecitata dagli abusi durante l’Ancien Regime⁹.

L’incertezza terminologica appena osservata caratterizza un’altra espressione utilizzata con riferimento al potere giudiziale e ai suoi limiti: “attivismo giudiziale”. Se il carattere indefinito e scivoloso con cui il termine viene utilizzato viene denunciato da più parti¹⁰ nondimeno se ne registra il frequentissimo ricorso, non solo nel dibattito accademico,¹¹ ma anche da parte degli stessi giudici. Il tema si intreccia a complesse questioni inerenti non solo il ruolo e i limiti dello “ius dicere”, ma anche – in termini più radicali – quale sia il senso e la funzione della Costituzione, nonché come debba essere compreso e interpretato il testo costituzionale¹². Così ad esempio, stabilire cosa sia “attivismo giudiziale” richiede necessariamente – sia che venga assimilato all’operazione di judicial review, sia che venga inteso come “errore giudiziario” – che venga esplicitata la teoria costituzionale ed ermeneutica alla quale si aderisce.¹³ Così, in assenza di stampelle concettuali che intervengano a dare corpo all’espressione (in particolare sottolineandone lo specifico background teorico sottostante al suo utilizzo) esso rischia di ridursi ad una formula “vuota”, di volta in volta riempita dei significati più familiari – e congeniali – ad un dato contesto e ad una specifica tradizione giuridica. Al di là di questo aspetto, vi è un altro profilo da considerare. Questa espressione – costruita come metafora territoriale, al pari di un’altra espressione affine “imperialismo giudiziale” – non si limita a registrare un fenomeno (l’esponentiale aumento delle decisioni sottoposte al processo decisionale dei giudici, a scapito di altre fonti di potere), ma prospetta surrettiziamente delle spiegazioni di questo fenomeno, da ricondurre a fattori tutti interni al potere giudiziario: sono le corti stesse, in altre parole, che nell’esercizio della propria funzione avocano a sé spazi sempre più ampi di potere¹⁴.

La medesima ambiguità definitoria è condivisa, peraltro, da un’altra espressione affine a quella appena analizzata, che, agli inizi degli anni 2000 ha conquistato e catturato l’interesse dei costituzionalisti (e, in

⁹ Ibidem, p. 571 e 573.

¹⁰ K. KMIIEC, *The Origin and Current Meanings "Judicial Activism"*, in *California Law Review*, 92, No. 5 (Oct., 2004), pp. 1441. L’autore fa riferimento al giudice Scalia, secondo il quale criticare i giudici di “attivismo giudiziale “doesn't mean anything. It doesn't say whether you're going to adopt the incorporation doctrine, whether you believe in substantive due process. It's totally imprecise. It's just nothing but fluff.” (p. 1477). Nello stesso senso N. GAROUPA, *Comparing Judicial Activism - Can we Say that the US Supreme Court is more Activist than the German Constitutional Court*, in *Revista Portuguesa de Filosofia*, 4/2016, pp. 1089.

¹¹ Si veda in proposito K. KMIIEC, *The Origin and Current Meanings "Judicial Activism"*, *op. cit.*. L’autore, all’esito di una ricerca condotta sulla banca dati Westlaw, da conto di come i termini “judicial activism” e “judicial activist” negli anni ’90 “appeared in an astounding 3,815 journal and law review articles. In the first four years of the twenty-first century, these terms have surfaced in another 1,817 articles--an average of more than 450 per year” (p. 1441).

¹² D. GRIMM, *Judicial Activism*, in R. BADINTER - S. BREYER (a cura di), *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, New York, 2004, p. 17, p. 28.

¹³ Alcuni sottolineano come il termine “judicial activism” implichi la capacità – ontologicamente impossibile – di identificare e prestabilire una “corretta interpretazione” del testo costituzionale, unica e condivisa, anche nei casi più complessi e delicati. Così N. GAROUPA, *Comparing Judicial Activism*, *op. cit.*, p. 1099.

¹⁴ Si veda in tal senso l’osservazione di Dworkin in D. GRIMM, *Judicial Activism*, *op. cit.*, p. 63-64.

particolare dei comparatisti): giuristocrazia. Il termine sta ad indicare il trend, che a cavallo tra la fine del XX e l'inizio del XXI secolo, ha visto le Corti, e in particolare, le Corti Costituzionali diventare centri cruciali del decision-making politico e assumere su di sé poteri e prerogative tradizionalmente proprie degli organi rappresentativi¹⁵. È curioso osservare come il neologismo, coniato da Hirschl, sia stato emblematicamente costruito come un composto di “cratia”, a richiamare – non solo nella dimensione linguistica – un nuovo “regime”, un inedito “modello politico”, applicato e diffuso a livello globale¹⁶.

Anche questo termine, al pari di quello precedentemente osservato, non è meramente descrittivo, ma avanza una spiegazione precisa circa il “nuovo ordine politico”, che accanto ai “fattori interni” introduce dei profili esterni che avrebbero contribuito a generare e mantenere in vita questo trend. Secondo Hirschl, in particolare, l'iperattivismo giudiziario è un fenomeno “politicamente costruito”: al suo affermarsi partecipano attivamente – anzi, ne rappresentano una componente essenziale – una molteplicità di attori politici, la cui azione richiede di essere compresa e studiata. Rappresentare le Corti come le principali artefici del trend globale di progressiva giudizializzazione è una costruzione fuorviante, niente più che una “favola”¹⁷.

Questa riflessione è utile ad introdurre un'altra considerazione: al fine di dare corpo alla parola “juristocracy”, e di verificare l'ipotesi che il concetto porta con sé, è necessario ampliare lo sguardo ed inserire il termine all'interno di un contesto più specifico e articolato. In tal senso, un fondamentale caveat viene in rilievo: il judicial decision making, l'estensione e le modalità con cui la funzione giudiziaria viene concretamente agita, non sono uguali in tutte le democrazie costituzionali, ma

¹⁵ Si vedano R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge – London, 2004; ID., *The Judicialization of Politics*, in G.A. CALDEIRA - R.D. KELEMEN - K.E. WHITTINGTON (a cura di), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, 2008, p. 254. Invero la questione dei rapporti e delle tensioni tra legislazione e giurisdizione conosce una specifica declinazione con riferimento alla giustizia costituzionale. Per via delle peculiarità che caratterizzano il sistema olandese, che saranno a breve illustrate, non si darà conto in questa sede del dibattito fittissimo che si è sviluppato attorno ai rapporti tra giustizia costituzionale e politica e a quella che è stata autorevolmente definita come “the “problème formidable” of the role and democratic legitimacy of relatively unaccountable individuals (the judges) and groups (the judiciary)” (così M. CAPPELLETTI, *The “mighty problem” of judicial review and the contribution of comparative analysis*”, in *Southern California Law Review*, 53, 1980, p. 409). Con riferimento alla “vexata quaestio” della legittimazione della giustizia costituzionale si vedano tra gli altri A. BICKEL, *The least dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, 1962 (secondo cui la constitutional judicial review trova la propria legittimazione nella capacità della Corte di interpretare il testo costituzionale facendosi guidare dalla tradizione e dai principi condivisi, sfruttando soprattutto le tecniche ascrivibili alle “passive virtues”) e J. H. ELY, *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Cambridge, 1980 (che fonda la sua teoria della giustizia costituzionale sul rafforzamento della rappresentanza, quale strumento utile a correggere un malfunzionamento sistemico, che occorre quando “the process is undeserving of trust”, ovvero quando: 1) “the ins are choking off the channels of political change..”, o “2) though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority..” p. 103. Si vedano inoltre i successivi capitoli 5 e 6). Per una ricognizione si veda T. GROPPI, *La legittimazione della giustizia costituzionale. Una prospettiva comparata*, in *Percorsi costituzionali*, n. 2/3 del 2010. Si veda pure sul punto, di recente, il pregevole lavoro di C. LANDFRIED (a cura di), *Judicial power. How Constitutional Courts affects political transformations*, Cambridge, 2019.

¹⁶ R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, 2004, p. 12. Così pure R. BORK, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, Washington, D.C., 2003, p. 13.

¹⁷ R. HIRSCHL, *'Juristocracy' — Political, not Juridical*, in *The Good Society*, Vol. 13, No. 3, 2004, p. 6, p. 11.

risentono fortemente del tessuto istituzionale e di un coacervo di fattori che ne caratterizza e ne regola struttura ed esercizio: “i giudici non sono separati né sopraelevati rispetto ai processi politici”, ma ne sono parte integrante¹⁸. Di conseguenza, le teorie che avallano la giuristocrazia e il governo dei giudici dovrebbero adottare un approccio più empirico e rispettoso delle specifiche peculiarità con cui il ruolo dei giudici è stato costruito nelle varie realtà analizzate¹⁹.

Non resta quindi che arricchire l'analisi di maggiori particolari e tentare di ricomporre l'articolato quadro politico e istituzionale del Paesi Bassi, cominciando con l'illustrare e approfondire i casi che hanno originato la querelle al centro di questo scritto.

3. I casi “sotto accusa”

3.1. Il rimpatrio dei bambini delle foreign fighters

Il primo caso richiamato da Baudet che sta alla base del dibattito sulla dicastocrazia, prende l'avvio dal ricorso presentato da 23 madri dinanzi alla corte dell'Aja. Le donne hanno combattuto per lo Stato Islamico e si trovano prigioniere con i loro figli in due campi profughi a nord della Siria, in condizioni estremamente precarie, data la penuria di cibo e medicine. Chiedono allo stato di garantire il rimpatrio a loro e ai bambini, che sono tutti cittadini olandesi²⁰. Alla base di queste istanze vi sono gli obblighi derivanti allo stato olandese dai trattati internazionali, quali non solo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in particolare l'art. 2 il diritto alla vita), ma anche la Convenzione sui diritti del fanciullo (di seguito anche CRC), che, impongono allo stato di assicurare la vita, la sicurezza e il benessere dei minori. Ai sensi dell'art. 2, comma 2 della CRC, i diritti dei minori non possono essere compromessi dalle decisioni dei genitori o dalle loro azioni. Ai sensi dell'art. 3 della CRC, il best interests of the child deve essere la considerazione primaria in qualsiasi decisione che riguardi il minore²¹. La corte di prima istanza decide che se le donne non possono avanzare alcuna pretesa nei confronti dello stato olandese, diversa è la situazione dei minori. Rispetto ad essi, il governo dei Paesi Bassi, deve porre in essere “all

¹⁸ L. HILBINK, *Assessing the New Constitutionalism*, in *Comparative Politics*, Vol. 40, No. 2, 2008), p. 227, p. 239

¹⁹ Ibidem, p. 228

²⁰ Istanze del medesimo contenuto sono state presentate anche nei confronti di altri stati europei, quali la Norvegia, il Belgio, la Francia e la Germania, ma si trattava principalmente di minori non accompagnati o minori orfani. Tuttavia, di recente, la Corte suprema amministrativa di Berlino-Brandeburgo nel novembre 2019 ha disposto che lo stato tedesco ha il dovere di proteggere i minori che al momento si trovano nei campi profughi siriani, in una condizione di estremo pericolo per la loro vita. Inoltre, dal momento che i bambini non sono autorizzati a viaggiare da soli, il governo ha l'obbligo di assicurare il rimpatrio anche delle loro madri. Una decisione simile è stata assunta anche da due Corti di primo grado in Belgio. Per una ricognizione di come questi casi sono stati decisi dalle Corti europee, si veda E. BROCHES, *What Is Happening With the Foreign Women and Children in SDF Custody in Syria?*, in *Lawfareblog*, 24 marzo 2020, <https://www.lawfareblog.com/what-happening-foreign-women-and-children-sdf-custody-syria>

²¹ Sul punto E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Roma, 2016.

possible efforts” per rimpatriarli²². Ciò implica peraltro, che se le autorità curde che al momento controllano la zona permettono ai bambini di lasciare i campi profughi solo in compagnia delle loro madri, anche queste ultime dovranno essere rimpatriate (par. 4.20-4.22).

Il governo presenta appello avverso la decisione, contestando l'applicabilità dei trattati: nei casi *de quo* manca il prerequisite della giurisdizione, dal momento che i ricorrenti si trovano in territorio non olandese. A supporto di questa tesi, peraltro, vengono fatte valere ulteriori considerazioni afferenti all'interesse alla sicurezza nazionale nonché ragioni di natura diplomatica (è estremamente pericoloso per i funzionari pubblici olandesi entrare nei campi profughi, trovare le ricorrenti e i loro figli e assicurarne il rimpatrio). Il 22 novembre la Corte d'appello ribalta il verdetto di primo grado ed esclude la sussistenza in capo allo stato olandese di un obbligo di “assistenza al rimpatrio”²³. Secondo la Corte di seconda istanza “si tratta di una decisione politica, non di una questione di diritti umani”²⁴. Questa sembra essere pure l'opinione dell'Avvocato Generale²⁵, Lodewijk Valk, rilasciata il 24 aprile 2020, secondo cui la decisione di seconda istanza non dovrebbe essere riformata²⁶. Tale opinione è stata recepita dalla Corte Suprema, che con decisione definitiva del 26 giugno 2020 ha statuito che nessun obbligo sussiste in capo al governo olandese.²⁷ Nel frattempo la questione ha diviso non solo l'opinione pubblica, ma la stessa coalizione governativa, con un dibattito ulteriormente acceso dal moltiplicarsi dei documenti internazionali, quali rapporti, raccomandazioni e note, che richiamando l'articolato quadro giuridico di diritto internazionale umanitario, sottolineano le responsabilità degli stati rispetto ai propri

²² Al Jazeera, Dutch state to appeal order to take back children of ISIL mothers, 12 novembre 2019, <https://www.aljazeera.com/news/2019/11/netherlands-repatriate-children-isil-women-court-19111162621189.html>

²³ G. HOFSTEE, The Debate around Returning Foreign Fighters in the Netherlands, in *ISPI, Italian institute for international political studies*, 9 gennaio 2020, <https://www.ispionline.it/en/pubblicazione/debate-around-returning-foreign-fighters-netherlands-24665#n1>

²⁴ D. PRABHAT, F. GORDON, R. VAN ARK, *Repatriation of Dutch children in Syria now unlikely – but it shouldn't be a political choice*, in *The Conversation*, 14 maggio 2020, <https://theconversation.com/repatriation-of-dutch-children-in-syria-now-unlikely-but-it-shouldnt-be-a-political-choice-137960>

²⁵ L'avvocato generale, membro della procura della Corte Suprema, ha il compito, tra gli altri, di fornire alla corte dei pareri indipendenti sui casi ad oggetto. Per ulteriori informazioni si veda il sito web del “Rechtspraak” (il consiglio della magistratura): <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Supreme-court-of-the-Netherlands/Paginas/The-Procurator-General-of-the-Supreme-Court.aspx>

²⁶ D. PRABHAT, F. GORDON, R. VAN ARK, *Repatriation of Dutch children in Syria now unlikely – but it shouldn't be a political choice*, *op. cit.*

²⁷ La decisione non è tradotta in inglese, ma si veda la notizia riportata da J. PIETERS, Dutch State does not have to help women, children trapped in Syria: Supreme Court, 26 giugno, *NLTimes.nl*, su <https://nltimes.nl/2020/06/26/dutch-state-help-women-children-trapped-syria-supreme-court>, che richiama un estratto della decisione della Corte "In view of these interests of the State and of the fact that the women voluntarily traveled to the jihadist conflict zone, the Supreme Court is of the opinion that, despite the compelling interests of the women and children, the Dutch State does not have to bring them back to the Netherlands and does not have to make an effort to do so".



cittadini (nello specifico donne e bambini) che si trovano in zone di guerra e che risultano avere (avuto) contatti con lo Stato islamico²⁸.

3.2. La ‘Direttiva Habitats’ e l’obbligo di conservazione dei siti naturali

Il secondo caso che sta alla base del dibattito sulla dicastocrazia riguarda la materia ambientale e non ha mancato di sollevare critiche e discussioni altrettanto accese. Nel maggio 2019, il Consiglio di Stato (la magistratura di vertice della giustizia amministrativa in Olanda) ha emesso due decisioni²⁹ con cui ha sancito che l’attuale sistema olandese di concessioni di permessi per attività potenzialmente inquinanti (si va dalla costruzione di una nuova strada all’ampliamento di un allevamento) è contrario alla normativa europea, e, nello specifico, alla c.d. Direttiva Habitats³⁰. Quest’ultima, in particolare, è stata posta a presidio di una rete di riserve naturali protette (Nature 2000) e richiede, tra le altre misure, che le autorità pubbliche degli Stati membri prima di autorizzare piani e progetti, ne valutino l’impatto sulla tutela e conservazione dei siti naturali del network Nature 2000. Nel caso in cui l’attività possa in qualche modo pregiudicare l’integrità di uno di questi siti, l’autorizzazione dovrà essere negata (art. 6(3)).³¹

Nei Paesi Bassi, la direttiva era stata trasposta attraverso l’introduzione del c.d. PAS (letteralmente un “programma di approccio all’azoto”), che consentiva allo stato di autorizzare in via preventiva attività potenzialmente produttive di emissioni di azoto³². La conformità del PAS alla legislazione europea era

²⁸ Si vedano in proposito la risoluzione 2321 (2020), la raccomandazione 2169 (2020) dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa, e il report del Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa, “International obligations concerning the repatriation of children from war and conflict zones”, gennaio 2020, <http://semantic.pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnceG1sL1hSZWYvWDJlLURXlWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yODQ5OCZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGlicGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJlZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTI4NDk4>; la nota pubblicata dal Segretario Generale delle Nazioni Unite, Antonio Guterres “Key principles for the protection, repatriation, prosecution, rehabilitation and reintegration of women and children with links to United Nations listed terrorist groups”, aprile 2019, disponibile su https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/sites/www.un.org.counterterrorism.ctitf/files/Key%20Principles%20-%20April%202019_0.pdf

²⁹ Le decisioni del Consiglio di Stato (n. 201600614/3 e n. 201506170/2) sono disponibili alla seguente pagina web <https://www.raadvanstate.nl/programma-aanpak/@115651/pas-mag/>

³⁰ Direttiva del Consiglio relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche (Habitats Directive), 21 maggio 1992, 92/43/CEE, <https://www.msn.unipi.it/wp-content/uploads/2013/03/DIR-CEE-43-1992.pdf>

³¹ Così statuisce l’articolo: “Qualsiasi piano o progetto non direttamente connesso e necessario alla gestione del sito ma che possa avere incidenze significative su tale sito, singolarmente o congiuntamente ad altri piani e progetti, forma oggetto di una opportuna valutazione dell’incidenza che ha sul sito, tenendo conto degli obiettivi di conservazione del medesimo. Alla luce delle conclusioni della valutazione dell’incidenza sul sito e fatto salvo il paragrafo 4, le autorità nazionali competenti danno il loro accordo su tale piano o progetto soltanto dopo aver avuto la certezza che esso non pregiudicherà l’integrità del sito in causa e, se del caso, previo parere dell’opinione pubblica”.

³² Il PAS, implementato a partire dal 2015, funzionava infatti sulla base di una previsione di stima complessiva dei livelli di azoto. L’autorizzazione a piani e progetti dunque non veniva concessa sulla base di una valutazione specifica

stata già messa in discussione nel 2017 dal Consiglio di Stato, che sul punto aveva sollecitato l'intervento della Corte di Giustizia. Nel novembre 2018, una decisione – invero poco cristallina – della CJUE aveva affermato che un nuovo piano o progetto può essere autorizzato solo se sussiste certezza scientifica (o viceversa manca un “reasonable scientific doubt”³³) circa l'assenza di effetti avversi³⁴. Tuttavia, il PAS e il suo sistema di autorizzazioni preventive, come riconosciuto dalla sentenza del maggio 2019 del Consiglio di Stato, non era in grado di soddisfare questo requisito perché il governo concedeva le autorizzazioni prima ancora di essere certo dell'impatto dell'attività per le aree protette. La decisione del Consiglio di Stato ha generato un vuoto normativo che ancora aspetta di essere colmato. In attesa che una nuova legislazione che sostituisca il PAS e trasponga la Direttiva Habitats così come interpretata dalla Corte di Giustizia, venga approvata, numerose importanti attività (come la realizzazione di nuove infrastrutture e costruzioni)³⁵ sono ancora ferme.

3.3. Il caso Urgenda e le responsabilità dello stato olandese rispetto al “climate change”

Il caso Urgenda (dalla combinazione di “urgent” e “agenda”) prende il nome dalla ngo che nel 2013 ha intentato una causa contro il governo olandese perché si conformasse agli obblighi assunti in materia ambientale. Nel 2007, infatti, i Paesi Bassi avevano aderito ad uno degli obiettivi individuati dal 2007 Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)³⁶: ridurre entro il 2020 le emissioni di gas serra in una percentuale inclusa tra il 25 e il 40% rispetto ai livelli del 1990. Il governo olandese aveva promesso di raggiungere una percentuale di riduzione del 30% nel 2020, salvo poi ridimensionare nel 2011 il precedente proclama, garantendo una riduzione del 14-17%.

del singolo piano o progetto, bensì in relazione ad limite massimo di emissioni di azoto che non doveva essere superato e che veniva calcolato a livello complessivo (considerando ad esempio anche le ‘misure positive’, ovvero quelle misure realizzate dallo stato al fine di prevenire l'ulteriore deterioramento dei siti naturali e ridurre i depositi di azoto). Si veda per un approfondimento L. SQUINTANI, *Balancing nature and economic interests in the European Union: On the concept of mitigation under the Habitats Directive*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2019, p. 129.

³³ para. 104

³⁴ CJEU Judgment: Joined Cases C-293/17 and C-294/17 *Coöperatie Mobilisation for the Environment UA, Vereniging Leefmilieu v College van gedeputeerde staten van Limburg, College van gedeputeerde staten van Gelderland* [2018], ecli:EU:C:2018:882. Si veda in proposito H. T. ANKER, C. W. BACKES, L. BAANER, A. M. KEESSEN, S. MOCKEL, *Natura 2000 and the Regulation of Agricultural Ammonia Emissions*, in *Journal for european environmental & planning law*, 16, 2019, p. 340, i quali notano come “A crucial question is how the certainty requirement can be met, given the many uncertainties of the ecological fact-finding and prognoses, and whether, in practice, this leaves any room for a programmatic approach” (p. 350).

³⁵ Up to 18,000 infrastructure and construction projects have as a result been stalled, including the opening of Lelystad Airport next year. The government is also being advised to cut speed limits to reduce pollution. <https://www.politico.eu/article/netherlands-nitrogen-headache-pollution/>

³⁶ The UN Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2007: Mitigation of Climate Change*, 2007, <https://www.ipcc.ch/report/ar4/wg3/>

La definizione del caso ha richiesto ben tre gradi di giudizio. L'ultimo verdetto, giunto dalla Corte Suprema nel dicembre 2019³⁷, impone al governo olandese di ridurre entro il 2020 le emissioni di gas serra del 25% rispetto al 1990, confermando le decisioni della Corte d'appello e della Corte distrettuale dell'Aja di primo grado. Alla base del *reasoning* delle Corti di seconda e ultima istanza³⁸, vi sono gli articoli 2 (diritto alla vita) e 8 (tutela della vita privata e familiare) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito anche CEDU), da cui scaturisce l'obbligo, per lo stato olandese, di intraprendere tutte le misure utili a prevenire il cambiamento climatico. Vengono rigettati, così, gli argomenti avanzati dal governo olandese, che, oltre a contestare la rilevanza del diritto internazionale in materia, opponevano la mancanza di specificità del rischio e il "ruolo minimo" che può essere espletato dai Paesi Bassi rispetto ad una questione dalla portata globale. Non è la prima volta che la CEDU viene invocata in materia di tutela ambientale (e la Corte europea dei diritti dell'uomo si è trovata più volte ad intervenire in casi di questo tipo)³⁹, né il tema ha mancato di sollecitare istanze simili dinanzi alle giurisdizioni di altri stati. Tuttavia, colpisce in questa decisione, tra gli altri aspetti, il fatto che la Corte giunga a stabilire l'esatto ammontare della riduzione nell'emissione del gas serra nella misura del 25%⁴⁰. Ciò non solo perché la base giuridica della determinazione dell'importo è rappresentata da un documento di *soft law*⁴¹, ma anche perché – per ciò che qui più interessa – la decisione della Corte, nel definire il margine di azione e l'esatto impegno dello stato olandese, finisce col riproporre l'annosa diatriba dei rapporti tra corti e potere politico, e dei confini dei rispettivi campi d'azione.

³⁷ Olanda c. Urgenda Foundation, 20 dicembre 2019 – De Staat Der Nederlanden v. Stichting Urgenda. La versione inglese della pronuncia è disponibile al seguente link: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2007>. Invero la traduzione delle pronunce dei tribunali olandesi non è una prassi generale e consolidata nei Paesi Bassi, ma si può ritenere che essa risponda all'interesse di dare al caso, e alla sentenza, una risonanza globale.

³⁸ La Corte di prima istanza, invece, fonda la propria decisione sulla disciplina dell'illecito civile ed esclude invece che nel caso de quo si possano invocare gli obblighi derivanti dalla CEDU. Si veda A. NOLLKAEMPER - L. BURGERS, *A New Classic in Climate Change Litigation: The Dutch Supreme Court Decision in the Urgenda Case*, su *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 6 gennaio 2020, <https://www.ejiltalk.org/a-new-classic-in-climate-change-litigation-the-dutch-supreme-court-decision-in-the-urgenda-case/>, i quali spiegano: "The District Court based this order on the doctrine of hazardous negligence, which is read into the provision on tort in the Dutch Civil Code: behaviour is inter alia considered tortious if it unnecessarily creates danger and thus is contrary to what 'according to unwritten law is deemed fit in societal interrelations' (Article 6:162)".

³⁹ Con riferimento a queste pronunce, tra cui si possono annoverare anche casi che hanno coinvolto direttamente l'Italia, come il caso della c.d. Terra dei fuochi o dell'Ilva di Taranto, si veda per un approfondimento *Climate Change e diritti umani: il caso Urgenda*, iusinitenere, 13 marzo 2020, iusinitenere.it/climate-change-e-diritti-umani-il-caso-urgenda-25467

⁴⁰ È questo uno dei profili sollevato da A. NOLLKAEMPER e L. BURGERS, *A New Classic in Climate Change Litigation: The Dutch Supreme Court Decision in the Urgenda Case*, *op. cit.*

⁴¹ Ibidem. Gli autori osservano in proposito come "in the 2007 IPCC report, the 25% target was not more than an expert scenario contained in a box deep down (on p 776) in an Annex". Tuttavia la Corte, sulla base della dottrina sviluppata in seno alla giurisprudenza CEDU del common ground, assume il target del 25% come riferimento ufficiale alla luce del fatto che "it had been endorsed in various shapes and forms by the yearly Conferences of the Parties to the UNFCCC and that the EU had taken this scenario as its point of reference".

Non è un caso, proprio a questo proposito, che la decisione del caso Urgenda se per un verso è stata accolta con estremo entusiasmo (“la più importante decisione emessa finora in materia di cambiamento climatico”⁴²), per altro verso non ha mancato di sollevare importanti critiche, soprattutto rispetto al principio di separazione dei poteri. La Corte è stata così accusata, da diversi commentatori, di usare il diritto internazionale per “usurpare il legislatore”, sostituendosi ad esso in materie che importano considerazioni squisitamente politiche, ed ampiamente discrezionali, come ad esempio l’allocazione delle risorse finanziarie.⁴³ Ciò che le si contesta, nello specifico, è di non essersi limitata a dichiarare illegittima la mancata riduzione delle emissioni di gas serra da parte del governo olandese, ma di essersi spinta a stabilire la misura di quella riduzione.

La questione peraltro è stata apertamente sollevata dal governo olandese e occupa un’intera sezione (“la Corte e potere politico”) nella decisione definitiva del dicembre 2019. Nello specifico, legittimando quanto stabilito dalla Corte d’Appello, la Corte Suprema afferma che la decisione relativa alle emissioni di gas effetto serra appartiene al parlamento e al governo. Tuttavia, spetta alle Corti verificare che dette decisioni siano conformi alle leggi che vincolano lo stato olandese, tra cui, per espressa previsione costituzionale, le norme della CEDU. Spetta invece allo stato decidere come, attraverso quali “misure specifiche” implementare l’ordine giudiziale e giungere alla riduzione delle emissioni nella misura del 25%. Aggiunge, inoltre, la Corte: “This mandate to the courts to offer legal protection, even against the government, is an essential component of a democratic state under the rule of law”.⁴⁴

4. Gli equilibri costituzionali nei Paesi Bassi: quale ruolo per i giudici?

Non v’è dubbio che le decisioni in questione – e il caso Urgenda tra tutti – siano il prodotto di un *decision-making* giudiziale che si intreccia e si confronta con scelte e considerazioni di natura politica, peraltro estremamente complesse, delicate e divisive. Tuttavia, come sottolinea Hirschl, le Corti non operano in un “vuoto ideologico o istituzionale”, bensì in un’arena di complessi equilibri sociali,

⁴² Così si esprime D. BOYD, Special rapporteur delle Nazioni Unite sui diritti umani e l’ambiente. Le sue parole sono riportate da J. AKKERMANS - E. PROPER, *Dutch Supreme Court Orders 25% Cut in CO2 Starting Next Year*, 20 dicembre 2019, Bloomberg <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-12-20/dutch-supreme-court-upholds-landmark-greenhouse-ruling>

⁴³ Così si esprime W. VOERMANS, prof. di diritto costituzionale dell’Università di Utrecht, *Climate change ruling pushes the Netherlands out of agreement*, in *Tellerreport*, 9 ottobre 2018, <https://www.tellerreport.com/post/--professor--climate-change-ruling-pushes-the-netherlands-out-of-agreement-.SkSjWq557.html>. Riferimenti a commenti critici si ritrovano pure in J. FAHNER, *Climate Change before the Courts: Urgenda Ruling Redraws the Boundary between Law and Politics*, 16 novembre 2018, ejiltalk.org/climate-change-before-the-courts-urgenda-ruling-redraws-the-boundary-between-law-and-politics/. Si veda pure G. VIVOLI, I vincoli dello Stato nell’adozione delle politiche di riduzione delle emissioni inquinanti nella prospettiva della violazione dei diritti umani: brevi considerazioni sulla sentenza di appello del caso “Urgenda”, 31 dicembre 2018, su www.ambientediritto.it

⁴⁴ Così nella versione inglese della pronuncia (paragrafi 8.1. – 8.3.5.)

economici, politici che configurano un dato sistema⁴⁵. A queste riflessioni fanno eco le osservazioni di eminenti studiosi italiani che mettono in rilievo come la modalità con cui una Corte esercita il suo potere, (prima fra tutte la Corte Costituzionale) è strettamente correlata alle dinamiche – fluttuanti e mutevoli – in cui si trova ad operare, e a come viene compresa e percepita dagli attori politici e dalla società⁴⁶.

Sulla scia di questi spunti preziosi, è il caso dunque di esplorare le specifiche istituzionali che caratterizzano il ruolo dei giudici nei Paesi Bassi, che – questo è il primo aspetto che merita evidenziare – possono essere visti come uno degli ultimi avamposti della sovranità parlamentare à la Westminster, in un quadro globale in cui l’istituto del controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi conta ormai – seppure con numerose e significative varianti – una diffusione capillare⁴⁷. Accanto a questo aspetto ve n’è un altro che richiede di essere analizzato: la posizione centrale rivestita dal diritto internazionale nel sistema giuridico olandese. Si procederà poi ad osservare più da vicino l’organizzazione della giustizia nei Paesi Bassi nonché il frammentato tessuto partitico olandese. Infine, un’analisi del contesto che fa da sfondo al dibattito sulla dicastocrazia nei Paesi Bassi non può esimersi dall’indagare il ruolo della *strategic litigation*, cui si fa ampiamente ricorso, anche in ragione dei criteri di accesso alle azioni collettive alquanto agili e aperti. I predetti fattori serviranno, senza alcuna pretesa di esaustività, ad illuminare il contesto in cui la questione dicastocrazia è stata aperta e alimentata (e le sue peculiari variabili sociali e politiche).

⁴⁵ R. HIRSCHL, *'Juristocracy' — Political, not Juridical*, in *The Good Society*, Vol. 13, No. 3, 2004, pp. 6, p. 8. A tale proposito richiama il lavoro di eminenti sociologi politici, quali Bourdieu, Gramsci e Foucault (e persino alcune novelle di Kafka) idonei, al pari e anzi più degli studi giuridici specialistici, a comprendere le origini del potere dei giudici.

⁴⁶ Si veda da ultimo il dibattito che ha interessato la politica italiana rispetto al ruolo della Corte Costituzionale: A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, pp. 251 ss. E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, p. 777, R. BIN, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, p. 757, e M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/2014, p. 295.

⁴⁷ Si veda in proposito ad esempio lo studio di T. GINSBURG - M. VERSTEEG, *Why Do Countries Adopt Constitutional Review?*, in *J. L. Econ. & Org.* 30, 2014, p. 587 che attesta come nel 2011, l’83 % delle costituzioni del mondo preveda una qualche forma di revisione costituzionale. Occorre al tempo stesso precisare come la rigida dicotomia political vs judicial constitutionalism (volta a fornire una risposta circa la natura istituzionale dei limiti al potere politico), sia stata sconfessata. Si veda in tal senso S. GARDBAUM, *The new Commonwealth model of constitutionalism. Theory and practice*, Cambridge, 2012, il quale individua una “new third option”, ossia “the new Commonwealth model of constitutionalism” che consta di due fondamentali elementi: “mandatory pre-enactment political rights review and weak-form judicial review” (p. 25). Si tratta di un modello ibrido che si colloca a metà tra i due poli precedentemente individuati. Infatti, questo modello, pur lasciando al Parlamento l’ultima parola (il Parlamento può decidere di ignorare la decisione giudiziale), prende le distanze dal polo del “political constitutionalism” e della sovranità parlamentare perché attribuisce alle Corti un maggiore potere nella tutela dei diritti (p. 44-45). Da un punto di vista statico, anche i Paesi Bassi potrebbero collocarsi lungo quel *continuum* che vede ai due estremi opposti il “pure legal constitutionalism” e il “pure political constitutionalism”.

4.1. Il primato del Parlamento

La Costituzione del Regno dei Paesi Bassi – adottata nel 1815 e ancora in vigore, pur con importanti modifiche e “progressive stratificazioni”⁴⁸ – all’art. 120 esplicitamente esclude la possibilità per le Corti di verificare la conformità delle fonti normative di natura primaria a Costituzione⁴⁹. Detta disposizione, e il primato del Parlamento da essa sancito, affonda le sue radici nella storia del costituzionalismo olandese, da sempre estremamente ossequioso rispetto al principio della sovranità parlamentare. Prima della riforma costituzionale del 1983, invero, la disposizione cui era affidato questo principio era ancor più perentoria dell’art. 120: l’art. 131, comma secondo, infatti, sanciva “l’inviolabilità delle leggi”. Il principio aveva pure trovato piena conferma nella giurisprudenza della Corte Suprema, che nel 1963 così lo argomentava: il Parlamento verifica già la conformità a Costituzione delle norme che approva⁵⁰, mentre la Corte non ha il potere di contestare l’interpretazione che il legislatore ha dato della Costituzione⁵¹.

Tuttavia, la solidità di questo principio comincia a scricchiolare già negli anni ’70, a seguito di due eventi che mettono in discussione l’inviolabilità dell’azione parlamentare (e sembrano sollecitare la necessità di un controllo giudiziale delle leggi): si assiste, infatti, ad un ruolo del governo sempre più forte e predominante rispetto ai poteri di iniziativa legislativa (con la coalizione di maggioranza in Parlamento che spesso si limita a dare il proprio consenso alle proposte governative)⁵². Si registra, inoltre, il primo caso giudicato dalla Corte EDU di comprovata violazione della CEDU da parte dei Paesi Bassi⁵³. Così

⁴⁸ Queste espressioni sono di G. MARTINICO, *Studio sulle forme alternative di judicial review: il caso dei Paesi Bassi e della Svizzera*, in *federalismi.it*, 12/2017, il quale, riportando le riflessioni di L. Besselink, (The Notion and Nature of the European Constitution after the Reform Treaty, 2008, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1086189) chiarisce come la Costituzione del Regno dei Paesi Bassi deve essere fatta rientrare tra le “leggi fondamentali”, che a differenza delle costituzioni in senso proprio si caratterizzano per questi aspetti: “Codification, consolidation and adaptation are more predominant motives than modification. The constitution reflects historical movements outside itself” (p. 5). Nel medesimo senso si veda pure B. OOMEN, *Strengthening Constitutional Identity*, p. 243.

⁴⁹ Ai sensi dell’art. 120 della Costituzione del Regno dei Paesi Bassi: “The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts”. Si veda pure l’art. 140 secondo cui “Existing Acts of Parliament and other regulations and decrees which are in conflict with an amendment to the Constitution shall remain in force until provisions are made in accordance with the Constitution”.

⁵⁰ Invero, tuttora, in base all’art. 73, comma 1 della Costituzione dei Paesi Bassi, le proposte di legge vengono presentate all’Advisory Division del Consiglio di Stato e sottoposte al suo parere non vincolante circa la loro conformità a Costituzione prima di essere sottoposte alla seconda camera. Tuttavia, come ben si comprende, si tratta di un sistema ben lontano dal poter essere assimilato ad una judicial review ex ante.

⁵¹ Si veda in proposito N. EFTHYMIOU - R. DE LANGE, *Developments in Dutch Constitutional Law: The Year 2016 in Review*, novembre 2017, iconnectblog.com/2017/11/developments-in-dutch-constitutional-law-the-year-2016-in-review/. Per effetto della giurisprudenza della Corte Suprema, inoltre, l’impossibilità di procedere ad un controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi ricomprende quali parametri anche i principi costituzionali non scritti.

⁵² Ibidem. Gli autori inoltre danno conto di una serie di proposte volte all’introduzione nei Paesi Bassi di un sistema di judicial review secondo il modello diffuso, mentre “A separate, specialized constitutional court was hardly ever considered”.

⁵³ Ibidem. Il caso in questione è ECHR 8 June 1976 (Plenary), Appl. No. 5100/71 a.o., Engel and others v The Netherlands

– ed ecco la peculiarità del sistema olandese – una modifica costituzionale del 1983, con l’art. 94⁵⁴, introduce la possibilità per i giudici di disapplicare il diritto domestico quando è in contrasto con le previsioni convenzionali che sono “vincolanti per tutti”⁵⁵. A seguito di questa modifica, si osserva, il ruolo della CEDU e del diritto internazionale in generale è sempre più rilevante nei Paesi Bassi, anche in considerazione del fatto che la revisione giudiziale, in questo caso, non risulta limitata alle norme di fonte secondaria.

4.2. L’ “internazionalismo” dei Paesi Bassi

L’art. 94, peraltro, va letta congiuntamente al carattere spiccatamente monista che caratterizza le relazioni tra diritto nazionale e diritto internazionale nei Paesi Bassi. Ai sensi dell’art. 93, infatti, le previsioni di diritto internazionale che sono vincolanti per tutti sono direttamente applicabili a far data dalla loro pubblicazione, senza che vi sia bisogno di una loro trasposizione nel diritto domestico⁵⁶. Inoltre, ai sensi dell’art. 90 “The Government shall promote the development of the international rule of law”. La lettura combinata di queste disposizioni conduce ad affermare il ruolo centrale occupato dal diritto internazionale all’interno del sistema giuridico olandese, in cui il diritto internazionale vincolante per tutti prevale su quello nazionale, anche nel caso in cui ad essere coinvolta nel conflitto è una previsione costituzionale. Da qui, le considerazioni di alcuni autori: “monism brought to the

⁵⁴ Secondo l’art. 94: “Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties or of resolutions by international institutions that are binding on all persons”. Una previsione simile era già presente nella Costituzione del 1953.

⁵⁵ Si veda in proposito G. MARTINICO, *Studio sulle forme alternative di judicial review: il caso dei Paesi Bassi e della Svizzera, op. cit.*, il quale precisa come l’espressione “binding on all” non coincida perfettamente con quella di “effetto diretto”. Tuttavia i termini possono essere considerati intercambiabili rispetto al significato e all’applicazione degli articoli 93 e 94 della Costituzione del Regno dei Paesi Bassi (p. 14).

⁵⁶ Ai sensi dell’art. 93 “Provisions of treaties and of resolutions by international institutions which may be binding on all persons by virtue of their contents shall become binding after they have been published”. Perché un trattato entri in vigore occorre la previa approvazione da parte del Parlamento, secondo quanto afferma l’art. 91 della Costituzione “1. The Kingdom shall not be bound by treaties, nor shall such treaties be denounced without the prior approval of the States General. The cases in which approval is not required shall be specified by Act of Parliament. 2. The manner in which approval shall be granted shall be laid down by Act of Parliament, which may provide for the possibility of tacit approval. 3. Any provisions of a treaty that conflict with the Constitution or which lead to conflicts with it may be approved by the Houses of the States General only if at least two-thirds of the votes cast are in favour”. Sono tuttavia previste alcune eccezioni, individuate dall’art. 7 del Kingdom Act on the approval and publication of Treaties, del 1994, ovvero “Unless a treaty contains provisions which conflict with the Constitution or result in such conflict, approval shall not be required: a. if this is laid down by Act of Parliament for such treaties; b. if the treaty is solely concerned with the implementation of an approved treaty, without prejudice to the provisions of Article 8, paragraph 2; c. if the treaty involves no substantial financial obligations for the Kingdom and has been concluded for a period not exceeding one year; d. if in exceptional circumstances of a compelling nature the interests of the Kingdom dictate that the treaty should remain secret or confidential; e. if the purpose of the treaty is to extend a treaty which is about to expire, without prejudice to the provisions of Article 9, paragraph 2; f. if the purpose of the treaty is to amend an annex which is an integral part of an approved treaty and whose contents aim to implement the provisions of the approved treaty of which it is an annex, unless a reservation on this subject has been made in the Act of Parliament approving the treaty”. Inoltre, l’approvazione parlamentare può essere espressa o tacita. Quest’ultima è la modalità prevalente, secondo quanto riporta P. VAN DIJK - BAHYYIH G. TAHZIB, *The Parliamentary Participation in the Treaty-Making Process of the Netherlands*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 67, 1991, p. 413

Nederlands what judicial review brought to other countries”⁵⁷, mentre si sottolinea come la CEDU rappresenti un vero e proprio “bypass” rispetto alla mancanza di un meccanismo di *judicial review* delle leggi primarie⁵⁸.

Ciò, tuttavia, non deve far pensare che la tradizionale deferenza al Parlamento dei giudici olandesi abbia conosciuto una brusca battuta d’arresto. Al contrario, raramente una legge di fonte primaria in contrasto con la CEDU viene disapplicata dalle corti olandesi, che tendenzialmente preferiscono ricorrere il più possibile all’istituto dell’interpretazione conforme ai trattati⁵⁹. Al tempo stesso, però, non si può trascurare il fatto che “The ECHR grew increasingly important and the Constitution lost part of its impact and its significance in legal practice”⁶⁰. Oltre a quanto già illustrato, le ragioni del ruolo secondario della Costituzione vanno ricercate, tra gli altri aspetti, in un sistema di revisione costituzionale particolarmente rigido e complesso⁶¹ e in una “lista dei diritti fondamentali” incompleta e sviluppata in termini vaghi e obsoleti, che la rende inadatta a far da parametro per il controllo giudiziale di costituzionalità⁶². Non è un caso che la riforma della Costituzione del Regno dei Paesi Bassi, in particolare con riferimento all’incorporazione di alcuni principi fondamentali, sia un argomento mai

⁵⁷ M. DE WERD - R. DE WINTER, *Judicial Activism in the Netherlands: Who Cares?*, in R. BAKKER - A. WILLEM HERINGA - F. STOINK (a cura di), *Judicial Control: Comparative Essays on Judicial Review*, 1995, pp. 101-07, 103. Gli autori peraltro acutamente spiegano l’internazionalismo del Sistema giuridico olandese con il ruolo preminente giocato nell’ambito del commercio internazionale. Nello stesso senso J. UZMAN - T. BARKHUYSEN - M. L. VAN EMMERIK, *The Dutch Supreme Court: a reluctant positive legislator?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 14.3, 2010, p. 1, secondo cui, entro questi limiti, i giudici olandesi conducono una forma di *judicial review* di tipo “forte”, realizzata in forma diffusa. Gli autori richiamano la classificazione di M. TUSHNET, *Weak courts, strong rights – Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, 2008.

⁵⁸ N. EFTHYMIOU - R. DE LANGE, *Developments in Dutch Constitutional Law: The Year 2016 in Review*, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁹ *Ibidem*. Gli autori, con riferimento al frequente ricorso delle corti all’istituto dell’interpretazione del diritto nazionale in conformità ai trattati, chiariscono: “In itself, this is a familiar part of the canon of interpretation, as we can see from the German examples in interpretation in conformity with the Constitution and the British example of the Human Rights Act (courts should interpret and apply national law in conformity with the ECHR ‘so far as it is possible to do so’), as well as from the European Court of Justice’s case-law in the Marleasing line. In the Dutch context, some spectacular examples can be found of these figures. One of the reasons is that interpretation in conformity avoids the irreversibility problem: if a Dutch court would disapply a statutory provision, the legislature will have difficulty to repair the provision” p. 4.

⁶⁰ *Ibidem*. Nello stesso senso anche B. OOMEN, *Strengthening Constitutional Identity*, *op. cit.*, che afferma “The fact that judges are allowed to review these Acts vis-à-vis treaties means that the ECHR, for instance, is much more important than the Constitution in legal practice” (p. 245).

⁶¹ Si veda in proposito J. GERARDS, *The Irrelevance of the Netherlands Constitution, and the Impossibility of Changing It*, in *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, 2016, p. 207 ss. che spiega: “According to Article 137 of the Constitution, which dates back to 1848, any bill to change the Constitution has to be accepted by a majority in both Houses of Parliament. Subsequently, the Lower House is dissolved and elections take place (although in practice, this is always combined with the regular dissolution of the Lower House and elections). After the elections, both Houses of Parliament deliberate again on the bill and each House has to vote in favour of the constitutional changes with a two-thirds majority”, p. 225. L’autrice evidenzia, inoltre, come la politica delle coalizioni che caratterizza i Paesi Bassi e il carattere estremamente volatile della loro composizione rende il meccanismo estremamente difficile da implementarsi, p. 226. Sulla politica delle coalizioni si veda il prossimo paragrafo.

⁶² B. OOMEN, *Strengthening Constitutional Identity*, *cit.*, p. 245. Si veda pure in questo senso J. GERARDS, *The Irrelevance of the Netherlands Constitution, and the Impossibility of Changing It*, *op. cit.*, p. 218. Sottolinea questo aspetto anche G. MARTINICO, *Studio sulle forme alternative di judicial review*, *op. cit.*, p. 16.

sopito, ciclicamente riproposto – se ne parlerà di nuovo in seguito – nei dibattiti di accademici, politici, società civile⁶³.

4.3. L'organizzazione della giustizia

L'analisi del “sistema giustizia” rappresenta sicuramente un altro aspetto da non tralasciare nello studio del ruolo dei giudici all'interno dell'apparato istituzionale e della società olandese⁶⁴. Come visto, a partire dagli anni '60 in poi, la CEDU va via via assumendo una posizione sempre più rilevante all'interno del controllo legislativo ed esecutivo dei Paesi Bassi. In questo meccanismo di sviluppo nella tutela dei diritti, la Corte Suprema – l'interprete principale della CEDU – si presenta come un attore cruciale, pronto ad intervenire anche nelle questioni più delicate e a “creare il diritto”, con il beneplacito della politica. Questa “epoca d'oro” della Corte Suprema, tuttavia, sembra chiudersi con l'inizio del nuovo millennio, quando vengono alla luce alcune importanti criticità. Innanzitutto, l'assenza prolungata di un sistema di “filtro” dei casi⁶⁵ ha finito col diluire drasticamente la funzione nomofilattica della Corte Suprema (*Hoge Raad*), anche con riferimento alla normativa comunitaria, rispetto alla quale la magistratura ordinaria avvertiva un forte bisogno di guida e di orientamento nell'interpretazione⁶⁶.

Oltre a ciò, la capacità della *Hoge Raad* di assicurare uniformità e certezza interpretativa è ulteriormente complicata dal fatto che essa non si posiziona al vertice dell'organizzazione giudiziaria olandese e anzi deve confrontarsi con una certa “competizione interna”. Nei Paesi Bassi vi sono 4 Corti apicali: oltre alla Corte Suprema, il Consiglio di Stato (*Raad van State*), il Tribunale d'appello centrale per i casi di pubblico servizio e la sicurezza sociale (*Centrale Raad van Beroep*) e il Tribunale d'appello per il commercio e l'industria (*College van Beroep voor het Bedrijfsleven*). Ognuna di esse, vantando una posizione di primato all'interno della rispettiva area di competenza, promuove un'autonoma e distinta

⁶³ Nel 2009, da ultimo, il governo olandese ha istituito una commissione volta a verificare la necessità di una riforma della legge fondamentale, con riferimento, tra gli altri ai seguenti punti: “the relationship between the fundamental rights in the Constitution and rights in international treaties, like the right to a fair trial and the right to life, the influence of the international legal order on the national legal order, the relationship between fundamental Dutch values and decision of international organisations or treaty provisions and the codification of the constitutional relationship between the Netherlands and the European Union”. Così in B. OOMEN, *Strengthening Constitutional Identity Where There Is None: The Case of the Netherlands*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2016, p. 235 e 236.

⁶⁴ Lo evidenziano in particolare C. GUARNIERI - P. PEDERZOLI, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford, 2002, p. 79 ss.

⁶⁵ Solo nel 2012, col nuovo articolo 80a della legge sull'organizzazione giudiziaria del 1827, è stato introdotto un sistema di selezione dei casi che consentisse alla Corte di ridurre l'arretrato e di occuparsi solo dei casi più rilevanti. Si veda E. MAK, *Case Selection in the Supreme Court of the Netherlands - Inspired by Common Law Supreme Courts?*, in *European Journal of Current Legal Issue*, 21(1), 2015, che precisa come la disposizione “allows the *Hoge Raad* to dismiss an appeal directly at the beginning of the cassation procedure if this appeal apparently cannot lead to cassation or if the applicant apparently does not have a sufficient interest”.

⁶⁶ G. Y. NG, *Judicialisation and the End of Parliamentary Supremacy*, in *Global Journal of Comparative Law* 50, 2014, p. 90.

interpretazione del diritto europeo e convenzionale⁶⁷. “There is no hierarchy between these courts and the Netherlands does not have one single court that guards the core values of the Dutch Constitution in a European perspective”⁶⁸.

La Corte Suprema sembra aver risentito di questa perdita di autorità sia di fronte alla politica che alla società. Con riferimento alla prima, alcuni autori menzionano il cambio di prassi relativo alla procedura di nomina dei giudici della Corte Suprema, che nei Paesi Bassi avviene ad opera della camera bassa del Parlamento, che sceglie da una lista di 3 giudici sottopostale dalla Corte stessa⁶⁹. Se in un primo tempo, la nomina ricadeva automaticamente sul primo nome presentato dalla Hoge Raad, successivamente, invece, il Parlamento ha cominciato a richiedere un dossier più dettagliato rispetto ai singoli candidati⁷⁰. In crisi sarebbe pure la legittimazione presso il corpo sociale: alla funzione di “giudice di legittimità”⁷¹ propria della Corte sarebbe principalmente da addebitare un crescente sentimento di distanza nutrito dalla società rispetto ai giudici⁷², ulteriormente alimentato dal populismo dilagante⁷³.

⁶⁷ N. HULS, *The Ebb and Flow of Judicial Leadership in the Netherlands*, in *Utrecht Law Review* 8, 2012, p. 133. Accanto a queste 4 corti, occorre inoltre considerare il ruolo del Council for the Judiciary, (Raad voor de rechtspraak). In particolare, questo ente, nel tempo ha acquisito importanti funzioni, quali ad esempio quella di contribuire alla riduzione dell’arretrato delle corti inferiori (obiettivo richiesto dai principi del New Public Management) rispetto al quale la Corte Suprema ha deciso di tenersi lontana. Ciò peraltro ha avuto come conseguenza che “the lower courts have taken matters into their own hands and take little account of Hoge Raad rulings in these areas of law” (p. 132).

⁶⁸ Ibidem, p. 133.

⁶⁹ Ai sensi dell’art. 118, comma 1 della Costituzione del Regno dei Paesi Bassi “The members of the Supreme Court of the Netherlands shall be appointed from a list of three persons drawn up by the Lower House of the States General”.

⁷⁰ J. TEN KATE - P. J. VAN KOPPEN, *Judicialization of Politics in the Netherlands: Towards a Form of Judicial Review*, in *International Political Science Review* 15, 1994, p. 143, e p. 147. Così il factsheet predisposto dal governo dei Paesi Bassi, descrive la procedura di nomina dei giudici della Corte Suprema “An internal Supreme Court committee, which comprises experienced and less experienced Supreme Court judges, selects possible candidates for appointment to the Supreme Court. They seek out people who may be eligible for appointment in the future and follow them throughout their further career. When a vacancy opens up for a Supreme Court judge, the committee decides which of the possible candidates would be best suited to the appointment, depending on what area of law the vacancy relates to. It then draws up a list of candidates. The Supreme Court discusses the list in its general meeting and then submits a recommendation of three people to the House of Representatives of the Parliament. The person at the top of this list of three is invited to an interview with the Permanent Parliamentary Committee on Security and Justice. In practice, the House of Representatives always follows the recommendation of the Supreme Court. The Supreme Court and the House of Representatives both agree that the appointment of Supreme Court judges must not be politicised. The recommendation for appointment of the new Supreme Court judge then goes to the Minister of Security and Justice, who assesses whether the formal requirements have been met. If this is the case, a nomination for appointment is submitted to the monarch. The monarch signs the Royal Decree, appointing the judge”, disponibile su <https://www.netherlandsandyou.nl/latest-news/news/2017/09/21/factsheet-on-the-judiciary-in-the-netherlands>.

⁷¹ Ai sensi dell’art. 118, comma 2 della Costituzione “In the cases and within the limits laid down by Act of Parliament, the Supreme Court shall be responsible for annulling court judgments which infringe the law (cassation).”

⁷² Così N. HULS, *The Ebb and Flow of Judicial Leadership in the Netherlands*, *op. cit.*, spiega le criticità di questa funzione: “in some famous civil cases the Hoge Raad had ruled on the grounds of incorrect facts. The untenability of the fact and law separation was again convincingly demonstrated. [...] the undisputed top position of the Hoge Raad was challenged from both an academic and a societal perspective. In the beginning the Hoge Raad did not find it necessary to respond to the critics, but in due course that turned out to be a wrong strategy” p. 132.

⁷³ G. Y. NG, *Judicialisation and the End of Parliamentary Supremacy*, *op. cit.*, p. 92.

Se quelli appena illustrati sono i “fattori interni” al giudiziario e alle funzioni ad esso attribuite dalla Costituzione, conviene adesso invece passare a iscrivere l’indagine sul ruolo dei giudici all’interno delle più ampie coordinate del sistema politico olandese.

4.4. La politica delle coalizioni

Il tessuto politico olandese è noto per la sua estrema frammentazione⁷⁴. Questo aspetto (insieme al ruolo “forte” svolto dal diritto internazionale) viene individuato come uno dei principali fattori idonei a spiegare il fenomeno di “judicialization”⁷⁵ in corso nei Paesi Bassi. La molteplicità dei partiti politici, infatti, complica il successo delle attività di *lobbying* ed *advocacy*. D’altra parte, soprattutto nella materia dei diritti umani (quando sono coinvolti i diritti delle minoranze o nelle questioni eticamente controverse o in quelle relative al cambiamento climatico) è difficile che si formino coalizioni abbastanza ampie da godere del consenso e della forza politica necessaria ad approvare una legge. Si è parlato in proposito, eloquentemente, di “politics of avoidance”⁷⁶. In questo contesto, dunque, il processo viene visto come l’unico canale idoneo a convogliare una certa domanda di giustizia, e l’unico idoneo ad offrirle una risposta, tanto più che, come ci si appresta ad illustrare, nel sistema olandese, i requisiti per avviare un’azione collettiva sono particolarmente semplici da soddisfare.

Al di là di ciò, nella “politica delle coalizioni”, i giudici sono chiamati ad intervenire anche rispetto ad un altro profilo. Quando il Parlamento riesce finalmente a portare a termine il procedimento legislativo in uno degli ambiti controversi sopra individuati, la legge, frutto di una complessa opera di negoziazione e compromesso, si caratterizza tendenzialmente per un contenuto vago e impreciso, che richiede una massiccia operazione interpretativa da parte delle Corti⁷⁷.

4.5. L’ampio ricorso alla “strategic litigation”

Secondo alcuni commentatori, inoltre, la “politica delle coalizioni” può essere considerata una delle principali ragioni che ha permesso al fenomeno della “strategic litigation”⁷⁸ di attecchire così

⁷⁴ Per un approfondimento si vedano J. TEN KATE - P. J. VAN KOPPEN, *Judicialization of Politics in the Netherlands: Towards a Form of Judicial Review*, *op. cit.*, p. 146.

⁷⁵ È il fenomeno della c.d. “judicialization of politics”, ovvero “the reliance on courts and judicial means for addressing core moral predicaments, public policy questions, and political controversies—is arguably one of the most significant phenomena of late twentieth and early twenty-first century government”. Così R. HIRSCHL, *The judicialization of politics*, *op. cit.*

⁷⁶ L’espressione si rinviene in G. Y. NG, *Judicialisation and the End of Parliamentary Supremacy*, *op. cit.*, p. 85 che cita H. WEYERS, *The Legalization of Euthanasia in the Netherlands: Revolutionary Normality*, in S. J. YOUNGNER - G. K. KIMSMA (a cura di), *Physician-Assisted Death in Perspective: Assessing the Dutch Experience*, Cambridge University Press, 2012.

⁷⁷ *Ibidem*

⁷⁸ Si veda in proposito la sezione olandese dell’International Commission of Jurists (NJCM), che ha dato avvio al ‘Public Interest Litigation Project’. Qui si definisce la strategic litigation come “the use of legal procedure in a strategic

profondamente nei Paesi Bassi.⁷⁹ Accanto a ciò, ovviamente, va tenuta in considerazione anche la disciplina olandese della *class action* che prevede un accesso estremamente agile e aperto. L'art. 3:305a del Codice civile, infatti, consente a tutte le fondazioni di intraprendere un'azione giudiziaria nei confronti dello stato dei Paesi Bassi o di un soggetto privato per tutelare un gruppo di persone che condivide con la fondazione i medesimi interessi⁸⁰.

I casi menzionati nei paragrafi precedenti mostrano bene il diffuso ricorso a questo istituto. Accanto ad essi, v'è un'ulteriore vicenda giudiziaria che merita di essere menzionata per il suo carattere paradigmatico. Essa, infatti, è in grado di far luce su alcuni profili problematici relativi all'uso della *strategic litigation* e all'impatto che la giudicializzazione dei conflitti può avere sulla società: è il c.d. "SPG case". L'SPG è un partito che rappresenta gli interessi specifici di un gruppo religioso alquanto omogeneo (un residuo della storica "pillarizzazione" della vita politica olandese⁸¹): i protestanti ortodossi⁸². Tra le regole che caratterizzano l'SPG v'è il divieto di partecipazione politica per le donne. Nel 2000, questa posizione del SGP viene fatta oggetto di ricorso⁸³ dinanzi alla corte dell'Aja da un gruppo di 10 organizzazioni non governative, "outsiders" rispetto alla comunità.⁸⁴ Si contesta la violazione del principio di non discriminazione tra uomo e donna, sancita tra l'altro, dalla Convenzione

way to bring about certain social, political or legal changes", utile a "give a voice to individuals, protect vulnerable minorities, and provide access to justice for those whose rights are at stake", disponibile alla seguente pagina web: <https://pilpnicm.nl/en/about-pilp/>.

⁷⁹ O. SPIJKERS, *Urgenda and Dutch Dikastophobia: Is this the End of Public Interest Litigation for The Environment, and the end of Article 3:305a Dutch Civil Code?*, 17 febbraio 2020, in <https://gnhre.org/2020/02/17/urgenda-and-dutch-dikastophobia-is-this-the-end-of-public-interest-litigation-for-the-environment-and-the-end-of-article-3305a-dutch-civil-code/>. L'autore afferma "This is a much more effective way to influence the policy of the State than setting up a political party. After all, a political party needs to gather enough votes to have meaningful influence on public policy, and is constantly accountable to its voters. A foundation established to protect the general interest is not accountable at all to those whose interests it purports to protect".

⁸⁰ L'art. 3:305a, introdotto nel 1994 e rubricato "azioni di classe", così recita al primo comma: "A foundation or association with full legal capacity that, according to its articles of association, has the objection to protect specific interests, may bring to court a legal claim that intends to protect similar interests of other persons". Per la traduzione non ufficiale del Dutch Civil Code si veda <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle331111.htm>.

⁸¹ La pillarizzazione è una struttura che ha fortemente caratterizzato la società olandese tra gli anni '20 e '60, caratterizzata da divisioni profonde a livello religioso (cattolici e protestanti) e politico-ideologico (socialisti e liberali). In questo contesto, i vari gruppi hanno dato vita ad organizzazioni autonome, finanziate dallo stato, nell'ambito dell'istruzione, ad esempio, della salute, delle telecomunicazioni. Sul punto F. PALERMO - J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, 2011, p. 66.

⁸² Come già osservato, la frammentazione del contesto politico olandese fa sì che gli interessi di gruppi altrettanto specifici, come gli anziani o gli animalisti, abbiano referenti partitici ad hoc.

⁸³ Invero non si tratta dell'unico caso che ha coinvolto l'SGP, finito "nell'occhio del ciclone" anche per un'altra vicenda, relativa al divieto di insegnamento opposto docenti omosessuali all'interno delle scuole della comunità di protestanti ortodossi. Per un ulteriore approfondimento si veda B. OOMEN, *Between Rights Talk and Bible Speak: The Implementation of Equal Treatment Legislation in Orthodox Reformed Communities in The Netherlands*, in *Human Rights Quarterly*, 33, 2011, p. 175. Si veda in particolare p. 187ss e p. 194 ss

⁸⁴ Questo profilo, ovvero l'attivazione "dal di fuori" dei diritti delle donne della comunità di ortodossi protestanti è menzionato pure da W. VAN ROSSUM, *The roots of Dutch Strategic Human Rights Litigation, Comparing 'Engel' to 'SGP'*, in M. VAN DEN BRINK, S. BURRI & J. GOLDSCHMIDT (a cura di), *Equality and human rights: nothing but trouble? Liber amicorum Titia Loenen*, 2015, p. 387, spec. p. 396.

sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna (la c.d. CEDAW). All'esito dei tre gradi di giudizio, la Corte Suprema riconosce la violazione dell'art. 7 della CEDAW che sancisce il divieto di discriminazione delle donne nella partecipazione alla vita pubblica del paese⁸⁵, principio che viene considerato prevalente rispetto a quello della libertà religiosa⁸⁶.

Nell'indagare gli effetti della pronuncia sulle opinioni dei protestanti ortodossi in materia di partecipazione politica femminile, merita segnalare uno studio che rivela un'interessante scoperta. Coloro che, all'indomani del caso giudiziario, hanno cambiato il proprio punto di vista, adottando un atteggiamento più aperto in materia, lo ascrivono principalmente ai seguenti fattori: il dibattito riportato sui quotidiani cristiani, le discussioni in chiesa e con persone vicine. Di contro, la decisione giudiziaria viene indicata tra le principali cause di un "irrigidimento" delle proprie convinzioni, di un'idea ancora più conservativa circa la partecipazione politica delle donne.⁸⁷ Così, si osserva, l'apertura del caso e il suo esito ha sicuramente avuto il merito di puntare l'attenzione collettiva sui diritti delle donne, di promuovere i diritti umani, di stimolare il dibattito su di essi, anche interno alla comunità religiosa, e dunque, di farsi promotore del cambiamento sociale. Tuttavia, il caso non ha mancato al tempo stesso di generare anche effetti sociali controproducenti tra i protestanti ortodossi, quali un irrigidimento delle proprie posizioni, complice il senso di marginalizzazione da essi sperimentato durante tutto il corso del processo, ad opera dei media e della società, per quella che è stata vissuta come una causa sui propri diritti, etero-intentata e condotta⁸⁸.

La vicenda, oltre a mettere in luce le ombre del sistema della *strategic litigation* nei Paesi Bassi, sollecita ulteriori riflessioni, utili allo sviluppo di questo contributo. Così, se è indubbio che i giudici 'dicano il diritto' situati all'interno di precise coordinate sociali (oltre che politiche e giuridiche), e da queste siano potentemente influenzati, è altrettanto innegabile che essi, con le loro pronunce, incidono – sulla base

⁸⁵ Così recita l'art. 7 della CEDAW "Gli Stati parti prendono ogni misura adeguata ad eliminare la discriminazione nei confronti delle donne nella vita politica e pubblica del paese ed, in particolare, assicurano loro, in condizioni di parità con gli uomini, il diritto: a) di votare in tutte le elezioni ed in tutti i referendum pubblici e di essere eleggibili in tutti gli organi pubblicamente eletti; b) di prendere parte all'elaborazione della politica dello Stato ed alla sua esecuzione, di occupare gli impieghi pubblici e di esercitare tutte le funzioni pubbliche ad ogni livello di governo; c) di partecipare alle organizzazioni ed associazioni non governative che si occupano della vita pubblica e politica del paese".

⁸⁶ Per un approfondimento della vicenda, nonché dei vari gradi di giudizio, si veda W. VAN ROSSUM, *The Roots of Dutch Strategic Human Rights Litigation, Comparing 'Engel' to 'SGP'*, *op. cit.*, e il contributo di B. OOMEN, *Between Rights Talk and Bible Speak: The Implementation of Equal Treatment Legislation in Orthodox Reformed Communities in The Netherlands*, *op. cit.*. L'autrice nota peraltro come a seguito della decisione del SGP nel 2006 di aprire alle donne l'iscrizione al partito "only 158 women have made use of this possibility, 0.6 percent of the total membership" (p. 195) e altrove si afferma come la questione sia stata considerata dal partito come "an internal matter that merely needs time" (p. 194).

⁸⁷ B. OOMEN, *Between Rights Talk and Bible Speak*, *op. cit.* Si tratta di uno ampio e solido studio socio-giuridico che può contare dell'uso combinato di metodi qualitativi e quantitativi (tra cui interviste e questionari) condotti all'interno della comunità dei protestanti ortodossi.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 197.

di meccanismi che richiedono ancora di essere compiutamente analizzati – sulla società⁸⁹. Si apre dunque la prospettiva di un’articolata interazione che oltre a coinvolgere i giudici e il contesto istituzionale in cui essi operano, richiede anche di tenere in considerazione il ruolo della società.

5. “Dicastocrazia”, “dicastofobia”⁹⁰? Il cortocircuito dialogico fra istituzioni e società nei Paesi Bassi

Tirando le fila di quanto sin qui esposto, conviene ora recuperare la domanda che ha dato l’avvio a questo lavoro: “il contesto istituzionale e la società olandese sono davvero di fronte ad un governo dei giudici?”.

Una premessa è d’obbligo: sebbene molti autori si siano via via confrontati con il nodo costituzionale al centro di questo contributo, la pressante questione metodologica su come misurare – e dunque – comparare il potere (e l’attivismo) dei giudici nei vari contesti istituzionali, resta ancora aperta e richiede di essere attentamente analizzata⁹¹. Occorre al contempo riconoscere, però, che l’analisi dedicata ai complessi equilibri istituzionali che caratterizzano i Paesi Bassi, non manca di offrire elementi che consentono quantomeno di rispondere al quesito iniziale: non risulta che i giudici abbiano esondato i limiti del proprio ruolo e i confini delle proprie prerogative⁹². L’intervento dei giudici rispetto a questioni così centrali e divisive nei Paesi Bassi, infatti, piuttosto che con la teoria della “dicastocrazia”, può essere spiegato alla luce della necessità di colmare i vuoti lasciati dalla politica e dell’obbligo costituzionale di conformare il diritto domestico al diritto internazionale.

D’altra parte, gli stessi profili appena menzionati, che segnano lo spazio di intervento del giudiziario, meritano di essere ridimensionati. L’analisi mostra che se il monismo dei Paesi Bassi consegna alle Corti un importante potere, è anche vero che esso, per un verso, conosce un’applicazione limitata (solo i

⁸⁹ In questo senso J. ROZENBERG, *Enemies of the People? How Judges Shape Society*, Bristol University Press, 2020, “Whether you think judicial activism is a good thing will depend on whether you believe judges are better at taking some decisions than politicians are. But what can’t be denied is that the judiciary has the power to shape society” (p. viii)

⁹⁰ Si veda con riferimento all’uso del termine “dikastophobia” O. SPIJKERS, *Urgenda and Dutch Dikastophobia: Is this the End of Public Interest Litigation for The Environment, and the end of Article 3:305a Dutch Civil Code?*, *op. cit.*

⁹¹ Così G. Y. NG, *Judicialisation and the End of Parliamentary Supremacy*, *op. cit.*, p. 96 che afferma “The next step from this article would be a more comprehensive comparative and empirical study of case law and its impact on policy and legislation. This would require the development of benchmarks, such as citation of cases in policy papers and discussions in parliament; the number of cases where legislation has been ‘overturned’ due to incompatibility with human rights or constitutional law and subsequent reaction by parliament; media focus on cases of judicial review of legislation and how it feeds into public debate; appeal to international or regional courts and the subsequent reaction by parliament; legal advice to government by its law officers (where it is not deemed to be privileged) and so forth”.

⁹² Questa considerazione, peraltro, è in linea con le conclusioni di alcuni accademici olandesi: si veda in proposito B. OOMEN, *Does the Netherlands have activist judges? They’re just doing their job*, in *DutchNews.nl*, 30 marzo 2020 e M. DE WERG, *Fact Check: Is there a ‘Muzzele Law’ for Dutch Judges in the Making? No!*, in *Verfassungsblog*, 4 febbraio 2020.

trattati “vincolanti per tutti”⁹³ e per altro verso, è controbilanciato da una diffusa cultura giuridica di *self-restraint* giudiziale⁹⁴. Allo stesso modo, è incontestabile che la politica olandese delle coalizioni abbia rimesso ai giudici decisioni cruciali rispetto ad aspetti decisivi della vita sociale. Tuttavia, si è trattato di casi eccezionali e isolati che impediscono che si possa parlare di una “giuristocrazia” diffusa e consolidata.

In altre parole, in un contesto come quello appena descritto, risulta difficile comprendere come i giudici possano rappresentare un pericolo per la democrazia. Ma allora perché si parla di “governo dei giudici”? e perché l’espressione raccoglie un consenso così diffuso? Forse le ragioni sono da ricercare piuttosto in altri fattori, tra quelli sopra menzionati, che hanno piuttosto a che vedere con le relazioni che all’interno di una democrazia caratterizzano la trias politica e la società. L’ipotesi che si intende avanzare è la seguente: sembra che i giudici olandesi manchino di efficaci meccanismi di raccordo rispetto agli altri attori istituzionali e al corpo sociale, di strumenti giuridici e culturali che possano contribuire a fondare una legittimazione forte dei giudici, rispetto al proprio ruolo e a come viene esercitato.

Si pensi, in tal senso, alla difficoltà di individuare un organo di vertice all’interno dell’organizzazione giudiziale olandese. Ciò complica la creazione di un’interpretazione uniforme e rende difficile per la Corte Suprema costruire e consolidare la propria autorità non solo all’interno del “sistema giustizia” ma anche nei confronti della società⁹⁵. Aderendo al paradigma concettuale dell’interpretazione come impresa collettiva⁹⁶, nei Paesi Bassi, la voce delle Corti pare flebile e poco armonizzata all’interno dell’orchestra istituzionale coinvolta nell’operazione di negoziazione ermeneutica. Privi di una legittimazione “forte”, anche per cultura giuridica, e, in qualche misura “isolati” nella cornice istituzionale, i giudici olandesi finiscono con l’essere particolarmente esposti a critiche e sospetti, anche se risultano agire entro i confini delle proprie prerogative⁹⁷.

⁹³ Come sottolinea G. Y. NG, *Judicialisation and the End of Parliamentary Supremacy*, *op. cit.*, p. 92. Ciò esclude dalla judicial review importanti diritti socio-economici. Non a caso l’autore che confronta i sistemi di judicial review in Uk, Francia e Paesi Bassi, individua quest’ultimo come il sistema più debole fra i tre (p. 93).

⁹⁴ B. OOMEN, *Does the Netherlands have activist judges? They’re just doing their job*, *op. cit.*; si vedano in proposito pure J. UZMAN - T. BARKHUYSEN - M. L. VAN EMMERIK, *The Dutch Supreme Court: a reluctant positive legislator?*, *op. cit.*, che evidenziano come difficilmente la Corte accetti di vestire i panni del “legislatore positivo” soprattutto se si tratta di colmare spazi di discrezionalità politica (pp. 12 – 20). In tal senso gli autori fanno riferimento ad una “very prudent Court, excersing considerable restraint” (p. 30).

⁹⁵ G. Y. NG, *Judicialisation and the End of Parliamentary Supremacy*, *op. cit.*, p. 92.

⁹⁶ Si accolgono in tal senso le sollecitazioni di G. MARTINICO, *Studio sulle forme alternative di judicial review: il caso dei Paesi Bassi e della Svizzera*, *op. cit.*, che fa riferimento a M. POIARES MADURO, *Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (a cura di), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003, p. 501 ss.

⁹⁷ G. Y. NG, *Judicialisation and the End of Parliamentary Supremacy*, *op. cit.*, che afferma “The analysis shows that these parliaments have worked to incorporate the case law of the courts, but the literature suggests that this may be for political reasons rather than because of any particular substantial respect for the courts.”, p. 95.

Oltre alle criticità appena rilevate con riferimento all'organizzazione della giustizia, un ulteriore aspetto da tenere in considerazione è rappresentato dal peculiare sistema olandese di *judicial review* e, aspetto a questo strettamente connesso, dalla funzione marginale e defilata rivestita dalla Costituzione, sia a livello simbolico che giuridico⁹⁸. Certamente, l'apertura della Costituzione olandese al diritto internazionale la rende porosa e dunque dinamica, plastica e potenzialmente più sensibile ai nuovi bisogni della società⁹⁹. Tuttavia, non si può trascurare che questo sistema, al tempo stesso, funziona attraverso un'operazione che si potrebbe definire di "importazione" dei diritti, di un trapianto degli stessi, che non passa né da una modifica costituzionale né da un profondo e articolato dibattito sociale e politico: la costituzione nazionale resta in piedi e vive sì, ormai da più di due secoli, ma come un testo mummificato, soggetto periodicamente a minimi interventi restaurativi¹⁰⁰. Nel frattempo, per effetto del monismo forte vigente nei Paesi Bassi, i trattati internazionali – che, vale la pena ricordarlo, rappresentano il principale parametro per la revisione dei diritti fondamentali – una volta ratificati, diventano automaticamente parte integrante del diritto interno.

In questo contesto, l'affermazione dei diritti umani risulta quindi "delegata" al diritto internazionale oppure esercitata via *proxy* attraverso la promozione delle *class action*. Entrambi questi fattori potrebbero in teoria presentarsi come sostitutivi ai fini della tutela dei diritti e del controllo delle leggi rispetto ad un sistema di *constitutional judicial review* il cui bisogno non risulta particolarmente avvertito nei Paesi Bassi. Dopotutto, chi potrebbe contestare che il paese rappresenti l'esempio di una sana democrazia, fulgido campione della *rule of law*?¹⁰¹ Tuttavia, in concreto, questi profili mancano di offrire un supporto "forte" alle decisioni giudiziali in punto di diritti umani. Non potendo fare appello all'identità costituzionale, le Corti devono derivare la legittimazione giuridica e simbolica delle loro pronunce unicamente dal diritto internazionale, che tuttavia non risulta sempre adatto allo scopo. Diventa, così, difficile per le Corti raccogliere a favore della propria decisione il necessario consenso sociale,

⁹⁸ B. OOMEN, *Strengthening Constitutional Identity Where There Is None*, *op. cit.*, p. 245 ss.. Così pure J. GERARDS, *The Irrelevance of the Netherlands Constitution, and the Impossibility of Changing It*, *op. cit.*, p. 210.

⁹⁹ G. MARTINICO, *Constitutions, Openness and Comparative Law*, in *Estudios de Deusto* 67, n. 1/2019, p. 111. L'autore scrive in proposito, citando l'esempio olandese: "constitutional openness can also perform a transformative function, injecting new blood into the constitutional text. For instance, reference or openness to human rights treaties entail an automatic updating of the list of rights included in a constitutional text, dictated by the potential evolution of the international source, and make the domestic source more adaptive to the new needs of the society", p. 6.

¹⁰⁰ Vedi J. GERARDS, *The Irrelevance of the Netherlands Constitution, and the Impossibility of Changing It*, *op. cit.*, che con riferimento alla principale revisione della Costituzione, nel 1983, parla di un "facelift", dal momento che molte delle proposte di revisione, quelle più importanti, vennero respinte (p. 223) e afferma "the Constitution slowly sinks away in irrelevance, becoming a relic of old-day times rather than a living instrument that may provide guidance and inspiration" p. 229.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 232. Si afferma in proposito "Surely, the Netherlands may not seem to have a strong and living constitution, but then again, perhaps its constitutional colourlessness and its openness to international treaties may be said to be its constitutional identity", p. 233.

soprattutto quando si tratta di questioni divisive e/o la domanda di giustizia che ha dato l'avvio al caso non può contare su un'ampia mobilitazione sociale.

Forse, allora, “l'affaire dikastocracy” può essere letto e compreso come il sintomo di un cortocircuito dialogico che al momento compromette l'assetto degli equilibri istituzionali nei Paesi Bassi e dei rapporti tra trias politica e società. I giudici sembrano al momento mancare di una relazione più fitta e trasparente con gli organismi politici, e di una legittimazione forte di fronte ad essi e al corpo sociale. Il dibattito sulla dicastocrazia, dunque, si presenta come la cartina di tornasole di un disequilibrio tra i vari poteri¹⁰². Forse, riaprire il dibattito sulla Costituzione, non solo rispetto ad una modifica testuale (con l'eventuale introduzione di un sistema di *constitutional judicial review* e di un più compiuto e rinnovato Bill of Rights), ma anche rispetto al suo significato, e alla cultura che la circonda¹⁰³ potrebbe contribuire all'individuazione di un nuovo bilanciamento tra poteri, incoraggiando e promuovendo un dialogo collettivo (tra le istituzioni e tra queste e la società civile), che al momento sembra essersi interrotto.

¹⁰² Come sottolineato da M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1 marzo 2016, p. 7, la tensione tra potere legislativo e giudiziario deve essere considerata come un elemento strutturale dello “stato costituzionale del presente”, p. 18. Tuttavia la tensione che sembra registrarsi nel contesto istituzionale dei Paesi Bassi presenta delle caratteristiche del tutto peculiari. Si potrebbe forse ipotizzare, seguendo le riflessioni dell'autore appena menzionato, che nei Paesi Bassi non si possa cogliere quella fondamentale cesura, quella “svolta costituzionale” che segna l'inizio di una nuova configurazione della relazione tra la legislazione e la giurisdizione, in posizione paritaria ed “equiordinata”, “l'una a fianco dell'altra, entrambe di fronte alla Costituzione”, p. 20. Le ragioni di questa “trasformazione costituzionale”, viene individuata dall'autore nel nuovo atteggiamento maturato dinanzi alla Costituzione, che perde i caratteri del “fatto politico originario”, del mito, per assumere quelli del “processo storico concreto, che produce costituzione attraverso pattuizioni e compromessi espliciti guidati dai partiti politici”, una “visione processuale”, dunque, di sintesi di plurime esigenze e bisogni, p. 16.

¹⁰³ B. OOMEN, *Strengthening constitutional identity where there is none: the case of the Netherlands*, *op. cit.*, che osserva: “Understanding why the proposals of the Constitutional Review Commission yielded so little results requires an understanding of Dutch constitutional identity. [...] Both the members of the Constitutional Review Commission and the minister that received its advice were largely exponents of this constitutional culture that considers the Constitution as one regulative document amongst many, directed towards organs of state, with not much of a role to play in terms of nation-building”, p. 261-262. Inoltre, l'autrice sottolinea come non vi sia stata adeguata copertura dei media con riferimento ai lavori della Commissione di revisione costituzionale, segno della “lack of knowledge of, and interest in the Constitution by laymen”, p. 262.