



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

VOL. 2 | N. 3 | SETEMBRO/DEZEMBRO 2015 | ISSN 2359-5639



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 2 | n. 3 | setembro/dezembro 2015 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral

Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br

REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

ISSN: 2359-5639



© 2014 NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR



Os trabalhos estão licenciados com uma Licença **Creative Commons – Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional**. É autorizada a reprodução total ou parcial exclusivamente para fins não comerciais e desde que inserida a fonte e indicada a autoria do texto, no formato indicado na página inicial de cada artigo.

Endereço: Praça Santos Andrade, n. 50, 3º andar –
Centro – CEP 80020-300 – Curitiba-PR – Brasil
Telefone: +55 41 3310-2683
Site: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/rinc>
E-mail: revista@ninc.com.br

Supervisão editorial: Eliane Peçanha
Revisão: Equipe do NINC-UFPR
Bibliotecária: Paula Carina de Araújo – CRB 9/1562
Capa: Duilio David Scrok
Projeto gráfico: Duilio David Scrok
Diagramação: Duilio Scrok e Editora Íthala
(www.ithala.com.br)

Publicação eletrônica de acesso aberto
Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

R454

Revista de Investigações Constitucionais / Universidade Federal do Paraná,
Núcleo de Investigações Constitucionais. – v.1, n.1 (jan./abr. 2014) –
Curitiba: UFPR, 2014-

Quadrimestral.

Endereço eletrônico: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/rinc>

ISSN: 2359-5639

1. Direito. 2. Direito Constitucional. I. Universidade Federal do Paraná.
Núcleo de Investigações Constitucionais.

CDU 342
CDD 341.2

Catálogo na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas – SiBi

Cobertura temática (classificação do CNPq):

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Objetivo: A Revista de Investigações Constitucionais, fundada no ano de 2014, consiste em periódico científico eletrônico de acesso aberto e periodicidade quadrimestral promovido pelo NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (www.ninc.com.br), e tem como objetivo principal a publicação de artigos jurídicos de excelência de autores nacionais e estrangeiros na seara constitucional.

Linha editorial: A linha editorial segue o eixo de concentração das atividades de pesquisa do NINC, com enfoque para o estudo crítico do Direito Constitucional e das instituições jurídico-políticas, especialmente em suas interfaces com as Teorias da Justiça, a democracia, os direitos fundamentais e a intervenção estatal, e seus pontos de contato com ramos jurídicos do Direito Público intimamente ligados com o Direito Constitucional, tais como o Direito Administrativo, o Direito Eleitoral e a Teoria do Estado.

Double blind peer review: A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas “*ad hoc*” portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição promotora da revista (Universidade Federal do Paraná) e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são, portanto, sempre Professores Doutores vinculados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

EQUIPE EDITORIAL

Coordenador Editorial

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

(Universidade Federal do Paraná e Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Conselho Editorial

Prof. Dr. Alberto Bianchi (Universidad Católica Argentina – Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Allan Brewer-Carias (Universidad Central de Venezuela – Caracas, Venezuela)

Prof. Dr. André Ramos Tavares (Universidade de São Paulo – São Paulo- SP, Brasil)

Prof. Dr. Carlos Bernal Pulido (Macquarie Law School – Sidney, Austrália)

Prof. Dr. Claudio Pereira Souza Neto (Universidade Federal Fluminense – Niterói-RJ, Brasil)

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Prof. Dr. Christoph Bezemek (Universität Wien – Viena, Áustria)

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior (Universidade Federal de Pernambuco – Recife-PR, Brasil)

Prof. Dr. Gilberto Bercovici (Universidade de São Paulo – São Paulo-SP, Brasil)

Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá (Universidad de Talca – Santiago, Chile)

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre-RS, Brasil)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Universidade de Fortaleza – Fortaleza-CE, Brasil)

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo – Palermo, Itália)

Prof.^a Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal (Universidade de Santa Cruz do Sul – Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)

Prof. Dr. Néstor Pedro Sagüés (Universidad de Buenos Aires – Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Richard Albert (Boston College Law School – Boston, Estados Unidos da América do Norte)

Prof. Dr. h.c. mult. Robert Alexy (Christian-Albrechts-Universität zu Kiel – Kiel, Alemanha)

Secretaria Executiva

Tuany Baron de Vargas

Luzardo Faria

Equipe de Redação e Revisão

Brunna Marin

Carolina Chagas

Érico Prado Klein

Luzardo Faria

Pedro Henrique Gallotti Kenicke

Renan Guedes Sobreira

Tailaine Cristina Costa

Tuany Baron de Vargas



Sumário

Contents

Editorial: O Estado sob controle

Editorial: The State under control

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44823>

Daniel Wunder Hachem 4

Judicial federalism in the United States: structure, jurisdiction and operation

Federalismo judicial nos Estados Unidos: estrutura, jurisdição e funcionamento

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44526>

G. Alan Tarr 7

The progressive era of constitutional amendment

A era progressiva das emendas constitucionais

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44528>

Richard Albert 35

The vanishing boundaries between technical and political: normativism and pragmatism in the Brazilian courts' adjustment of public policies

Os esvaecidos limites entre técnica e política: normativismo e pragmatismo no ajuste de políticas públicas realizado pelas cortes brasileiras

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44529>

Juliana Pondé Fonseca 61

Legislazione e comparazione

Legislation and comparison

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44530>

Tommaso Edoardo Frosini 83

La dynamique de la déférence: création et évolution des modèles auto-restrictives de contrôle juridictionnel dans le droit comparé

The dynamics of deference: the creation and the evolution of deferential standards of judicial review in comparative law

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44531>

Eduardo Jordão111

El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos

The conventionality control as expression of the constitutionality control: originality and faults

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44532>

Víctor Rafael Hernández-Mendible.....137

La interpretación de la Constitución en sede administrativa

The interpretation of the Constitution in the administrative field

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44533>

Afonso Buteler169

Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade

Institutional dialogues: structure and legitimacy

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>

Clèmerson Merlin Clève

Bruno Meneses Lorenzetto183

Sobre os termos e definições no Direito da Informação

About the terms and definitions in information law

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44535>

Illaria L. Bachilo.....207

Instruções para autores

Instructions for authors

.....223

Editorial

Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44823>



Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons

O Estado sob controle

The State under control

A essência do constitucionalismo como fenômeno jurídico-político reside na limitação do poder do Estado. É essa a principal razão de ser de uma Constituição: restringir o poder político manejado pelos órgãos estatais – inclusive o poder de criar as leis, tipicamente atribuído ao Poder Legislativo – para assegurar o respeito a um conjunto de valores e decisões reputados fundamentais pela (e para a) sociedade, com o propósito de evitar a arbitrariedade e o autoritarismo. De nada adiantaria, porém, fixar parâmetros de atuação aos poderes constituídos se, no caso de desvios ou descumprimentos, inexistissem meios de controle da atuação do Estado.

Por esse motivo, a temática do controle da atividade estatal vem conquistando nas últimas décadas redobrada atenção dos estudiosos do Direito Público. O presente número da **Revista de Investigações Constitucionais** ilustra o destaque adquirido por esse assunto nos dias atuais, com trabalhos acerca do funcionamento do federalismo judicial nos Estados Unidos; das fronteiras entre o técnico e político no controle judicial de políticas públicas; dos modelos de autorrestrrição no controle jurisdicional da Administração Pública no Direito Comparado; das relações entre controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade; do controle de constitucionalidade exercido pela Administração Pública; e dos diálogos institucionais entre os Poderes da República como pressuposto para um controle democrático.

Como citar este editorial | How to cite this editorial: HACHEM, Daniel Wunder. Editorial: O Estado sob controle. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 4-6, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44823>.

Nesta edição, são publicados artigos em 5 idiomas distintos (inglês, espanhol, italiano, francês e português), elaborados por professores pertencentes a 7 universidades de 6 países diversos (Estados Unidos, Itália, Venezuela, Argentina, Rússia e Brasil – Rio de Janeiro e Paraná). Entre os artigos publicados, 100% são de Professores Doutores, 77% redigidos em língua estrangeira, 77% de autores estrangeiros e 88% de autores exógenos ao Estado do Paraná. São eles:

- Judicial federalism in the United States: structure, jurisdiction and operation

G. Alan Tarr

Professor of Political Science at Rutgers University (Camden-NJ, United States of America).

- The progressive era of constitutional amendment

Richard Albert

Associate Professor at Boston College Law School (Boston, USA)

- The vanishing boundaries between technical and political: normativism and pragmatism in the Brazilian courts' adjustment of public policies

Juliana Pondé Fonseca

LL.M. Candidate, Yale Law School (New Haven, United States of America)

- Legislazione e comparazione

Tommaso Edoardo Frosini

Ordinario di Diritto pubblico comparato della Facoltà di giurisprudenza – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli (Napoli, Italia)

- La dynamique de la déférence: création et évolution des modèles auto-restrictives de contrôle juridictionnel dans le droit comparé

Eduardo Jordão

Professeur à l'Ecole de Droit de Rio de Janeiro de la Fundação Getulio Vargas – FGV Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

- El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos

Víctor Rafael Hernández-Mendible

Profesor-Director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la Universidad Monteávila (Caracas, Venezuela)

- La interpretación de la Constitución en sede administrativa

Afonso Buteler

Docente de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Empresarial Siglo 21 (Córdoba, Argentina)

- Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade

Clèmerson Merlin Clève

Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná e do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil (Curitiba-PR, Brasil)

Bruno Meneses Lorenzetto

Professor de Direito do Programa de Mestrado em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil e da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil)

- Sobre os termos e definições no Direito da Informação

Illaria L. Bachilo

Diretora do Setor de Direito da Informação do Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences (Moscou, Rússia)

O controle da conduta estatal, embora imprescindível num Estado de Direito, não pode ser levado a cabo de maneira irresponsável, com a substituição da arbitrariedade do ente controlado pelo autoritarismo do órgão controlador. Por essa razão, é preciso sofisticar o debate, explorando os mecanismos institucionais adequados para o exercício dessa tarefa e buscando as alternativas mais equilibradas oferecidas pelas teorias constitucionais contemporâneas.

Curitiba, setembro de 2015.

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

Coordenador Editorial da Revista de Investigações Constitucionais



Judicial federalism in the United States: structure, jurisdiction and operation

Federalismo judicial nos Estados Unidos: estrutura, jurisdição e funcionamento

G. ALAN TARR*

Rutgers University (United States of America)
tarr@camden.rutgers.edu

Recebido/Received: 15.08.2015 / August 15th, 2015

Aprovado/Approved: 07.09.2015 / September 07th, 2015

"To provide against Discord between national & State Jurisdictions, to render them auxiliary instead of hostile to each other; and so to connect both as to leave sufficiently independent, and yet sufficiently combined, was and will be arduous."¹

John Jay

First chief justice of the U.S. Supreme Court

Resumo

O presente artigo tem o objetivo de analisar o federalismo no Poder Judiciário dos Estados Unidos. Para isso, realiza uma comparação entre as competências e a autonomia das cortes estaduais e federais, concluindo que o modelo adotado no Judiciário é muito parecido com aquele seguido no âmbito executivo e legislativo. Analisa, ainda, o fenômeno da federalização no âmbito mais específico do Direito Penal, afirmando que, nessa seara, os réus têm direito a recorrer às cortes federais sempre que algum dano que lhe for causado com fundamento em norma estadual, violando uma norma federal. Por fim, conclui que, apesar de alguns problemas

Abstract

The present article aims to analyze the judicial federalism in the United States. To do so, it compares the jurisdiction and the autonomy of the federal and states courts, concluding that the model adopted in the Judiciary is similar to that followed by the Executive and Legislative branches. Furthermore, it analyzes the federalization of Criminal Law, affirming that, in this field, the defendants have the right to appeal to federal courts every time that some damage has been caused to them based on a state law, violating a federal law. By the end, it concludes that, despite the existence of some endemic and periodical problems, the American system of judicial federalism has largely

Como citar esse artigo/How to cite this article: TARR, G. Alan. Judicial federalism in the United States: structure, jurisdiction and operation. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 7-34, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44526>

* Professor of Political Science at Rutgers University (Camden-NJ, United States of America). Doctor of Philosophy degree – Ph.D. (University of Chicago). Master of Arts degree – M.A. (University of Chicago). Bachelor of Arts degree – B.A. cum laude (College of the Holy Cross). Director of the Center for State Constitutional Studies and Board of Governors. Organizer of the International Association of Subnational Constitutional Law.

¹ MARCUS, Maeva (Ed.). **The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1790-1800**. vol. 2. New York: Columbia University Press, 1988. p. 27-28.

endêmicos e periódicos, o sistema americano de federalismo judicial obteve considerável sucesso na promoção de uniformidade nacional e diversidade subnacional na administração da justiça.

Palavras-chave: federalismo judicial; Poder Judiciário; Cortes estaduais e federais; Direito Penal; Estados Unidos.

succeeded in promoting national uniformity and subnational diversity in the administration of justice.

Keywords: *judicial federalism; Judicial branch; federal and states courts; Criminal Law; United States.*

CONTENTS

1. Constitutional Foundations of America's Judicial Federalism; **2.** The Federal Judicial Power and Federal Jurisdiction; **2.1.** The Federal Judicial Power; **2.2.** Federal Jurisdiction; **3.** The State Judicial Power and Judicial Federalism; **3.1.** The Division of Authority; **3.2.** State Judicial Power; **3.3.** The New Judicial Federalism; **4.** The Federal Courts; **4.1.** Development; **4.2.** Current Structure; **5.** State Courts; **5.1.** Structure; **5.2.** Development and Reform; **6.** Relationships between State and Federal Courts; **6.1.** The "Federalization" of Criminal Law; **6.2.** Habeas Corpus; **6.3.** Certification; **6.4.** Cooperative Arrangements; **7.** Emerging and Endemic Issues Affecting State and Federal Courts; **7.1.** Judicial Independence and Accountability; **7.2.** Judicial Branch Autonomy; **8.** Conclusion; **9.** References.

1. CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS OF AMERICA'S JUDICIAL FEDERALISM

To choose federalism is to choose complexity in government. Having multiplied the number of governments, a federal democracy must provide for the allocation of power and responsibility among them, and it must devise mechanisms and procedures for resolving disagreements and settling boundary conflicts. Whereas the component units of all federal systems exercise legislative and executive power, many federations — for example, Austria, Canada, and India — have not instituted complete sets of courts at both the federal and component-unit levels. The United States, in contrast, has fifty-one court systems, fifty state and one federal, each with the full panoply of trial and appellate courts. The federal government determines the structure and operation of the federal courts, and each of the fifty states determines the structure and operation of its own courts. Federal law primarily determines the division of authority between these court systems.

Under British rule, the thirteen American colonies operated their own systems of courts, and the states continued to do so after independence. The federal Constitution presupposes the continued existence and operation of state courts: Article IV requires that "full faith and credit...be given in each State to the ...judicial Proceedings of every other State," thus regulating horizontal judicial federalism, and Article VI mandates that "the Judges in every State shall be bound" to recognize the supremacy of federal law, thus regulating vertical judicial federalism.²

² U.S. Constitution, Art. IV, sec. 1, and Art. VI, sec. 2.

Beyond that, the Constitution itself created only a single federal court, the United States Supreme Court. It vested the Supreme Court with a very limited original jurisdiction and an appellate jurisdiction that encompasses all cases under the federal judicial power, “with such Exceptions, and under such Regulations as Congress shall make.”³ Congress was authorized to create additional federal courts and to invest them with portions of the federal judicial power, an invitation that it immediately accepted in the Judiciary Act of 1789. However, the Constitution did not mandate that the federal judicial power be exercised only by the federal courts, and in fact the Judiciary Act granted only a limited jurisdiction to the federal courts, with cases outside that jurisdiction (but within the federal judicial power) being resolved by state courts. Despite the expansion of the jurisdiction of the federal courts over time, even today federal courts do not comprehensively or exclusively exercise the federal judicial power.

Furthermore, the federal judicial power granted in Article III encompasses only a small proportion of all legal disputes. The absence of a comprehensive judicial power vested in the federal courts necessitates that there be state courts to resolve those disputes that fall outside of the federal judicial power. Cases that are exclusively matters for state courts include cases arising from the violation of state criminal statutes (more than ninety-five percent of criminal prosecutions occur in state courts) and suits between citizens of the same state when only state law is implicated. The decision not to grant a comprehensive judicial power to the federal government is consistent with the overall constitutional design, which established a federal government of limited, delegated powers rather than one with plenary powers. The Tenth Amendment confirmed that this was the aim, emphasizing that “[t]he powers not delegated to the United States by the Constitution” were “reserved to the States respectively, or to the people.”

Although the U.S. Constitution contemplated that each state would have its own court system, it did not prescribe the structure and operation of state courts, aside from the broad general strictures that the federal government was to guarantee to each state a “republican form of government”⁴ and, with the adoption of the Fourteenth Amendment, that no state shall “deprive any person of life, liberty, or property, without the due process of law.”⁵ The former provision, the so-called Guarantee Clause, has never been used as a basis for intervening against state courts, although some opponents of judicial elections have speculated that they impinge on the rule of law and thus are incompatible with republican government.⁶ This is at best a dubious proposition. The Due Process Clause has been used by the U.S. Supreme Court to strike down

³ U.S. Constitution, Art. III, sec. 2, para. 2.

⁴ U.S. Constitution, Art. IV, sec. 4.

⁵ U.S. Constitution, Fourteenth Amendment, sec. 1.

⁶ FROHNMEYER, David B.; LINDE, Hans A. State Court Responsibility for Maintaining ‘Republican Government’: An Amicus Curiae Brief. **Willamette Law Review**, Salem, vol. 39, n. 1, oct./dec. 2003, p. 1487-1505.

numerous rulings by state courts, but its impact has extended only to overturning judicial decisions.⁷ It has not led to federal legislation affecting the structure or operation of state courts. Rather, the design and operation of state court systems continues to be determined by state statutes and state constitutions.

2. THE FEDERAL JUDICIAL POWER AND FEDERAL JURISDICTION

1.1. The Federal Judicial Power

Whether a particular case falls within the federal judicial power conferred by Article III of the Constitution is determined by who the parties to the case are (e.g., “Cases affecting Ambassadors, other public Ministers, and Consuls”) and/or by the subject matter of the case (e.g. “all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made under their Authority”). The specific grants of federal judicial power point to four basic purposes the federal judiciary is meant to serve. First, federal courts serve to vindicate the authority of the federal government. To that end, they are empowered to hear cases arising under the laws of the United States, cases arising under the U.S. Constitution, and cases in which the federal government is a party. Second, federal courts ensure the exclusive control of the federal government over foreign affairs. For that purpose, they are given the power to hear admiralty and maritime cases, cases arising under treaties, cases involving ambassadors, or other representatives of foreign countries, and cases between states (or the citizens thereof) and foreign nations, citizens, or subjects. Third, federal courts umpire interstate disputes, hearing controversies between two or more states and controversies between a state and a citizen of another state. Finally, federal courts protect out-of-state litigants from the possible bias of state tribunals, hearing cases involving citizens of different states (the federal courts’ “diversity-of-citizenship” jurisdiction).

Limitations on the federal judicial power derive both from the separation of powers and from federalism. With regard to the former, Article III’s restriction of the federal courts to “cases or controversies” is crucial. This justiciability limitation, rooted in the common-law understanding of courts as forums for dispute resolution, means that federal courts can only address issues when they are presented in the form of a real conflict of legal interests or rights between contending parties. To bring a case in federal court, a party must have standing to sue, that is, he or she must “allege personal injury fairly traceable to the defendant’s allegedly unlawful conduct and likely to be

⁷ The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment became the basis by which the U.S. Supreme Court has applied the protections of the Bill of Rights against state violations. See ROSSUM, Ralph A.; TARR, G. Alan. **American Constitutional Law: Volume II - The Bill of Rights and Subsequent Amendments**. 9th ed. Boulder: Westview Press, 2013. p. 54-59.

redressed by the requested relief.”⁸ The requirement of a *personal* injury largely excludes taxpayer suits or suits by individuals as private attorneys general seeking to vindicate constitutional values.⁹ Federal courts also cannot address “political questions,” understood as cases that would “involve inappropriate interference in the business of the other branches of government.”¹⁰ Among the issues understood as political questions are those that the Constitution has committed to other branches for resolution, such as impeachment, and those for which there are no “judicially discoverable or manageable [legal] standards” or which require “an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion,” such as most issues in foreign affairs.¹¹ Finally, the case or controversy requirement precludes federal courts from addressing hypothetical issues, rendering advisory opinions, or ruling on the constitutionality of proposed legislation before its enactment.

A further limit on the federal judicial power flows from the federal character of the system of government created by the Constitution and from the states’ status as constituent units of that system. According to the U.S. Supreme Court, the federal judicial power does not extend to suits against states without their consent, because the states enjoy sovereign immunity. Therefore, even in the exercise of its constitutionally granted powers, Congress cannot invade the sovereign immunity of states by authorizing suits against them in federal or state courts. In a series of cases dating from the mid-1990s, the Supreme Court has strictly limited the power of Congress to abrogate the sovereign immunity of states, striking down several federal statutes that did so. In the first of these cases, *Seminole Tribe of Florida v. Florida* (1996), Chief Justice Rehnquist relied primarily on the Eleventh Amendment as the constitutional basis for invalidating a congressional effort to abrogate sovereign immunity.¹² In subsequent cases the Court held that the states’ immunity from suit “is a fundamental aspect of the sovereignty which the States enjoyed before the ratification of the Constitution” and is “confirm[ed] by the Tenth Amendment.”¹³ Whatever the constitutional basis, the result is that the

⁸ *Allen v. Wright*, 468 U.S. 737, 751 (1984).

⁹ The notion that federal courts are prohibited from hearing cases involving “generalized grievances” is elaborated in *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992). On the restriction on taxpayer suits, see *Frothingham v. Mellon*, 262 U.S. 447 (1923) and *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968). For a general overview, see ROSSUM, Ralph A.; TARR, G. Alan. **American Constitutional Law: Volume I – The Structure of Government**. 9th ed. Boulder: Westview Press, 2013. Chapter 3.

¹⁰ *United States v. Munoz-Flores*, 495 U.S. 385, 394 (1990).

¹¹ See *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993), and *Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996 (1979).

¹² *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996). The Eleventh Amendment, adopted in 1798, reads: “The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State.”

¹³ *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706, 713 (1999). Cases following the Court’s lead in *Alden* include: *Kimmel v. Board of Regents*, 528 U.S. 62 (2000); *Trustees of the University of Alabama v. Carrett*, 531 U.S. 356 (2001); and *Federal Maritime Commission v. South Carolina State Port Authority*, 535 U.S. 743 (2002).

states' sovereign immunity operates as a check on the exercise of the federal judicial power.

1.2. Federal Jurisdiction

The Constitution defines the original jurisdiction of the U.S. Supreme Court, i.e., the range of cases that it hears as a court of first instance, and Congress can neither add to nor subtract from the original jurisdiction conferred by the Constitution. An attempt by Congress to add to the Court's original jurisdiction became the basis for the Supreme Court's initial invalidation of a congressional statute in the celebrated case of *Marbury v. Madison*.¹⁴ Beyond that, the Constitution leaves it to Congress to define the jurisdiction of the various federal courts, that is, what portion of the federal judicial power each will exercise. Congress has assigned criminal cases arising under federal statutes exclusively to federal courts. It has also made federal jurisdiction exclusive with regard to certain issues that demand national uniformity, such as patents, copyrights, and suits against the federal government. But it has allowed state trial courts to exercise concurrent jurisdiction with federal district (trial) courts in most civil cases arising under the federal judicial power.¹⁵ Thus, with only a few exceptions, civil cases that could be filed in federal court can be initiated in state courts as well. Even when the party initiating the case chooses state court, if the case was one that could have been brought in federal court, the defendant may "remove" the case to federal court. This enables lawyers to choose to contest a case in the court in which they believe they have the best chance of winning. Also, throughout the nation's history Congress has limited the jurisdiction of federal courts. In "diversity of citizenship" cases, for example, the Constitution permits federal courts to be assigned all cases involving a suit by a citizen of one state against the citizen of another state, Congress restricts federal courts to cases in which at least \$75,000 is at stake.

Although federal jurisdiction might seem a technical concern, it has generated intense, if episodic, political conflict for more than two centuries.¹⁶ After the adoption of the Judiciary Act of 1789, during the nation's first century, conflicts over federal jurisdiction centered largely on questions of federalism. Nationalists in Congress sought to enlarge federal jurisdiction, while champions of states' rights attempted to maintain the prerogatives of state courts, assuming that those courts would adopt a more localistic perspective. The first major expansion of federal jurisdiction occurred after the Civil

¹⁴ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803).

¹⁵ Note the use of the word "allow": because Congress does not assign jurisdiction to state courts; state courts hear all cases not assigned to the federal courts exclusively.

¹⁶ See REDISH, Martin H. **Federal Jurisdiction: Tensions in the Allocation of Judicial Power**. Indianapolis: Michie, 1980.

War (1861-1865). Congress suspected, with good reason, that state courts in the South would be unwilling to vindicate the rights of newly freed slaves; so to ensure that those rights were protected, it expanded the jurisdiction of the federal courts. The Habeas Corpus Act of 1867 enabled all persons in custody “in violation of the constitution, or of any treaty or law of the United States” to seek redress in federal court. This in effect authorized federal courts to oversee state courts in criminal cases to ensure that defendants were not imprisoned in violation of federal law. The Judiciary Act of 1875 conferred on the federal courts jurisdiction in all cases involving questions of federal law and in all diversity cases where more than \$500 was at stake. This grant of jurisdiction over “federal question” cases ensured that all those who believed their federal rights had been infringed could get a hearing before a federal judge. Since the adoption of this Act, the growth in the business of the federal courts has been due largely to new congressional legislation, which has created new “federal questions.” For example, the adoption of the Volstead Act in 1920 to enforce Prohibition more than doubled the criminal prosecutions in federal courts, and the enactment of civil rights statutes in the 1960s dramatically increased racial discrimination cases in federal courts.

Since the late nineteenth century, changes in federal jurisdiction have reflected either congressional dissatisfaction with judicial decisions or a concern to relieve the caseload pressures on the federal courts. An example of the former is a statute enacted in 1914 that empowered the U.S. Supreme Court to review all state rulings that relied on federal law. (Previously the court could only review state court rulings *upholding* state statutes against federal constitutional challenges.) Congress’s action was a response to *Ives v. South Buffalo Railway* (1911), in which New York’s Supreme Court had ruled that the state’s workmen’s compensation act (the first in the nation) violated the federal Constitution.¹⁷ Because most members of Congress favored such legislation and believed it to be constitutional, they wanted the Supreme Court to be able to overturn excessive constraints placed on state legislatures by state courts.

In recent decades, political conservatives in Congress have responded to controversial federal court decisions by proposing legislation to restrict the power of those courts to rule on particular issues. During the 1970s and 1980s, conservatives introduced bills that would have prohibited lower federal courts from ruling on abortion, school prayer, and busing of students to achieve racial integrations in public schools. None of these bills was adopted. Following the election of Republican majorities in both houses of Congress in 1994, however, less drastic restrictions on federal jurisdiction were approved. In 1995, Congress enacted the Prison Litigation Reform Act, which reduced the discretion of federal courts in supervising prisons and requiring the early release of prisoners, and the Effective Death Penalty Act, which limited the power of

¹⁷ *Ives v. South Buffalo Railway*, 201 N.Y. 271 (1911).

federal courts to consider successive habeas corpus petitions filed by inmates awaiting execution.

Some commentators, including former Chief Justice Rehnquist, have proposed further reducing the caseloads of federal courts by eliminating their diversity-of-citizenship jurisdiction. Proponents of this change insist that state courts today treat residents and non-residents even handedly, and so the original justification for the diversity jurisdiction (avoiding possible bias against non-residents in state courts) no longer exists. Shifting diversity cases to state courts would significantly reduce federal case-loads, as diversity-of-citizenship cases account for more than twenty percent of all civil cases filed in federal district courts. However, the American Bar Association and various trial lawyers' organizations have opposed this change, maintaining that federal courts do a better job than do state courts in dispensing justice. This dispute sparked a lively exchange in legal publications debating the "parity" of federal courts and state courts.¹⁸

Whatever the merits of the competing arguments, those seeking to maintain diversity jurisdiction have thus far blocked its elimination.

3. THE STATE JUDICIAL POWER AND JUDICIAL FEDERALISM

1.3. The Division of Authority

Three legal principles govern the relations between federal and state courts in their exposition and interpretation of federal and state law. The first principle is the supremacy of federal law. Under the Supremacy Clause of the U.S. Constitution, all inconsistencies between federal and state law are to be resolved in favor of the federal law, as long as the federal government is acting within the sphere of its authority. Thus, the federal Constitution, federal statutes, and federal administrative regulations all supersede state enactments, including state constitutions. A second principle is the authority of each system of courts to expound its own body of law. State courts must not only give precedence to federal law over state law, they must also interpret the federal law in line with current rulings of the U.S. Supreme Court. Conversely, in interpreting the law of a state, federal courts are bound to accept as authoritative the interpretation of that law propounded by the highest court of that state. A third principle is the so-called autonomy principle: when a case raises issues of both federal and state law, the U.S. Supreme Court will not review a ruling grounded in state law unless the ruling is inconsistent with federal law. Thus, when a state ruling rests on "adequate and independent state grounds," it is immune from review by the U.S. Supreme Court.

¹⁸ See, for example, NEUBORNE, Burt. The Myth of Parity. *Harvard Law Review*, New Haven, vol. 90, n. 6, apr. 1977, p. 1105-1131; and BATOR, Paul. The State Courts and Federal Constitutional Litigation, *William & Mary Law Review*, Williamsburg, vol. 22, n. 4, ago./oct. 1981, p. 605-638.

1.4. State Judicial Power

Because all residual powers under the federal Constitution lie with the states, the state judicial power extends to all cases that do not fall within the exclusive jurisdiction of the federal courts. This encompasses most legal disputes. Moreover, in determining what constitutes a “case” appropriate for judicial resolution, the states are not bound by the justiciability limitations imposed on federal courts by Article III of the federal Constitution. Rather, state constitutions and state statutes determine what sorts of claims can be litigated in state courts. Thus, whereas federal law imposes strict standing-to-sue requirements, many states have been far more liberal in awarding standing, with most permitting taxpayers’ suits to challenge state or municipal government action. Similarly, whereas federal courts cannot issue advisory opinions, seven state constitutions expressly impose on their supreme courts a duty to render such opinions, usually upon request by the legislature or the executive. In two other states, courts have upheld statutes permitting advisory opinions even in the absence of constitutional authorization, and in North Carolina the power to issue advisory opinions has been established by judicial decision.¹⁹

Justice William Brennan, who served on the New Jersey Supreme Court before his elevation to the U.S. Supreme Court, once observed that “the composite work of the courts in the fifty states probably has greater significance [than that of the U.S. Supreme Court] in measuring how well America attains the ideal of equal justice for all.”²⁰ In part this reflects the sheer volume of cases that American state courts decide annually. But in addition, the decisions that state courts render tend to have a more direct and immediate impact on the daily lives of ordinary citizens than do most rulings of federal courts. More than ninety-five percent of criminal cases are state cases, arising under state criminal laws. Family matters (divorce, child custody, and adoption) and landlord-tenant relations are regulated by state law and addressed by state courts. So, too, are traffic violations, creditor-debtor disputes, most personal injury suits, and most commercial transactions. Such issues not only arise in state courts but also are settled by them. Although some state judicial decisions are subject to review by the federal courts, most fall outside the federal judicial power—that is, they resolve disputes under state law between citizens of the same state. Even when the U.S. Supreme Court might in theory review state rulings, the sheer number of state cases means that only a minuscule percentage receive federal judicial scrutiny, so state courts render the final determinative decision in almost all the cases they consider.

¹⁹ Colorado, Florida, Maine, Massachusetts, New Hampshire, Rhode Island, and South Dakota provide for advisory opinions by constitutional mandate, Alabama and Delaware by statute, and North Carolina by court decision.

²⁰ BRENNAN JR, William J. State Supreme Court Judges *versus* United States Supreme Court Justice: A Change in Function and Perspective. **University of Florida Law Review**, Gainesville, vol. 19, 1996. p. 236.

1.5. The New Judicial Federalism

The most significant recent development involving the exercise of state judicial power was the emergence in the early 1970s of the new judicial federalism, that is, state courts relying on state bills of rights to provide greater protection than was available under the federal Bill of Rights.²¹ The development of the new judicial federalism originated in response to changes in personnel on the U.S. Supreme Court, best symbolized by the appointment in 1969 of Warren Burger to succeed Earl Warren as chief justice. These personnel changes alarmed civil-liberties advocates, who expected that the re-constituted Supreme Court would erode the gains they had made during the Warren Court era, particularly with regards to the rights of defendants in criminal cases. As it turned out, these fears were largely exaggerated, but they led civil-liberties groups to look for alternative means to safeguard rights, a search that led them eventually to embrace state bills of rights.

The decision to rely on state courts and state bills of rights was rather surprising. State bills of rights protect many of the same set of fundamental rights—the freedoms of speech and of the press, religious liberty, and protections for defendants—found in the federal Bill of Rights. Moreover, historically state courts had not been aggressive in enforcing those guarantees, which was one of the reasons that civil-liberties groups in the past had sought to pursue their claims in federal courts. Nevertheless, several factors made these state bills of rights attractive to rights advocates in the early 1970s. First of all, state judges interpreting state bills of rights are not obliged to conform their interpretations to the rulings of federal courts interpreting analogous federal provisions. Even when the language is identical or nearly identical, state judges are interpreting a unique document, with a unique history, and this uniqueness may justify a different interpretation. Moreover, even if the federal courts have interpreted an identical constitutional provision in a nearly identical case, as a matter of law the federal ruling is not binding—states are the ultimate interpreters of their own constitutions, and they may simply disagree. They need not assume that the federal interpretation is the best legal interpretation. In addition, under the legal doctrine of “adequate and independent state grounds,” rulings based solely on state law are not subject to federal scrutiny.²² This means that expansive state rulings, if based on the rights guarantees in state constitutions, are insulated from review and reversal by the Supreme Court. Thus, the shift to state bills of rights represented a tactical maneuver by groups

²¹ On the development of the new judicial federalism and its impact, see TARR, G. Alan. *The New Judicial Federalism in Perspective*. *Notre Dame Law Review*, Notre Dame, vol. 72, n. 4, may 1997, p. 1097-1118.

²² Key cases developing the notion of “independent and adequate state grounds” include *Herb v. Pitcairn*, 324 U.S. 117 (1945), and *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1032 (1983).

eager to evade what they perceived as a less hospitable federal constitutional law. From 1950 to 1969, in only ten cases did state judges rely on state guarantees of rights to afford greater protection than was available under the federal Constitution. But since then they have done so in more than 1200 cases.

The new judicial federalism may have begun as an attempt to circumvent conservative decisions of the Supreme Court, but over time its character has changed. Initially, the new judicial federalism was confined to a few pioneering courts, but by now reliance on state bills of rights had become standard practice in all state courts. Initially, the agenda of the new judicial federalism was determined in reaction to or in anticipation of rulings by the U.S. Supreme Court on issues such as the rights of defendants and the financing of public education, but that too has changed. State courts continue to address such issues, but they likewise confront new issues that have been addressed rarely or not at all by the Supreme Court. For example, the supreme courts in a number of states have considered state constitutional challenges to changes in tort law, and several also addressed issues involving the rights of gays and lesbians. State constitutional law is thus increasingly becoming an independent body of law rather than a body of law defined by its relation to federal constitutional law. This is reflected in the highly sophisticated literature on the distinctive problems of state constitutional interpretation that has developed in recent years.²³

From a theoretical perspective, under the American system of rights protection, the federal government provides the base, the constitutional minimum, ensuring the protection of fundamental rights, while state protections build upon that base, providing whatever additional protections the citizens of the state deem appropriate. From an institutional perspective, the logic is slightly different. The initial responsibility for protecting rights often rests with the states, both their political branches and their courts. Federal intervention usually occurs as a result of litigation, when the states have failed to meet their responsibilities. This offers substantial opportunity for state courts to develop independently their own bodies of civil-liberties law, and they have authored pioneering rulings involving the death penalty, the rights of defendants, the financing of public education, the rights of gays and lesbians, and several other matters.²⁴

²³ See WILLIAMS, Robert F. The Brennan Lecture: Interpreting State Constitutions as Unique Legal Documents. *Oklahoma City University Law Review*, Oklahoma, vol. 27, mar./may 2002, p. 189-229.

²⁴ For an overview of state civil-liberties rulings under the new judicial federalism, see FRIESEN, Jennifer. *State Constitutional Law: Litigating Individual Rights, Claims and Defenses*. 4th ed. Charlottesville: LexisNexis, 2006.

4. THE FEDERAL COURTS

1.6. Development

Congressional statutes have defined and then redefined the federal court system.²⁵ The Judiciary Act of 1789 established a Supreme Court of six justices and provided for two sets of federal trial courts, the thirteen district courts and the three circuit courts. A district court was established in each state, staffed by a single district judge, exercising a limited jurisdiction involving such matters as revenue, admiralty, and minor crimes. The other trial courts, the circuit courts, were likewise geographically based. They initially had no judges of their own, but operated in multi-judge panels consisting of the district judge for the district and one or both of the Supreme Court justices who “rode circuit” (literally traveled from place to place) to hear cases. Beginning in the early nineteenth century, Congress multiplied the number of districts, creating new districts as new states were admitted to the union and dividing existing states into more than one district. In dividing states into multiple districts, Congress did not act on the basis of a general plan but rather proceeded in piecemeal fashion, state by state, typically responding to the urgings of local groups that were eager to have courts that were more convenient geographically.

After the Civil War the expansion of federal jurisdiction, the increase in the number of judicial districts and circuits, and growth in the caseloads of the federal courts all caused the U.S. Supreme Court—at that point the only federal appellate court—to be inundated with appeals. Litigants as a result had to wait as long as three years to have their cases heard. To alleviate this backlog, Congress in 1891 created Circuit Courts of Appeals to hear appeals from the District Courts and Circuit Courts. In 1911 Congress eliminated the Circuit Courts, vesting the original jurisdiction of those courts in the District Courts, thus finalized the three-tiered structure of the federal court system that exists today.

In addition to the courts already described, Congress has since 1855 created a number of specialized federal courts. In some instances these courts were designed to relieve Congress from deciding individually large numbers of similar claims, thus freeing Congress to devote its attention to legislation. This was the rationale for the creation in 1855 of the Court of Claims (now the U.S. Court of Federal Claims) to hear suits against the federal government for monetary damages—e.g., claims for tax refunds and for compensation for federal takings of private property for public use. In other instances specialized courts were created because it was important to ensure a uniform

²⁵ Our account of the development of the federal judicial system relies on FALLON, Richard. **Hart and Wechsler's The Federal Courts in the Federal System**. 4th ed. Westbury: Foundation Press, 1996; and REDISH, Martin H. **Federal Jurisdiction: Tensions in the Allocation of Judicial Power**. Indianapolis: Michie, 1980.

to ensure uniform resolution of issues arising under federal statutes of national application. Thus the U.S. Customs Court, located in New York City, hears cases arising out of civil rulings by U.S. customs collectors involving the amount of customs duties, the value of imported goods, and the exclusion of merchandise from the country. Specialized courts may also be created, sometimes merely temporarily, to address problems arising from a particular emergency. Thus the Alien Terrorist Removal Court was established in the wake of the bombing of the federal office building in Oklahoma City in 1996, in order to streamline the deportation of criminal aliens after they had served their prison sentences. Finally, some specialized courts have been established to deal with highly sensitive matters—for example, the Foreign Intelligence Surveillance Court (1978) oversees the issuance of warrants to use electronic eavesdropping to acquire “foreign” intelligence within the United States.

1.7. Current Structure

Congress has established ninety-four district courts, staffed by 663 judges (as of October, 2015), serving the fifty states, the District of Columbia, and territories (e.g., the Virgin Islands) governed by the United States. Every state has at least one district court, and no district extends beyond the borders of a single state. Larger or more populous states are divided into more than one district, with three states—California, New York, and Texas—each having four district courts. Every district court has at least two judges: the number of judges assigned to a district court depends on its caseload, and that varies considerably from district to district. District courts exercise no discretion over what cases they hear. Any litigant who satisfies the jurisdictional requirements and follows proper legal procedures can initiate a case in federal district court. However, a federal district court cannot address a legal issue unless a litigant brings it before the court in a bona fide case. Thus, the business of the district courts is determined solely by the litigant demand. Over the past few decades, the filings in federal district courts have risen sharply: from 87,421 cases in 1960 to 390,525 cases in 2014.²⁶ Civil filings have increased during these decades, but the more substantial increase has been in federal criminal cases. The increase in criminal cases reflects both the rising number of drug cases now prosecuted in federal courts and congressional enactment of legislation creating new federal crimes. Only about 15 percent of district court rulings get appealed, so federal district courts render the final decision in most federal court cases.

Congress has established thirteen federal courts of appeals, staffed by 179 judges, that serve as the first-level appellate courts of the federal judicial system. In more than ninety-five percent of the cases they hear, courts of appeals meet in three-judge

²⁶ Federal Court Caseload Statistics, at <http://www.uscourts.gov/statistics-reports/federal-judicial-case-load-statistics-2014>.

panels, deciding cases by majority vote; but federal statutes also permit courts of appeals at their discretion to hear cases *en banc*, with the entire membership of the court deciding a case. More than three-quarters of the cases decided by courts of appeals come on appeal from the district courts, with the remainder coming from federal administrative agencies or from specialized courts, such as the Tax Court. Twelve of the thirteen courts of appeals are organized regionally. Eleven have “circuits” made up of three or more states and/or territories—for example, the First Circuit includes Maine, Massachusetts, New Hampshire, and the Virgin Islands, and the Seventh Circuit includes Illinois, Indiana, and Wisconsin. One court of appeals, the Court of Appeals for the District of Columbia, reviews large numbers of appeals from federal administrative agencies and serves as a sort of state supreme court for the District of Columbia. The thirteenth court of appeals, the Court of Appeals for the Federal Circuit, was created in 1982 by combining the jurisdictions of the U.S. Court of Customs and Patent Appeals and the U.S. Court of Claims into a single court.

The boundaries of most regional circuits were established long ago, and as population shifts have occurred, some courts of appeals have experienced disproportionate increases in their caseloads. In 1981 Congress responded to caseload pressures by splitting the old Fifth Circuit into a new Fifth Circuit (serving Texas, Louisiana, and Mississippi) and a new Eleventh Circuit (serving Alabama, Georgia, and Florida). Generally, however, Congress’s response to burgeoning caseloads has been to add judges to overburdened circuits, and as a result the number of judges varies considerably among the courts of appeals. The First Circuit has the fewest appeals court judges (6), while the Ninth Circuit has the most (26).

Atop the federal judicial hierarchy sits the Supreme Court of the United States. Its nine justices receive more than 7,000 petitions for review each year, primarily from federal courts of appeals and state supreme courts, and in recent years the justices have decided fewer than 80 cases annually.²⁷ Over the course of the twentieth century, Congress gradually expanded the justices’ control over their agenda, so that today they exercise virtually complete discretion in determining which appeals to hear and which to reject. The legal or political importance of the issue, the lower courts’ rulings on the issue, the parties to the case, and the justices’ own legal views all factor into the decision to grant or deny certiorari.

²⁷ This of course means that a very large proportion of decisions by federal courts of appeals and by state supreme courts are not reviewed by the Supreme Court. When the Supreme Court does not review a ruling by a court of appeals or state supreme court, then that ruling is the final and determinative ruling in the case.

5. STATE COURTS

1.8. Structure

State court systems typically involve a hierarchy of courts. Atop the state court system is the state supreme court. Forty-eight states vest ultimate appellate authority in a single court, usually designated as the Supreme Court (although Maryland and New York call their highest court the Court of Appeals and Maine and Massachusetts designate it the Supreme Judicial Court). Oklahoma and Texas have each established both a Court of Criminal Appeals, which is the court of last resort in criminal cases, and a Supreme Court, which has final responsibility for appeals in civil cases. The state supreme court is responsible for the development of state law, and its decisions serve as authoritative precedent within the state court system. Its jurisdiction is defined by the state constitution, by state statutes, or by both. Usually, a state supreme court does not enjoy the broad discretion over the cases it hears that the U.S. Supreme Court does. The mandatory appellate jurisdiction of the Washington Supreme Court, for example, includes certain criminal, administrative agency, juvenile, and lawyer-discipline cases. Not surprisingly, given their more extensive mandatory jurisdiction, most state supreme courts decide more cases per year than does the United States Supreme Court.

Forty states have also created intermediate courts of appeals — that is, first-level appellate courts below the state supreme court. These courts focus on error correction. They review the rulings of state trial courts to ensure that the judges did not make errors in procedure or in the interpretation of the law that would warrant reversal of their decisions, and — like the federal courts of appeals — these courts exercise no discretion over the appeals that they hear. If an appeal is properly filed, they must review the lower court's decision. Decisions of an intermediate court of appeals typically can be appealed to the state supreme court, though state law may allow the supreme court some discretion over what cases it chooses to review. In practice, intermediate courts of appeals render the final decision in most cases that come before them.

Intermediate courts of appeals were initially established in populous state to alleviate case load pressures on state supreme courts, but now most states have also created intermediate courts of appeals. There is wide variation in the structure and operation of these courts. Some sparsely populated states — for example, Alaska — have a single court that hears all appeals *en banc*. Other states, such as California and Louisiana, have followed the model of the federal courts of appeals, with several courts serving various regions of the state. These courts typically meet in three-judge panels, just like the federal courts of appeals. In contrast, Alabama and Tennessee have created separate courts for appeals in criminal cases and in civil cases.

Four states—Illinois, Iowa, Minnesota, and South Dakota—have a single set or original jurisdiction (trial) courts. Forty-six states, however, operate two sets of trial courts: courts of limited jurisdiction and courts of general jurisdiction. Courts of limited jurisdiction go under a variety of names: municipal court, county court, district court, justice of the peace court, and so on. They handle less serious criminal cases and civil cases involving relatively small sums of money. For example, North Carolina's trial courts of limited jurisdiction, known as district courts, decide civil cases involving less than \$10,000, domestic relations cases, and criminal cases involving juvenile offenders or misdemeanors. In contrast, courts of general jurisdiction handle more important civil cases and serious criminal cases. In several states they may also hear appeals, often with a new trial (called a trial *de novo*) from courts of limited jurisdiction. (A new trial is necessary because limited jurisdiction courts do not keep a verbatim record of proceedings.)

Despite some basic uniformities, what is most striking about state court systems is their bewildering organizational diversity. No two state court systems are exactly the same. Perhaps the most important variation is found in the organization of state trial courts. Although forty-six states divide original jurisdiction between courts of limited jurisdiction and courts of general jurisdiction, most further subdivide it on the basis of geography, subject matter, or both. Distinctive courts reflect the history or economy of the state. Thus, Maryland has a separate Orphan's Court; Colorado has a Water Court; and New York has ten separate sets of trial courts, including special civil and criminal courts for New York City.

1.9. Development and Reform

Historical factors largely account for the organizational complexity found in state court systems. In creating their court systems, most states designed them to serve a relatively sparse and predominantly rural citizenry. Over time, urbanization, population growth, and the developing complexity of the law produced new demands for court services. In some states constitutional amendments were adopted to modernize the court system, but often these amendments were outpaced by subsequent development, requiring periodic changes. In other states the legislatures responded not by overhauling the existing court structure but by creating additional trial courts to satisfy the demands for accessible court services. Thus, in contrast with the federal court system, whose structure has remained relatively stable for the most part, many state court systems have exhibited a continuing pattern of demand and response. Typically, the new state trial courts that were created were added with little consideration of their impact on the overall coherence of the state judicial system, reflecting no underlying organizational principle.

During the twentieth century, reformers introduced important changes in state court systems. A nationwide reform campaign, spearheaded by the American Judicature Society and the American Bar Association, focused on streamlining state court systems. According to these groups the complexities of state court systems — in particular, the myriad specialized trial courts with their overlapping jurisdictions — interfered with the efficient and uniform administration of justice. Litigants often did not know in which court to file suits, and varying procedural requirements from court to court meant that cases were too often dismissed on procedural grounds, without consideration of their merits. To remedy these problems, the reformers proposed a consolidation of state trial courts and a clearer definition of the jurisdictional boundaries among them. In the decades following World War II, the reformers' campaign for trial court consolidation enjoyed considerable success. Once structural changes were introduced in a few states, such as New Jersey, other states followed their lead and modernized their courts.

Another structural reform, adopted in response to increases in the number of appeals filed in state courts, has been the establishment of intermediate courts of appeals. By itself, this structural change had little effect on the caseload problems of state supreme courts. Appeals tended to increase following the establishment of intermediate appellate courts, and with appeals from those courts to the state supreme court, filings in the supreme court soon approximated earlier levels.²⁸ However, when the creation of intermediate appellate courts was combined with limitations on the right of a second appeal, it substantially reduced the caseloads of state supreme courts.²⁹ Equally important was the effect that this reform had on the types of cases coming before state supreme courts and on the role that those courts began to play in their states. By diverting routine cases away from state supreme courts, intermediate appellate courts allowed state supreme courts to devote more attention to cases that raised important policy questions and to assume a position of leadership in the legal development of their states.

6. RELATIONSHIPS BETWEEN STATE AND FEDERAL COURTS

1.10. The “Federalization” of Criminal Law

In its unamended form, the United States Constitution expressly authorized Congress to make criminal only treason, offenses committed on federal property,

²⁸ FLANGO, Victor Eugene; BLAIR, Nora F. Creating an Intermediate Appellate Court: Does It Reduce the Caseload of a State's Highest Court? *Judicature*, Durham, vol. 64, aug. 1980, p. 74-84.

²⁹ For examples, see GROOT, Roger D. The Effects of an Intermediate Appellate Court on the Supreme Court Work Product: The North Carolina Experience. *Wake Forest Law Review*, Winston-Salem, vol. 7, 1971, p. 546-572.

counterfeiting, offenses against the “Law of Nations,” piracy, and “Felonies committed on the high Seas.”³⁰ However, as Chief Justice John Marshall recognized in *McCulloch v. Maryland*, the grants of other powers to Congress, coupled with the Necessary and Proper Clause, permit Congress to impose penal sanctions to further the exercise of those powers.³¹ For example, the power to establish post offices carries with it the power to outlaw mail fraud or theft of the mail, and the power to regulate commerce includes the power to punish those who violate congressional regulations of commerce. Nevertheless, until the Civil War there were relatively few federal crimes, and those largely consisted of offenses against the United States, its officers and property, and the territory that it ruled directly. The prosecutions of crimes was generally understood as the responsibility of (and province of) state government, and there was virtually no overlap between federal and state crimes.³²

After the Civil War, Congress enacted criminal laws to enforce the provisions of the Thirteenth, Fourteenth, and Fifteenth Amendments, which guaranteed (among other things) the rights of the newly freed slaves. From 1870-1970, Congress occasionally adopted criminal legislation to regulate and protect interstate commercial activity, which was expanding. With the advent of the automobile, which increased the mobility of criminals, enabling them to cross state lines in order to evade state and local law enforcement, Congress expanded the federal role, targeting bank robbery, car theft, and kidnapping, as well as various forms of organized crime. Nevertheless, Congress largely left ordinary law enforcement in the hands of the states.

This has changed in recent decades: more than half of all the federal criminal laws enacted since the Civil War have been enacted since 1970. Much of the recent federalization of criminal law has been a political response to highly publicized crimes. For example, within a week after the 1999 massacre of students at Columbine High School in Colorado, federal legislation was proposed making it a felony for adults to recklessly or knowingly allow children to possess weapons later used to injure or kill a person. Within weeks after a Maryland woman was brutally murdered during a car-jacking, Congress made car-jacking a federal crime. In both these instances—and in many others as well—Congress was enacting criminal statutes addressing conduct that had no distinctive federal dimension and that was already outlawed by state law.

From the perspective of judicial federalism, the enactment of such duplicative federal legislation raises several concerns. First the federalization of criminal law

³⁰ U.S. Constitution, Art. I, sec. 8.

³¹ *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316 (1819); U.S. Constitution, Article I, sec. 8, para. 18.

³² This section's analysis of the federalization of criminal prosecutions relies primarily on MARONEY, Thomas J. Fifty Years of Federalization of Criminal Law: Sounding the Alarm or 'Crying Wolf'. *Syracuse Law Review*, Syracuse, vol. 50, 2000, p. 1317-1378; and EHRLICH, Susan A. The Increasing Federalization of Crime. *Arizona State Law Journal*, Tempe, vol. 32, sep./nov. 2000, p. 825-842.

impinges on the historical role of state courts in adjudicating criminal matters. Second, the requirement that federal courts address a potentially large volume of run-of-the-mill criminal cases could prove a drain on federal resources, diverting the federal courts from their unique mission of adjudicating important national issues. Third, the existence of federal and state statutes, with different penalties for the same offense, promotes unequal justice, in that defendants committing the same act may receive different sentences depending on whether they are tried in federal or state court, and it gives undue discretion to prosecutors in deciding in which forum to prosecute cases.³³

Some constitutional scholars claim that much of this federal criminal legislation exceeds the powers granted to Congress by the Constitution, and this view has enjoyed some support on the U.S. Supreme Court. In *United States v. Lopez* (1995), a five-member Court majority struck down the federal Gun-Free School Zones Act; in *United States v. Morrison* (2000) the same majority invalidated the federal Violence Against Women Act; and in *Jones v. United States* (2000) the Court held that a federal arson statute, if applied to arson of an owner-occupied residence not used for any commercial purpose, would exceed Congress's power under the Commerce Clause.³⁴ Nevertheless, it seems unlikely that the Court will be an effective barrier against the federalization of criminal law, given the political incentives for federalization and the ability of Congress to frame much of its criminal law as necessary and proper to carrying out its power to regulate commerce among the several states.

1.11. Habeas Corpus

Habeas corpus was originally a common law writ designed to test the legality of confinement. A writ of habeas corpus is a court order commanding an official, whether state or federal, who holds a prisoner in custody to demonstrate to the court the legal justification for the restraint of personal liberty. This venerable legal protection, termed by Chief Justice Salmon Chase “the best and only sufficient defense of personal freedom,” was granted constitutional recognition even before the adoption of the Bill of Rights.³⁵ Article I, section 9 of the federal Constitution mandates that the “privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it.”

Because the Constitution did not require the creation of lower federal courts that could issue the writ, this provision may initially have been designed to safeguard

³³ See CLYMER, Steven D. Unequal Justice: The Federalization of Criminal Law. *Southern California Law Review*, Los Angeles, vol. 70, mar. 1997, p. 643-739.

³⁴ *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995); *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000); and *Jones v. United States*, 529 U.S. 848 (2000).

³⁵ *Ex Parte Yerger*, 8 Wall. 85, 95 (1868).

habeas corpus in state courts against infringement by the federal government. Prior to the Civil War, some state courts in “free” states issue writs of habeas corpus releasing persons convicted in federal court of violating the Fugitive Slave Act. However, the Supreme Court in *Ableman v. Booth* (1859) ruled that state courts lacked the power to release persons imprisoned following conviction in federal court.³⁶ More recently, tensions over habeas corpus have resulted from its use in federal courts to challenge convictions in state courts under state criminal laws, as habeas corpus provides the only circumstance in which state court judgments can be reviewed by lower federal courts.

State courts readily concede that they are obliged to uphold federal constitutional requirements in criminal cases. This responsibility has assumed greater importance since the 1940’s, when the Supreme Court began to expand the range of procedural requirements on state courts through the “selective incorporation” of various guarantees of the federal Bill of Rights, making them equally applicable in state prosecutions.³⁷ State courts likewise acknowledge that their rulings on matters of federal constitutional law are subject to appellate review by the U.S. Supreme Court. Of course, given the number of state supreme court rulings and the limited capacity of the Supreme Court, this is quite a limited oversight mechanism. In its 2014 term, for example, the Supreme Court heard only five appeals from state courts in criminal cases. What has created resentment on the part of state courts is the possibility that a single federal district court judge may review the determination of a multi-member state supreme court and overturn the conviction upheld on appeal by the state’s highest court.

In practice, the overturning of state convictions on habeas corpus review happens relatively infrequently—one study documented that federal courts granted less than one percent of habeas petitions filed by state prisoners.³⁸ Moreover, both Congress and the Supreme Court have undertaken to reduce tensions between state and federal courts. Congress has mandated that a state prisoner must exhaust his remedies in state court (appeals, state habeas corpus, or other post-conviction remedies) thereby allowing state courts an opportunity to correct their own errors, before federal habeas corpus can be issued. Finally, at least some legal commentators have argued that the relation between federal and state courts in habeas corpus should be viewed not as one of domination but rather one of dialogue, in which the possession of authority does not

³⁶ *Ableman v. Booth*, 21 How. 506 (1859).

³⁷ See ROSSUM, Ralph A.; TARR, G. Alan. **American Constitutional Law: Volume II - The Bill of Rights and Subsequent Amendments**. 9th ed. Boulder: Westview Press, 2013. Chapter 7.

³⁸ FLANGO, Victor E; MCKENNA, Patricia. Federal Habeas Corpus Review of State Court Convictions. **California Western Law Review**, Riverside, vol. 31, n. 2, mar./may 1995, p. 237-275.

preclude a willingness to listen and learn and in which the duty of obedience does not eliminate all say over how the authority will be exercised.³⁹

1.12. Certification

Although appellate review serves to ensure that state courts faithfully apply federal law, there is no analogous procedure for ensuring that federal courts properly interpret state law in the cases coming before them. In 1967 Florida pioneered a remedy for this situation, authorizing its supreme court to rule on questions of state law certified to it by either the United State Supreme Court or federal courts of appeals. By 1982 twenty-three other states had followed Florida's lead by permitting certification questions of state law to their respective supreme courts, and in 1983 the American Bar Association adopted a resolution urging that all states adopt certification procedures.⁴⁰ However, despite its potential benefits, certification has not been widely employed. According to Guido Calabresi, formerly a distinguished professor at Yale University and later a member of the United States Court of Appeals for the Second Circuit, the reason is simple: "Federal judges don't like to certify, because we think we know, better than the states, what state law ought to be."⁴¹ Whatever the reasons—and Calabresi argues for a major expansion in the use of certification—in its absence state supreme courts have no means for reviewing federal courts' interpretation of state law. On the other hand, they are not bound by federal interpretations of state law that they deem erroneous, and by their rulings in subsequent cases they can see to correct those errors and guide future federal court interpretations.

1.13. Cooperative Arrangements

In Federalist No. 82, Alexander Hamilton observed that "the nation and state [court] systems are to be regarded as 'one whole'." Part of the success of American judicial federalism stems from efforts designed to make Hamilton's observation a reality, to facilitate cooperation between the federal and state judiciaries and to develop practical mechanisms for promoting the more effective administration of justice. The need to promote a harmonious, cooperative relationship between the federal and state judiciaries was highlighted by Chief Justice Warren Burger in 1970 in his state of the judiciary address to the American Bar Association. Since then, new institutions have

³⁹ See COVER, Robert M.; ALEINIKOFF, T. Alexander. Dialectical Federalism: Habeas Corpus and the Court. *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 86, may 1997, p. 1035-1102.

⁴⁰ On the perceived success of certification, see SERON, Caroll. **Certifying Questions of State Law: Experience of Federal Judges**. Washington DC: Federal Judicial Center, 1983.

⁴¹ CALABRESI, Guido. Federal and State Courts: Restoring a Workable Balance. *New York University Law Review*, New York, vol. 78, n. 4, oct. 2003, p. 1293-1308.

been established, numerous studies have been undertaken, and new channels of communication have been opened with the aim of fostering cooperation and upgrading court operations.

The creation of the National Center for State Courts (NCSC) in 1971 and the State Justice Institute (SJI) in 1984 have probably had the greatest effect on the quality of justice in state courts and on coordination and cooperation between state and federal courts. The NCSC was the brainchild of Chief Justice Burger, who saw a need for major improvement in many state court systems. The NCSC, which receives a substantial part of its funding from grants from the federal government, serves as a clearinghouse for information on best practices pioneered in various court systems. In addition, it develops standards to guide state courts, such as its Trial Court Performance Standards, and undertakes studies focusing on common problems, such as court backlogs and the need to introduce technology to improve productivity in court administration. The NCSC also provides expert assistance on request to court systems. Finally, in conjunction with its counterpart federal institution, the Federal Judicial Center (FJC), it encourages cooperation between court systems.

The State Justice Institute was established by federal law as a mechanism for awarding project grants designed to improve the quality of justice in state courts, for facilitating better communication and coordination between state and federal courts, and for fostering innovative solutions to problems faced by all courts. Although SJI is fully funded by the federal government, by statute its eleven-member Board of Directors, appointment by the President and confirmed by the Senate, must include at least six state judges, thereby ensuring the SJI remains responsive to state concerns. Since becoming operational in 1987, the SJI has awarded more than \$130 million in grants in support of more than 1000 projects.

Several other innovative steps have been taken in recent years to foster cooperation between state and federal courts. State-federal judicial councils were created in most states that meet annually to discuss areas of mutual concern. In 1992, a national conference was convened on state-federal judicial relations, and the following year the Federal Judicial Center and the National Center for State Courts began publishing the *State Federal Judicial Observer*, a newsletter devoted to state-federal judicial relations and activities. Building on that momentum, in 1997 the FJC and NCSC jointly published a *Manual for Cooperation Between State and Federal Courts* that addresses such vital matters as calendar conflicts, joint discovery plans, certification of questions of state law, and sharing courtroom facilities.

7. EMERGING AND ENDEMIC ISSUES AFFECTING STATE AND FEDERAL COURTS

Federal and state courts face some common problems in their relationships with the other branches of government and with the public. A system of judicial federalism permits different court systems to adopt their own solutions to these problems. This section identifies some important instances of this aspect of judicial federalism.

1.14. Judicial Independence and Accountability

Judicial independence refers to the capacity of judges to render decisions according to law without undue external influence or threat of retribution for their decisions.⁴² Thus judicial independence is perceived as crucial for judicial impartiality—if judges are to behave impartially, they must be free from pressures to behave otherwise. In the United States, however, this concern for judicial impartiality is in tension with another deeply held American value: the accountability of governmental officials, that is, the notion that in a democratic society citizens should select those who wield power and hold them accountable for its exercise. In the federal courts, the emphasis has been on safeguarding judicial independence. Although the emphasis varies among state court systems, in general they have been more willing to introduce mechanisms for judicial accountability, even at some risk to judicial independence.

The federal Constitution establishes specific guarantees for the independence of federal judges. Article III grants federal judges tenure during “good behavior,” so even though the selection process for federal judges has grown increasingly partisan and contentious in recent decades, federal judges—once appointed by the President and confirmed by the Senate—in practice serve until retirement. In only seven instances have federal judges been impeached and removed from office, and these cases have all involved instances of personal wrongdoing (e.g. bribery, perjury) rather than retribution for unpopular decisions.⁴³ Article III also protects judicial independence by prohibiting the reduction of judges’ salaries during their term in office. Thus, during the Great Depression of the 1930’s, when Congress cut the pay of all other federal officials, the Constitution prevented a similar reduction for federal judges.⁴⁴

State judges enjoy less judicial independence. Most state constitutions safeguard judges from punitive salary reductions (although some permit salary reductions for judges if they are part of an across-the-board reduction for all state officials).

⁴² See TARR, G. Alan. **Without Fear or Favor: Judicial Independence and Judicial Accountability in the States**. Stanford: Stanford University Press, 2012.

⁴³ VOLCANSEK, Mary L. **Judicial Impeachment: None Called for Justice**. Urbana: University of Illinois Press, 1993.

⁴⁴ U.S. Constitution, Art. III, sec. 1.

With regard to selection and tenure, however, the states tend to emphasize judicial accountability to the populace, even at some risk to judicial independence. In only three states—Connecticut, Massachusetts, and New Hampshire—do judges hold office during good behavior. Terms of office vary from state to state and also vary among courts within a single state, with trial court judges likely to serve shorter terms than appellate judges do. More than half the states prescribe terms of eight years or fewer for their supreme court justices. However, no state imposes term limits on state judges, and therefore incumbent judges are eligible to run for reelection, although many states do impose a retirement age (usually seventy).

The states employ a variety of means for selecting and retaining judges. In four states the governor appoints all appellate judges and in three states all trial judges as well, subject to confirmation by the state senate. This selection system mirrors federal judicial selection, except that judges do not serve during good behavior. In New Jersey, for example, judges serve an initial term of seven years and, if reappointed and reconfirmed, serve until the retirement age of seventy. In Virginia the legislature elects state judges, a system that has tended to favor the judicial candidacies of former legislators. Nineteen states elect some or all of their judges in non-partisan elections. Candidates run for election without party labels, and usually the two top candidates in a non-partisan primary election qualify for a runoff in the general election. Eleven states elect some or all of their judges in partisan elections, in which political parties nominate candidates for judicial office, and prospective judges run with party labels in the general election. Finally, twenty-three states employ a “merit selection” system, in which the governor appoints judges from a list of candidates proposed by a judicial nominating commission typically composed of lawyers selected by the state bar association and non-lawyers appointed by the governor. Even judges selected by this last procedure must periodically run for reelection in retention elections, in which voters decide whether the judge should remain in office—the ballot reads: Should Judge X be retained in office? Altogether, eighty-nine percent of state appellate judges stand for election, whether in partisan elections, nonpartisan elections, or retention elections.

Whatever one’s view on the desirability of electing judges, the fact that each state remains free to strike its own balance between judicial independence and judicial accountability, rather than having to follow the federal lead on this matter, illustrates the operation of judicial federalism in the United States.

1.15. Judicial Branch Autonomy

The system of separation of powers at both the federal and state levels means that each branch will be dependent on the other branches to some extent. Because, as Alexander Hamilton observed in *Federalist* #78, the judiciary has “neither the sword nor the

purse," it must rely on the assistance of the legislative and executive branches in carrying out its responsibilities. Lacking the "purse," it must look to the legislature for the funding it needs; lacking the "sword," it must depend on the executive to enforce its mandates. However, the separation of powers also implies that each branch of government, federal or state, has a realm in which it operates autonomously. This realm of autonomy extends to a branch's internal operations—each branch is master in its own house. Thus, just as the Legislature sets its own rules for the transaction of its business, so too the Judiciary should set the rules for the transaction of its business. That, at any rate, is the argument for the control of the Judiciary over rules of practice and procedure.

The situation is complicated at the federal level, however, by two factors. First, the Constitution gives Congress a general authority over the courts. It authorizes Congress to make "Regulations" governing the appellate jurisdiction of the Supreme Court and to "make all Laws, which shall be necessary and proper for carrying into Execution... all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department [including the Judicial Department] or Officer thereof."⁴⁵ Second, Congress retains the power to enact substantive law, and the line between substance and procedure may be unclear.

In practice, rather than enacting legislation stipulating the rules of procedure that govern proceedings in federal court, Congress has delegated rule-making power to the courts themselves. The Rules Enabling Act of 1934 authorized the Supreme Court "to prescribe general rules of practice and procedure and rules of evidence for cases in the United States district courts... and courts of appeals."⁴⁶ The Supreme Court has in turn delegated initial responsibility for drafting proposed rules to an Advisory Committee (composed of judges, practicing lawyers, and legal academics appointed by the Chief Justice). After the Advisory Committee's drafts are reviewed, those changes approved by the Supreme Court are submitted to Congress. Congress has the power to reject, accept, or amend the Court's proposals during a seven-month "layover" period. However, should Congress not act on the rules promulgated by the Court during that period, they automatically take effect.

At the state level the constitutional allocation of power for rule-making varies from state to state. Some state constitutions expressly vest the power to establish procedural rules in the Supreme Court. Others expressly vest the power in the Legislature. Still others vest the power in the Supreme court but authorize the Legislature to overturn rules promulgated by the Supreme Court. Finally, some state constitutions are silent on the matter, leaving it to be worked out through implications from the separation of powers or the plenary scope of state legislative authority.

⁴⁵ U.S. Constitution, Art. III, sec. 2, para. 3, and Art. I, sec. 8, para. 18.

⁴⁶ 28 U.S.C. sec. 2072.

Federal constitutional law plays a significant role in this area. The federal Bill of Rights imposes a number of requirements on the operation of federal courts, particularly with regard to criminal prosecutions. It guarantees defendants a right to a speedy and public trial before a jury of their peers. It grants them a right to notice of the charges against them, a right to counsel, a right to confront witnesses against them, a right to call witnesses on their behalf, and a right against self-incrimination. The Fourteenth Amendment prohibits a state from depriving any person of life, liberty, or property without due process of law and secures to all the equal protection of the laws. In enforcing these guarantees, the United States Supreme Court has selectively incorporated almost all criminal procedural guarantees of the federal Bill of Rights and has applied them equally to the states as to the federal government. For example, *Gideon v. Wainwright* required states to furnish counsel to indigent defendants in criminal cases; *Mapp v. Ohio* ruled that illegally obtained evidence could not be used in state prosecutions; and *Pointer v. Texas* held that state prosecutors could not submit a transcript of a witness's testimony in lieu of his appearance in state court, as that deprived the defendant to confront and cross-examine the witness.⁴⁷ However, states remain free, as a matter of state law, to afford additional procedural protections for defendants beyond those mandated by the federal Constitution.

8. CONCLUSION

A preeminent federalism scholar, Daniel Elazar, has observed that federalism involves both self-rule and shared rule, and the American system of judicial federalism clearly illustrates this.⁴⁸ Under the American system of judicial federalism, both the federal government and state governments have instituted their own court systems. To a considerable extent, these sets of courts operate independently of each other. The federal government determines the structure of the federal court system, whereas each state defines the structure of its own court system. The federal Constitution defines the federal judicial power, and the Constitution and congressional statutes together allocate jurisdiction among the various federal courts. All judicial power not granted to the federal government resides in the states, and state constitutions and state law assign that power as they see fit among state courts. The federal Constitution defines the mode of selection, tenure, and compensation for federal judges, while state law does the same for state judges. Whereas the federal Constitution emphasizes judicial independence, state law seeks to balance independence and accountability, with var-

⁴⁷ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963); *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); and *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400 (1965).

⁴⁸ For an elaboration of his extraordinarily influential views, see ELAZAR, Daniel J. **Exploring Federalism**. Tuscaloosa: University of Alabama Press, 1987.

ious states striking the balance quite differently. Federal appropriations finance federal courts, while state and local appropriations finance state courts. Finally, each set of courts makes the final and determinative ruling in most cases that come before it. In particular, more than ninety percent of cases originating in state courts involves matters outside the federal judicial power, and thus the rulings in those cases are not susceptible to federal court review.

However, when state court cases involve matters of federal law, state courts are obliged to give precedence to federal law over state law, when they are in conflict, and to interpret the federal law in conformity with authoritative rulings of the United States Supreme Court. State court rulings on federal law are subject to appellate review by the United States Supreme Court. Moreover, state prisoners can petition federal district courts for a writ of habeas corpus, alleging that the state has violated their rights under federal law. Thus, when important national interests are implicated, mechanisms exist for promoting national legal uniformity. Thus, despite endemic problems and periodic concerns, it is reasonable to conclude that the American system of judicial federalism has largely succeeded in promoting both necessary national uniformity and subnational diversity in the administration of justice.

9. REFERENCES

BATOR, Paul. The State Courts and Federal Constitutional Litigation, **William & Mary Law Review**, Williamsburg, vol. 22, n. 4, ago./oct. 1981, p. 605-638.

BRENNAN JR, William J. State Supreme Court Judges *versus* United States Supreme Court Justice: A Change in Function and Perspective. **University of Florida Law Review**, Gainesville, vol. 19, 1996.

CALABRESI, Guido. Federal and State Courts: Restoring a Workable Balance. **New York University Law Review**, New York, vol. 78, n. 4, oct. 2003, p. 1293-1308.

CARBERRY, Charles M. The State Advisory Opinion in Perspective. **Fordham Law Review**, New York, vol. 44, n. 1, 1975, p. 81-113.

CLYMER, Steven D. Unequal Justice: The Federalization of Criminal Law. **Southern California Law Review**, Los Angeles, vol. 70, mar. 1997, p. 643-739.

COVER, Robert M.; ALEINIKOFF, T. Alexander. Dialectical Federalism: Habeas Corpus and the Court. **Yale Law Journal**, New Haven, vol. 86, may 1997, p. 1035-1102.

EHRlich, Susan A. The Increasing Federalization of Crime. **Arizona State Law Journal**, Tempe, vol. 32, sep./nov. 2000, p. 825-842.

ELAZAR, Daniel J. **Exploring Federalism**. Tuscaloosa: University of Alabama Press, 1987.

FALLON, Richard. **Hart and Wechsler's The Federal Courts in the Federal System**. 4th ed. Westbury: Foundation Press, 1996.

FLANGO, Victor E; MCKENNA, Patricia. Federal Habeas Corpus Review of State Court Convictions. **California Western Law Review**, Riverside, vol. 31, n. 2, mar./may 1995, p. 237-275.

FLANGO, Victor Eugene; BLAIR, Nora F. Creating an Intermediate Appellate Court: Does It Reduce the Caseload of a State's Highest Court? **Judicature**, Durham, vol. 64, aug. 1980, p. 74-84.

FRIESEN, Jennifer. **State Constitutional Law: Litigating Individual Rights, Claims and Defenses**. 4th ed. Charlottesville: LexisNexis, 2006.

FROHNMEYER, David B.; LINDE, Hans A. State Court Responsibility for Maintaining 'Republican Government': An Amicus Curiae Brief. **Willamette Law Review**, Salem, vol. 39, n. 1, oct./dec. 2003, p. 1487-1505.

GROOT, Roger D. The Effects of an Intermediate Appellate Court on the Supreme Court Work Product: The North Carolina Experience. **Wake Forest Law Review**, Winston-Salem, vol. 7, 1971, p. 546-572.

MARCUS, Maeva (Ed.). **The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1790-1800**. vol. 2. New York: Columbia University Press, 1988.

MARONEY, Thomas J. Fifty Years of Federalization of Criminal Law: Sounding the Alarm or 'Crying Wolf'. **Syracuse Law Review**, Syracuse, vol. 50, 2000, p. 1317-1378.

NEUBORNE, Burt. The Myth of Parity. **Harvard Law Review**, New Haven, vol. 90, n. 6, apr. 1977, p. 1105-1131.

REDISH, Martin H. **Federal Jurisdiction: Tensions in the Allocation of Judicial Power**. Indianapolis: Michie, 1980.

ROSSUM, Ralph A.; TARR, G. Alan. **American Constitutional Law: Volume II - The Bill of Rights and Subsequent Amendments**. 9th ed. Boulder: Westview Press, 2013.

ROSSUM, Ralph A.; TARR, G. Alan. **American Constitutional Law: Volume I - The Structure of Government**. 9th ed. Boulder: Westview Press, 2013. Chapter 3.

SERON, Caroll. **Certifying Questions of State Law: Experience of Federal Judges**. Washington DC: Federal Judicial Center, 1983.

TARR, G. Alan. The New Judicial Federalism in Perspective. **Notre Dame Law Review**, Notre Dame, vol. 72, n. 4, may 1997, p. 1097-1118.

TARR, G. Alan. **Without Fear or Favor: Judicial Independence and Judicial Accountability in the States**. Stanford: Stanford University Press, 2012.

WILLIAMS, Robert F. The Brennan Lecture: Interpreting State Constitutions as Unique Legal Documents. **Oklahoma City University Law Review**, Oklahoma, vol. 27, mar./may 2002, p. 189-229.



The progressive era of constitutional amendment*

A era progressiva das emendas constitucionais

RICHARD ALBERT**

Boston College Law School (United States of America)
richard.albert@bc.edu

Recebido/Received: 28.07.2015 / July 28th, 2015

Aprovado/Approved: 19.08.2015 / August 19th, 2015

Abstract

In this Essay I explore the impetus for the Seventeenth Amendment, which was in large measure driven by an effort to curb corruption in senatorial elections. I begin by exploring the difficulty of formal amendment in the United States. I explain the rules of formal amendment and I review briefly the empirical literature suggesting that the United States Constitution is one of the world's most difficult to amend, if not the most difficult. Then, I discuss the Progressive Era, a period of time during which formal amendment seemed much easier than it is today. I review the movement and its purposes, and I situate the four Progressive Era amendments. Finally, I focus on one of these four amendments, the Seventeenth, and consider the motivations driving its adoption as well as current critiques about its effectiveness. I conclude by questioning whether repealing the Seventeenth Amendment would necessarily reinstate indirect senatorial elections

Resumo

Neste ensaio, explora-se a motivação que ensejou a 17^a Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que foi em grande medida impulsionada por um esforço para combater a corrupção nas eleições senatoriais. Inicia-se explorando a dificuldade de alteração formal da Constituição nos Estados Unidos. São então explicadas as regras de alteração formal e analisados brevemente os estudos empíricos que apontam que a Constituição dos Estados Unidos é uma das mais difíceis de alterar do mundo, se não a mais difícil. Em seguida, discute-se a Era Progressiva, um período de tempo durante o qual a alteração formal da Constituição parecia muito mais fácil de ser empreendida do que é hoje. Esse movimento e seus propósitos são examinados, e em seguida são situadas as quatro emendas constitucionais da Era Progressiva. Finalmente, o estudo concentra-se em uma destas quatro emendas, a décima sétima, e investiga as motivações que conduziram à sua adoção, bem como

Como citar esse artigo/How to cite this article: ALBERT, Richard. The progressive era of constitutional amendment. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 35-59, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44528>

* This project was supported by the Boston College Law School Fund.

** Associate Professor at Boston College Law School (Boston, USA), where he specializes in constitutional law and comparative constitutional law. Visiting Associate Professor of Law and Political Science, Yale University (2015-16). Juris Doctor – J.D. (Yale University); Bachelor of Civil Law – B.C.L. (Oxford University); Master of Laws – LL.M. (Harvard University). In 2010, he received the Hessel Yntema Prize, which is given annually to a scholar under the age of 40 to recognize “the most outstanding article” on comparative law. Richard Albert is Book Reviews Editor for the peer-reviewed American Journal of Comparative Law, an elected member of the International Academy of Comparative Law, an elected member of the Executive Committee of the American Society of Comparative Law, a member of the Governing Council of the International Society of Public Law, a Distinguished Academic Associate at the Centre for Law and Religion at Cardiff Law School, a Senior Research Fellow at the Council for Canadian Democracy, and a founding editor of I-CONnect, the new scholarly blog of the International Journal of Constitutional Law (I-CON). E-mail: richard.albert@bc.edu.

as a matter of practice, whatever it would mean as a matter of formal law.

Keywords: constitutional amendments; Progressive Era; Seventeenth amendment; corruption; United States of America.

nas atuais críticas sobre sua eficácia. O trabalho é concluído questionando-se se a revogação da 17ª emenda iria necessariamente restabelecer as eleições senatoriais indiretas em termos práticos, independentemente do que isso viesse a significar em termos de lei formal.

Palavras-chave: emendas constitucionais; Era Progressiva; 17ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos; corrupção; Estados Unidos da América.

CONTENTS

1. Introduction; **2.** The difficulty of constitutional amendment in the United States; **2.1.** Amending the United States Constitution; **2.2.** Empirical studies of amendment difficulty; **3.** Constitutional amendment in the Progressive Era; **3.1.** The movement and its purposes; **3.2.** The progressive amendments; **4.** The Seventeenth Amendment; **4.1.** The impetus for the Seventeenth Amendment; **4.2.** The Seventeenth Amendment today; **5.** Conclusion; **6.** References.

1. INTRODUCTION

As hard as it is today to formally amend the United States Constitution—and empirical studies confirm that it is one of the hardest, if not the hardest, to amend in the democratic world¹—the United States Constitution was once thought too easy to amend. During the Progressive Era, a period of significant social activism and institutional reform from the 1890s through the 1920s, political actors in the United States adopted four constitutional amendments in a short span of roughly 10 years: the Sixteenth Amendment, authorizing a direct income tax²; the Seventeenth Amendment, establishing direct elections to the United States Senate³; the Eighteenth Amendment, imposing prohibition⁴; and the Nineteenth Amendment, constitutionalizing women's suffrage.⁵

In this Essay prepared for a conference on corruption and institutional design in comparative perspective, I explore the impetus for the Seventeenth Amendment, which was in large measure driven by an effort to curb corruption in senatorial elections. The Amendment altered the way political candidates are selected for the United States Senate, moving from indirect to direct elections. Under the original terms of the Constitution, senatorial appointments were made by state legislative vote,⁶ but in 1913 the Seventeenth Amendment required that the people of each state elect their sena-

¹ See *infra* Section 2.2.

² U.S. Const., amend. XVI (1913).

³ U.S. Const., amend. XVII (1913).

⁴ U.S. Const., amend. XVIII (1919).

⁵ U.S. Const., amend. XIX (1920).

⁶ U.S. Const., art. I, § 3, cl. 1. (1789).

tors by popular vote.⁷ It took less than one year to ratify the Amendment, no small feat given that formally amending the United States Constitution requires the approval of two-thirds of the Congress to propose an amendment and three-quarters of the states to ratify it.⁸

I begin, in Part 2, by exploring the difficulty of formal amendment in the United States. I explain the rules of formal amendment and I review briefly the empirical literature suggesting that the United States Constitution is one of the world's most difficult to amend, if not *the* most difficult. In Part 3, I discuss the Progressive Era, a period of time during which formal amendment seemed much easier than it is today. I review the movement and its purposes, and I situate the four Progressive Era amendments. In Part 4, I focus on one of these four amendments, the Seventeenth, and consider the motivations driving its adoption as well as current critiques about its effectiveness. Today, one hundred years since its entrenchment, the Seventeenth Amendment has attracted some dissidents proposing to repeal it, calling for a return to the pre-Amendment senatorial amendment rule of indirect election. The challenge for these opponents, however, is that it is much harder today to amend the Constitution than it was when it was first adopted. I conclude by questioning whether repealing the Seventeenth Amendment would necessarily reinstate indirect senatorial elections as a matter of practice, whatever it would mean as a matter of formal law. This Essay is part of a larger scholarly project aimed at understanding the evolving perception and reality of formal amendment difficulty in the United States. It is an exploratory set of reflections not intended to present definitive answers but rather to trace lines of future inquiry.

2. THE DIFFICULTY OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT IN THE UNITED STATES

Studies of amendment difficulty confirm what scholars have long suspected: the United States Constitution is one of the world's most difficult, if not the most difficult, to formally amend.⁹ The rigidity of the Constitution today derives both from the design of formal amendment rules entrenched in the constitutional text and from sources external to the text, including the geographic expansion of the Union since the adoption of the Constitution and the polarization of political parties. Amending the United States Constitution today is so hard that it might well be impossible.

⁷ U.S. Const., amend. XVII (1913). The Amendment also establishes a procedure to fill Senate vacancies. See *ibid.*

⁸ U.S. Const., art. V (1789). Article V also sketches a way for constitutional amendment by constitutional convention. But this process has not yet been successfully used under the present Constitution. See FISCH, William B. Constitutional Referendum in the United States of America, *American Journal Comparative Law* (supplement), Ann Arbor, vol. 54, n.4 p.485, 490-491, 2006. p. 490.

⁹ See *infra* Section 2.2.

1.1. Amending the United States Constitution

There are two steps to formally amend the Constitution: proposal by a two-thirds supermajority and ratification by a three-quarters supermajority.¹⁰ Article V assigns each of these two tasks to different institutions—the Congress, the states, and state or national constitutional conventions—and pairs these two tasks in various ways to create four separate methods of formal amendment. First, two-thirds of Congress may propose an amendment and three-quarters of the states may then ratify it by constitutional conventions. Second, two-thirds of Congress may propose an amendment and three-quarters of the states may ratify it by state legislative vote. Third, two-thirds of the states may petition Congress to call a constitutional convention to propose an amendment and three-quarters of the states may then ratify it by constitutional conventions. Fourth, two-thirds of the states may petition Congress to call a constitutional convention to propose an amendment and three-quarters of the states may ratify it by state legislative vote. In all cases, Congress chooses the method of ratification, whether by state legislative vote or state convention.

Congresspersons have introduced thousands of amendments but only thirty-three have satisfied the two-thirds congressional supermajority requirement to officially propose an amendment to the states.¹¹ Of those, only twenty-seven have met the three-quarters ratification threshold to entrench the proposed amendment into the text of Constitution. The most recent formal amendment was ratified in 1992, having been first proposed by Congress and transmitted to the states two hundred years earlier in 1789. The Twenty-Seventh Amendment prohibits Congress from giving itself a salary raise until an intervening election has been held.¹² Given this long delay between the proposal and ratification, some scholars have raised doubts as to the validity of the amendment,¹³ all to no avail.¹⁴ The Twenty-Sixth Amendment, the next-most recent amendment ratified twenty years earlier in 1971, fixes the voting age in federal

¹⁰ U.S. Const., art. V (1789).

¹¹ SULLIVAN, Kathleen M. Constitutional Constancy: Why Congress Should Cure Itself of Amendment Fever. *Cardozo Law Review*. New York, v. 17, n. 3, p. 691-704, jan. 1996. p. 692.

¹² U.S. Const., amend. XXVII (1992).

¹³ See, e.g., KENNEDY, Christopher M. Is There a Twenty-Seventh Amendment: The Unconstitutionality of a New 203-Year-Old Amendment. *Marshall Law Review*. Chicago, v. 26, n. 4, p. 977-1019, jul./sept. 1993; LEVINSON, Sanford. Authorizing Constitutional Text: On the Purported Twenty-Seventh Amendment. *Constitutional Commentary*. Saint Paul, v. 11, n. 1, p. 101-113, dec./feb. 1994; SPOTTS, JoAnne D. The Twenty-Seventh Amendment: A Late Bloomer or a Dead Horse? *The Georgia State University Law Review*. Atlanta, v. 10, n. 2, p. 337-365, jan. 1994; STRICKLAND, Ruth Ann. The Twenty-Seventh Amendment and Constitutional Change by Stealth. *PS: Political Science & Politics*. New York, v. 26, n. 4, p. 716-722, dec. 1993; ALSTYNE, William Van. What do you Think About the Twenty-Seventh Amendment? *Constitutional Commentary*. Williamsburg, v. 10, n. 1, p. 9-18, nov. 1993.

¹⁴ Congress did not contest the validity of the amendment, see MCGREAL, Paul E. There is no Such Thing as Textualism: A Case Study in Constitutional Method. *Fordham Law Review*. New York, v. 69, n. 6, p. 2393-2469, may 2001. p. 2431. Nor did the Department of Justice, see Memorandum Opinion for Counsel to the President,

and state elections at 18 years old, the same age at which the military draft applies.¹⁵ Prior to 1970, formal amendment appears to have been more frequent: the first fifteen amendments were ratified from 1789 to 1870; from 1871 to 1933, there were six; and from 1934 to 1970, there were four.

The extraordinarily onerous formal amendment rules and the infrequency of modern formal amendment have prompted scholars to suggest that Article V is virtually impossible to use. Bruce Ackerman, for example, has referred to Article V as an 'obsolescent obstacle course'.¹⁶ Sanford Levinson argues that Article V 'mak[es] it functionally impossible to amend the Constitution with regard to anything controversial'.¹⁷ Richard Primus sees the possibility of formal amendment as 'generally remote'.¹⁸ Joel Colón-Ríos and Allan Hutchinson call Article V 'one of the most demanding constitutional amendment processes in the world'.¹⁹ And Jeffrey Goldsworthy has argued that 'the supermajoritarian requirements of Article V are so onerous as to be arguably undemocratic, by making it much too easy for minorities to veto constitutional amendments'.²⁰

What makes Article V so difficult to successfully use is more than just its design requiring supermajorities at both the proposal and ratification stages. It is also that the geographic expansion of the Union has exacerbated amendment difficulty by increasing the denominator for Article V amendments from thirteen in 1789 to fifty since 1967. Nearly quadrupling the denominator for the three-quarters requirement for state ratification has made it much harder to formally amend the Constitution, as Rosalind Dixon explains: 'On one calculation, if one were to try to adjust for this change in the denominator for Article V, the *functional* equivalent to the 75% super-majority requirement adopted by the framers would in fact now be as low as 62%'.²¹ In addition, the deepening political polarization in American society in general and specifically between the two dominant political parties has raised barriers to political agreement on

16 Op. Off. Legal Counsel 87 (Nov. 2, 1992), and a federal court declined to hear a challenge to it. See *Boehner v. Anderson*, 809 F. Supp. 138 (D.D.C. 1992).

15 *Idem.* at amend. XXVI (1971).

16 ACKERMAN, Bruce A. Transformative Appointments. *Harvard Law Review*. Cambridge, vol. 101, n. 6, p. 1164-1184, apr. 1988. p. 1183.

17 LEVINSON, Sanford. How I Lost my Constitutional Faith. *Maryland Law Review*. Prince George's, v. 71, n. 4, p. 956-977, oct. 2012. p. 969.

18 PRIMUS, Richard A. When Should Original Meanings Matter? *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 107, n. 2, p. 165-222, 2008. p. 211.

19 COLÓN-RÍOS, Joel; HUTCHINSON, Allan. Democracy and Revolution: An Enduring Relationship? *Denver University Law Review*. Denver, v. 89, n. 3, p. 593-611, jul./sept. 2012. p. 602.

20 GOLDSWORTHY, Jeffrey. Constitutional Cultures, Democracy, and Unwritten Principles. *University of Illinois Law Review*. Champaign, v. 18, n. 2, p. 683-710, apr. 2012. p. 694.

21 DIXON, Rosalind. Partial Constitutional Amendments. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*. Philadelphia, v. 13, n. 3, p. 643-685, mar. 2011. p. 653..

fundamental changes.²² This political polarization has increased amendment difficulty, making it harder to gather the supermajorities required both to propose and ratify an amendment.

As hard as it is to formally amend the United States Constitution, it is not as rigid as it could be. The Constitution does not entrench a formally unamendable constitutional provision, as do many of the world's democratic constitutions.²³ The United States Constitution entrenches two provisions that once were temporarily unamendable, until the year 1808, but this unamendability has since expired and no longer constrains constitutional amendment.²⁴ The Constitution does, however, entrench a form of unamendability that I have called 'constructive unamendability', a reference to a non-textual form of unamendability that derives not from an outright prohibition on amendment but rather from a political climate that makes it practically impossible to assemble the supermajorities needed to propose and ratify a constitutional amendment.²⁵ The paradigmatic case of a constructively unamendable provision in the United States is the Equal Suffrage Clause, which guarantees that 'no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate'.²⁶ It is unlikely that a state would ever agree to diminish its representation in the United States Senate. Hence the clause's unamendability. It is important to stress, however, that constructive unamendability is not permanent; a constitutional provision may flow into and out of constructive unamendability over time in light of the prevailing political climate.

1.2. Empirical studies of amendment difficulty

Scholars have undertaken empirical studies to measure the difficulty of formal amendment. The leading study at the moment, by Donald Lutz, measures amendment difficulty in thirty-two democratic constitutions.²⁷ Lutz begins by quantifying the difficulty of each discrete step formal amendment procedures—Lutz identifies 68 possible steps from initiation through final assent—and then assigns a total value for a consti-

²² See KYVIG, David E. **Explicit and Authentic Acts: Amending the U.S. Constitution, 1776-1995**. Lawrence: University Press of Kansas, 1996. p. 426; PILDES, Richard H. Why the Center Does Not Hold: The Causes of Hyperpolarized Democracy in America. **California Law Review**. Berkeley, v. 99, n. 2. p. 273-333, apr. 2011. p. 332-33; LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of Parties, Not Powers. **Harvard Law Review**. Cambridge, v. 119, n. 8, p. 2311-2386, June 2006. p. 2333.

²³ See ALBERT, Richard. The Structure of Constitutional Amendment Rules. **Wake Forest Law Review**. v. 49, p. 913-975, nov. 2014. p. 950-52.

²⁴ See ALBERT, Richard. Constitutional Disuse or Desuetude: The Case of Article V. **Boston University Law Review**, Boston, vol. 94, n. 3, p. 1029-1082, may 2014. p. 1041-42.

²⁵ See ALBERT, Richard. Constructive Unamendability in Canada and the United States. **Supreme Court Law Review**, v. 67, n. 2, p. 181-219, jan. 2014. p. 181-196..

²⁶ U.S. Const., art. V.

²⁷ LUTZ, Donald S. **Principles of Constitutional Design**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 166-77.

tution's amendment difficulty by aggregating the sum of each step.²⁸ Lutz concludes that the United States Constitution is the world's most difficult to amend, ranked first with a total score of 5.10, well above the next-most difficult constitutions to amend, the Swiss and Venezuelan Constitutions, each tied with a score of 4.75.²⁹ There are some limitations to the Lutz study, but it nonetheless seems to support what scholars have long believed: that the United States Constitution is among the world's most rigid constitutions.³⁰

There are other empirical studies, albeit less prominent ones, of amendment difficulty. Astrid Lorenz has published a study measuring amendment difficulty in 39 constitutional democracies, concluding that the United States Constitution ranks second behind Belgium.³¹ Arend Lijphart has published his own classification of amendment difficulty, a four-category ranking of 36 democratic constitutions according to the kinds of majorities required to formally amend the constitution.³² In Lijphart's classification, the United States ranks in the top group for amendment difficulty along with Australia, Canada, Japan and Switzerland.³³

Measuring amendment difficulty is itself difficult, however. As Tom Ginsburg and James Melton have argued, convincingly I believe, amendment culture may be more important in quantifying how difficult it is to formally amend a constitution than assigning a value to various steps involved in the amendment process.³⁴ By 'amendment culture', Ginsburg and Melton mean the relative frequency and success of constitutional amendment and generally how the practice of constitutional amendment is perceived by those governed by the rules themselves.³⁵ Christopher Eisgruber makes this point about the difficulty of measuring amendment difficulty in the United States under the rules of Article V: 'their impact will turn upon a number of cultural considerations, such as the extent to which state politics differ from national politics and the extent to which people are receptive to or skeptical about the general idea of consti-

²⁸ LUTZ, Donald S. *Idem. Ibidem.*

²⁹ LUTZ, Donald S. *Idem.* p. 170.

³⁰ One notable limitation is that Lutz did not include Canada in his study. The reason why, he explains, is that he found it difficult to identify what possesses 'constitutional status' in the country, and therefore what is subject to change by formal amendment. LUTZ, Donald S. *Idem.* p. 179 n. 6. Elsewhere, I have argued that the Constitution of Canada is more difficult to amend than the United States Constitution, and that Canada would have ranked above the United States had Lutz included Canada in his study sample. See ALBERT, Richard. The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada. *Alberta Law Review*. Edmonton, v. 52, n. 5 (still unpublished)

³¹ LORENZ, Astrid. How to Measure Constitutional Rigidity. *Journal of Theoretical Politics*. [s.l.], v. 17, n. 3, p. 339-361, July 2005. p. 358-59.

³² LIJPHART, Arend. *Patterns of Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1999. p. 220.

³³ LIJPHART, Arend. *Idem. Ibidem.*

³⁴ See GINSBURG, Tom; MELTON, James. Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty. *Chicago Working Papers on Law and Economics*. Chicago, n. 682, p. 1-29, May 2014.

³⁵ GINSBURG, Tom; MELTON, James. *Idem.*

tutional amendment'.³⁶ Despite the challenge of measuring amendment difficulty, no one will disagree that the constitutional structure and politics of Article V make the United States Constitution very difficult to amend.

3. CONSTITUTIONAL AMENDMENT IN THE PROGRESSIVE ERA

But the United States Constitution was not always thought difficult to amend. In the 1910s, political actors proposed and ratified a series of four constitutional amendments in rapid succession. This burst of amendment activity prompted William Marbury, writing at the end of the decade, to suggest that the Constitution had become too easy to amend, a departure from the prevailing belief at the time, not unlike what it is today, that the Constitution was very difficult to amend: 'Until lately, it appears never to have occurred to any one in this country that there need be any fear that the Constitution could be too readily amended', observed Marbury, referencing the outdated view that 'on the contrary, the prevailing impression was that it was almost impossible to amend that great instrument, except by something in the nature of a revolution'.³⁷ But the four amendments disrupted the conventional view of the difficulty of formal amendment in the United States. The ease of formal amendment then and its difficulty today suggest that amendment difficulty is variable across time, driven by the particularities of the moment, by the consolidation and disintegration of political forces, and also by the evolution of norms. The impetus behind the amendability of the Constitution in the 1910s was the progressive movement.

1.3. The movement and its purposes

Although scholars refer to the group engaged in promoting social change in American society from the 1890s to the 1920s as the "progressive movement," the truth is that the objectives pursued and the advancements achieved during this period were driven by a complex aggregation of agents and forces that defy such simple shorthand. It is nonetheless possible to identify the three objectives, broadly stated, that define what came to be known as the progressive movement: improving the exercise and tools of democracy, using government to help those in need, and curbing the influence of privileged interests. A leading analysis of the time sums it up as follows:

In this widespread political agitation that at first sight seems so incoherent and chaotic, there may be distinguished upon examination and analysis three tendencies. The first

³⁶ EISGRUBER, Christopher L. **Constitutional Self-Government**. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 22.

³⁷ MARBURY, William L. The Limitations upon the Amendment Power. **Harvard Law Review**. Cambridge, v. 33, n. 2, p. 223-235, dec. 1919. p. 223.

of these tendencies is found in the insistence by the best men in all political parties that special, minority, and corrupt influence in government—national, state, and city—be removed; the second tendency is found in the demand that the structure or machinery of government, which has hitherto been admirably adapted to control by the few, be so changed and modified that it will be more difficult for the few, and easier for the many, to control; and, finally, the third tendency is found in the rapidly growing conviction that the functions of government at present are too restricted and that they must be increased and extended to relieve social and economic distress. These three tendencies with varying emphasis are seen to-day in the platform and program of every political party; they are manifested in the political changes and reforms that are advocated and made in the nation, the states, and the cities; and, because of their universality and definiteness, they may be said to constitute the real progressive movement.³⁸

The movement declined in the 1920s and ultimately lost its momentum. One of the movement's amendments, the Eighteenth, was repealed in 1933, fourteen years after it had been adopted in 1919.³⁹ The movement had never found the right political vehicle to formalize its program, nor could progressives even agree on a common program, perhaps as a result of the tensions among progressives themselves and the lack of a national leader or an organized structure of leadership.⁴⁰

But the movement has left a legacy that continues to shape American politics today. Concern about special interest control of public institutions led the movement to promote direct democracy in its many forms, including the ballot initiative, the popular referendum and the recall power.⁴¹ Reformers wanted to reduce the power of elites in the electoral process.⁴² The common denominator in these three devices, as Nathaniel Persily writes, was 'the delegation of political decisions to the ordinary voter'.⁴³ South Dakota was the first state to adopt the initiative and the referendum in 1898.⁴⁴ Roughly 20 other states followed suit from 1900 through 1918 as direct democracy grew in popularity and as progressives won an important victory on the constitutionality of direct

³⁸ WITT, Benjamin Parke De. **The Progressive Movement**. New York: MacMillan, 1915. p. 4-5.

³⁹ U.S. Const., amend. XXI (1933).

⁴⁰ See LINK, Arthur S. What Happened to the Progressive Movement in the 1920's? **American Historical Review**. Oxford, v. 64, n. 4, p. 833-851, oct. 1959. p. 842.

⁴¹ EULE, Julian N. Judicial Review of Direct Democracy. **Yale Law Journal**. New Haven, v. 99, p. 1503-1558, may 1990. p. 1546.

⁴² HENRETTA, James A. Foreword: Rethinking the State Constitutional Tradition. **Rutgers Law Journal**. Camden, v. 22, p. 819-839, 1991. p. 824.

⁴³ PERSILY, Nathaniel A. The Peculiar Geography of Direct Democracy: Why the Initiative, Referendum and Recall Developed in the American West. **Michigan Law & Policy Review**. Ann Arbor, v. 2, p. 11-41, jan. 1997. p. 13.

⁴⁴ See MAGLEBY, David B. Taking the Initiative: Direct Legislation and Direct Democracy in the 1980s. **PS: Political Science & Politics**. New York, v. 21, n. 3, p. 600-611, jul./sept. 1988. p. 602.

democracy in the United States Supreme Court.⁴⁵ The Court held that federal constitutional challenges to state constitutional provisions authorizing the initiative or referendum are non-justiciable political questions over which the Court has no jurisdiction.⁴⁶

1.4. The progressive amendments

Part of the legacy of the Progressive Era also includes constitutional amendments. In a span of roughly ten years, political actors entrenched four constitutional amendments. In 1909, Congress passed the Sixteenth Amendment, authorizing an income tax, and the states ratified it four years later in 1913; in 1912, Congress passed the Seventeenth Amendment, establishing direct elections to the United States Senate, and the states ratified it the next year in 1913; in 1917, Congress passed the Eighteenth Amendment, which imposed prohibition, and the states ratified it two years later in 1919; and in 1919, Congress passed the Nineteenth Amendment, prohibiting gender discrimination in the right to vote, and the states ratified it just over one year later in 1920.⁴⁷

David Strauss has argued that these four amendments simply formalized changes that had already become political facts. He may be right but these amendments still show how important a period of social change the Progressive Era was for the country, which Strauss himself recognizes.⁴⁸ Akhil Amar situates these progressive amendments along a 'democratizing trendline'⁴⁹ that 'call[s] dramatic attention to the arc of history,'⁵⁰ as Americans amended the Constitution to authorize progressive income taxation and the direct election of Senators, and to enfranchise women.⁵¹ Not all progressives supported prohibition but 'the various strands of progressivism were united, however, at the level of basic assumptions.'⁵² James Timberlake has connected the Eighteenth Amendment to the larger effort to limit the corrupting influence of the liquor industry.⁵³ Alan Grimes refers to these four as 'the western amendments' because they arose from what he sees as a 'struggle [that] pitted the West, for the most part the last eigh-

⁴⁵ See MILLER, Kenneth P. **Direct Democracy and the Courts**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 34-36.

⁴⁶ *Pacific States Telephone & Telegraph Co. v. Oregon*, 223 U.S. 118 (1912).

⁴⁷ See The U.S. National Archives and Records Administration: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html (last accessed September 1, 2015).

⁴⁸ See STRAUSS, David A. The Irrelevance of Constitutional Amendments. **Harvard Law Review**. Cambridge, v. 114, n. 5, p.1457-1460, mar. 2001.

⁴⁹ AMAR, Akhil Reed. **America's Constitution: A Biography**. New York: Random House, 2005. p. 412.

⁵⁰ AMAR, Akhil Reed. *Idem*. p. 685.

⁵¹ AMAR, Akhil Reed. *Idem*. *Ibidem*.

⁵² KYVIG, David E. **Repealing National Prohibition**. Kent: The Kent State University Press, 2000. p. 8.

⁵³ See TIMBERLAKE, James H. **Prohibition and the Progressive Movement, 1900-1920**. Cambridge: Harvard University Press, 1963.

teen of the forty-eight states in the Union, against the states that had grown out of the initial thirteen colonies.⁵⁴ He situates these amendments in the conflict between 'urban and rural constituencies', 'industrial and agrarian interests', and 'boss-oriented politics and chautauqua-style politics'.⁵⁵

Today, perhaps the most controversial of these progressive amendments is the Seventeenth. Scholars have called for its repeal,⁵⁶ as have political actors,⁵⁷ most notably current Supreme Court Justice Antonin Scalia, who, when asked what he would change about the United States Constitution answered that 'there's very little that I would change' although the Seventeenth Amendment is one of the few items he would change if he could, as he explained in a public forum:

*I would change [the Constitution] back to what they wrote, in some respects. The Seventeenth Amendment has changed things enormously. ... We changed that in a burst of progressivism in 1913, and you can trace the decline of so-called states' rights throughout the rest of the 20th century. So, don't mess with the Constitution.*⁵⁸

Justice Scalia's criticism of the Seventeenth Amendment is anchored in federalism. The critique has its strongest voice in Ralph Rossum, who had earlier suggested that the Amendment effectively repealed federalism by removing an important state check on the national government. Rossum argued that federalism, at least as it was understood by the authors of the Constitution, 'effectively died as a result of the social and political forces that resulted in the adoption and ratification of the Seventeenth Amendment'.⁵⁹ In the next Part, I focus not on this aspect of the Amendment but rather on a narrower inquiry into its corruption-fighting origins. I will then explore the bases for the calls today to repeal the Seventeenth Amendment.

⁵⁴ GRIMES, Alan P. **Democracy and the Amendments to the Constitution**. Lexington: Lexington Books, 1978. p. 66.

⁵⁵ GRIMES, Alan P. *Idem. Ibidem*.

⁵⁶ See, e.g., C.H. HOEBEKE, C.H. **The Road to Mass Democracy: Original Intent and the Seventeenth Amendment**. Brunswick: Transaction Publishers, 1995; BARNETT, Randy. The Case for the Repeal Amendment. **Tennessee Law Review**. Knoxville, v. 78, n. 12, p. 813-822, mar. 2011; ZYWICKI, Todd J. Beyond the Shell and Husk of History: The History of the Seventeenth Amendment and Its Implications for Current Reform Proposals. **The Cleveland State Law Review**. v. 45, n. 2, p. 165-234, mar./may 1997.

⁵⁷ See, e.g., SEITZ-WALD, Alex. Repeal the 17th Amendment! **Salon**. Available at: http://www.salon.com/2012/08/16/repeal_the_17th_amendment (last accessed September 1, 2015); JOHNSON, Keith. Anti-Washington Ire Kindles an Old Debate. **Wall Street Journal**. Available at: <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304879604575582192395853212> (last accessed September 1, 2015); BAI, Matt. Tea Party's Push on Senate Election Exposes Limits. **N.Y. Times**, June 1, 2010, available at: <http://www.nytimes.com/2010/06/02/us/politics/02bai.html> (last accessed September 1, 2015).

⁵⁸ 'Scalia, Breyer Spar Over Supreme Court Issues', Associated Press, November 12, 2010, available at: <http://www.foxnews.com/politics/2010/11/12/scalia-breyer-spar-supreme-court-issues> (last accessed September 1, 2015).

⁵⁹ ROSSUM, Ralph A. **Federalism, the Supreme Court, and the Seventeenth Amendment: The Irony of Constitutional Democracy**. Lanham: Lexington Books, 2001. p. 3.

4. THE SEVENTEENTH AMENDMENT

The Seventeenth Amendment changed how political candidates are selected for the United States Senate. The senatorial selection process was once indirect but it is now direct: no longer are senators chosen by state legislatures; senators are now elected directly by voters in each state. Under the original design of the Constitution, the senatorial appointments rule required that 'The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each State, chosen by the Legislature thereof, for six Years; and each Senator shall have one Vote'.⁶⁰ But, in 1913, the Seventeenth Amendment changed the appointments rule, and since then it requires that 'The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each State, elected by the people thereof, for six years; and each Senator shall have one vote. The electors in each State shall have the qualifications requisite for electors of the most numerous branch of the State legislatures'.⁶¹ The amendment did not take long to ratify. Congress approved it on May 13, 1912, and three-quarters of the states had ratified it less than a year later by April 8, 1913.⁶²

The rapid ratification of the Seventeenth Amendment might suggest that political actors devoted little deliberation to it. But moving from indirect to direct senatorial elections had been a subject of national political interest for almost one hundred years prior. In 1826, a congressperson introduced an amendment to create direct elections for senators; this was followed by a similar proposal in 1835, and five more between 1850 and 1855.⁶³ Later in 1860, Andrew Johnson, then a senator but later president, renewed the calls for direct senatorial elections that he had earlier made as a member of the House of Representatives.⁶⁴ As president, Johnson continued to press for the change, sending a special message to Congress on the subject in 1868 and taking the position again in his State of the Union address that same year.⁶⁵ At the time, however, the nation was occupied with Reconstruction and as a result, as George Haynes writes, 'even if President Johnson's advocacy had been calculated to commend the measure to the favorable attention of Congress, little room was left for consideration of such a change in the Constitution'.⁶⁶

Public interest in moving from indirect to direct senatorial elections began to grow quickly shortly thereafter. There were more and more congressional resolutions

⁶⁰ U.S. Const., art. I, § 3, cl. 1. (1789).

⁶¹ U.S. Const., amend. XVII (1913). The amendment also establishes a procedure to fill Senate vacancies. *See ibid.*

⁶² See The U.S. National Archives and Records Administration: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html (last accessed September 1, 2015).

⁶³ See HAYNES, George H. **The Election of Senators**. New York: Henry Holt and Co., 1912. p. 101-102.

⁶⁴ HAYNES, George H. *Idem*. p. 102.

⁶⁵ HAYNES, George H. *Idem*. *Ibidem*.

⁶⁶ HAYNES, George H. *Idem*. *Ibidem*.

and amendment proposals,⁶⁷ citizens and associations took up the cause, and state and national political parties made Senate reform part of their platform.⁶⁸ State legislatures, too, began pushing for the amendment, with California and Iowa, as early as 1874, petitioning Congress to amend the Constitution to create direct senatorial elections.⁶⁹ By 1902, three states had held separate referenda asking voters whether they would prefer direct senatorial elections, and in each case the vote was overwhelmingly in favor the change: 451,319 to 76,975 in Illinois in 1902; 187,958 to 13,342 in California in 1892; and 6,775 to 866 in Nevada in 1893.⁷⁰ By 1905, 31 state legislatures had in some way communicated to Congress its support for direct senatorial elections.⁷¹ Yet, even this number, as high as it was, did not reflect the full measure of state support because many states had already adopted state laws requiring direct senatorial election.⁷²

In 1906, 29 delegates from 11 states gathered in Iowa at what was called the Inter-State Senatorial Amendment Convention, an effort to accelerate the change that most states by then supported.⁷³ The goal of the convention was to coordinate efforts to ultimately petition Congress to call a convention to propose an amendment to create direct senatorial elections.⁷⁴ Although Iowans and others had long supported this idea for amending the Constitution, their efforts had borne no fruit. Faced with no congressional action on an amendment, the Governor of Iowa convened the event and made clear his objectives when he called the convention to order:

Hitherto this sentiment has not been productive of results, and during the last session of the General Assembly it seemed to the members who compose that body that there was but one effective and practical way in which to take the views of the people of this country upon the proposed change in the election of Senators. It was to adopt the other alternative provided in the Constitution of the United States, and ask our sister states to co-operate with us in presenting a petition to Congress that would require action upon the part of that body in the way of convening a constitutional convention.⁷⁵

The convention had been authorized by a joint resolution of the Iowa General Assembly. The Assembly directed the Governor of Iowa to invite other governors

⁶⁷ HAYNES, George H. *Idem*. p. 103-04.

⁶⁸ HAYNES, George H. *Idem*. p. 105.

⁶⁹ HAYNES, George H. *Idem*. p. 106.

⁷⁰ HAYNES, George H. *Idem*. *Ibidem*.

⁷¹ HAYNES, George H. *Idem*. p. 110.

⁷² HAYNES, George H. *Idem*. p. 111.

⁷³ Report of the Proceedings of the Inter-State Senatorial Amendment Convention, Des Moines, Iowa, December 5-6, 1906, at 23-24.

⁷⁴ *Idem*. at 14.

⁷⁵ *Idem*. *Ibidem*

to send representatives to the Inter-State Convention.⁷⁶ The joint resolution, passed in March 1906, noted that seventeen states were at the time on record as petitioning Congress to approve an amendment proposal establishing direct senatorial elections and that seven states had by that time petitioned Congress to call a convention for the purpose of proposing an amendment to create direct senatorial elections.⁷⁷

By the time Congress eventually approved the Seventeenth Amendment and transmitted it to the states in 1912, over half of the states had already adopted direct senatorial elections, or something quite close to it, as a matter of either law or practice.⁷⁸ For example, states would hold elections whose results were ‘advisory’ to the legislatures; the legislature of course retained the constitutional responsibility to select senators themselves, but their members found it difficult to ignore the results of those elections since they were essentially ‘referenda instructing state legislators’.⁷⁹ States generally took three paths toward direct senatorial election even before the Seventeenth Amendment was proposed and ratified: amending their constitution, passing laws, and following political practices that ‘sidestep legislative selection of senators’.⁸⁰ These subnational approaches reflected the distinctive strategy of the progressive movement: to pursue change at the state level, for instance through uniform state legislation or by piecemeal, to make it close to inevitable at the national level.⁸¹ By 1913, at least 34 states had effectively evolved by law or practice to elect their senators even before it was required by constitutional amendment.⁸²

1.5. The impetus for the Seventeenth Amendment

There were at least three motivations behind the move to direct senatorial elections: curbing corruption in state legislatures; avoiding deadlocks in senatorial

⁷⁶ HAYNES, George H. **The Election of Senators...** *Op. Cit.* p. 106.

⁷⁷ HAYNES, George H. *Idem.* at 106-08.

⁷⁸ STRAUSS, David A. The Irrelevance of Constitutional Amendments... *Op. Cit.* p. 1497.

⁷⁹ BYBEE, Jay S. Ulysses at the Mast: Democracy, Federalism, and the Sirens Song of the Seventeenth Amendment. **Northwestern Law Review**. Chicago, v. 91, n. 2, p. 500-569, sept./dec. 1997. p. 537.

⁸⁰ CLOPTON, Zachary D.; ART, Steven E. The Meaning of the Seventeenth Amendment and a Century of State Defiance. **Northwestern Law Review**. Chicago, v. 107, n. 3, p. 1181-1242, mar./jun. 2013. p. 1190.

⁸¹ GRAEBNER, William. Federalism in the Progressive Era: A Structural Interpretation of Reform. **The Journal of American History**. Oxford, v. 64, n. 2, p. 331-357, sept. 1977. p. 332.

⁸² WIEGAND, Elva. **A History of the Movement for the Direct Election of Senators**. Los Angeles, 1934. Thesis (Master in History) - Department of History, University of Southern California. f. 49. One of the leading models for direct senatorial election was the Oregon plan that invited candidates for state legislature to sign one of two statements, either pledging to vote for the U.S. Senate candidate who received the highest popular vote in the state or to see the vote as only advisory. KOBACH, Kris W. Rethinking Article V: Term Limits and the Seventeenth and Nineteenth Amendments. **Yale Law Journal**. New Haven, v. 103, n. 7, p. 1971-2007, may 1994. p. 1978.

elections; and giving greater voice to the people.⁸³ Under the prevailing method of indirect senatorial election—state legislators voting for the state’s United States Senators—corruption in state legislative elections for senators was pervasive, as observers at the time commented that the process ‘was so corrupt that it produced an unresponsive and unrepresentative Senate’.⁸⁴ State legislative corruption and interest group control of senatorial elections were, as Vikram Amar writes, ‘perhaps the greatest evils associated with indirect election’.⁸⁵ The concern was that indirect senatorial elections would lead senatorial candidates to promise money, favors or offices to state legislators in return for their vote.⁸⁶ The corruption concern extended to state governments and also to influential yet unelected insiders who would pay off state lawmakers to direct their vote in senatorial elections.⁸⁷

As the legislative history of the Seventeenth Amendment suggests,⁸⁸ political actors believed the problem could be fixed by adopting direct senatorial elections that would give power directly to the people and would take it away from the corruptible state senators.⁸⁹ A 1911 report from the United States Senate Committee on the Judiciary referred to the ‘instances of bribery and corruption which have taken place in the legislatures of the different States in the last 25 years, and which could not have occurred had popular elections prevailed’.⁹⁰ There was evidence that state legislators had sold their votes to elect senators that would not have otherwise been elected.⁹¹

A constitutional amendment was necessary to address the problem on a national scale.⁹² It ‘completed the centralizing process that the public canvass began’, after states had come onboard with their own reforms and in light of the popular support behind the idea of direct election.⁹³ Despite strong evidence of corruption in seven states in the fifteen years preceding the successful proposal of the Seventeenth Amendment

⁸³ BYBEE, Jay S. *Ulysses at the Mast...* *Op. Cit.* p. 538-47.

⁸⁴ SCHILLER, Wendy J.; STEWART III, Charles. **Electing the Senate: Indirect Democracy Before the Seventeenth Amendment**. Princeton: Princeton University Press, 2015. p. 10.

⁸⁵ AMAR, Vikram David. Indirect Effects of Direct Election: A Structural Examination of the Seventeenth Amendment. **Vanderbilt Law Review**. v. 49, n. 6, p. 1347-1407, nov. 1996. p. 1353.

⁸⁶ See TEACHOUT, Zephyr. **Corruption in America: From Benjamin Franklin’s Snuff Box to Citizens United**. Cambridge: Harvard University Press, 2014. p. 123.

⁸⁷ AMAR, Akhil Reed. **America’s Constitution: A Biography**. New York: Random House, 2005. p. 412.

⁸⁸ See LITTLE, Laura E. An Excursion into the Uncharted Waters of the Seventeenth Amendment. **Temple Law Review**. Philadelphia, v. 64, n. 3, p. 629-658, sept./dec. 1991. p. 640.

⁸⁹ CROOK, Sara Brandes; HIBBING, John R. A Not-so-distant Mirror: The 17th Amendment and Congressional Change. **American Political Science Review**. Washington, D.C., v. 91, n. 4, p. 845-853, dec. 1997. p. 845.

⁹⁰ Report No. 961 to accompany S.J. Res. 134, Committee on the Judiciary, ‘Election of Senators by Popular Vote’, January 11, 1911, 61st Cong. 3d Sess., at 14.

⁹¹ BYBEE, Jay S. *Ulysses at the Mast...* *Op. Cit.* p. 539.

⁹² HAYNES, George H. **The Election of Senators...** *Op. Cit.* p. 53.

⁹³ RIKER, William H. The Senate and American Federalism. **American Political Science Review**. New York, v. 49, n. 2, p. 452-469, July 1955. p. 467.

in 1912, the United States Senate was not keen to investigate these matters. Indeed, the Senate showed 'extreme reluctance to investigate such charges, and [] bound itself by precedents which ma[d]e not only the unseating of a member, but even the pursuit of a thoroughgoing investigation, practically impossible, except where the evidence of guild [was] overwhelming and notorious'.⁹⁴ Of the ten senators investigated by the Senate before 1900, only two senators ultimately resigned their seat, though in neither case had the Senate yet taken a vote on the specific resolution concerning allegations of corruption.⁹⁵

It is worth recalling one corruption case. On July 13, 1912, two months after the Congress had approved the Seventeenth Amendment and transmitted it to the states for ratification, the Senate invalidated the election of Illinois Senator William Lorimer.⁹⁶ Elected in 1909 under the original process of indirect senatorial election, Lorimer had been cleared of the corruption charges in 1911 when the Senate dropped the matter after a six-week inquiry.⁹⁷ But when new public charges came to light a week before the Senate voted on the proposed Seventeenth Amendment, the Senate reopened the Lorimer case.⁹⁸ Lorimer, it was proven to the Senate's satisfaction, had been elected to the United States Senate with the help of at least seven state legislators whose votes had been bought with \$100,000 raised by large Chicago corporations.⁹⁹ In the end, four of the seven gave confessions in open court.¹⁰⁰ This extraordinary case of corruption is not representative; it appears to have been the most egregious example that came to light at the time.

But David Schleicher questions the corruption narrative that is thought to have prompted the move from indirect to direct senatorial elections: if the corrupting forces 'had the power to sneak through senators over popular worry about corruption, there needs to be an additional explanation for why they did not have enough power to stop direct elections—and in fact did not want to'.¹⁰¹ This is an important question and perhaps one that will remain unanswered, at least with any certainty. But Todd Zywicki may have an answer. The Seventeenth Amendment, Zywicki writes, made rent-seeking

⁹⁴ RIKER, William H. *Idem. Ibidem.*

⁹⁵ RIKER, William H. *Idem.* p. 53-56.

⁹⁶ 'July 13, 1912: Senator Ousted', Senate History: 1878-1920, United States Senate, at: http://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/Senator_Ousted.htm (last accessed September 1, 2015).

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ *Idem.*

⁹⁹ See BUENKER, John D. Illinois and the Four Progressive-Era Amendments to the United States Constitution. *Illinois Historical Journal*. Springfield, v. 80, sept./dec. 1987. p. 215-16.

¹⁰⁰ BUENKER, John D. *Idem.* at 216. The number could be higher than seven. According to another source, supporters of Lorimer paid bribes to forty state legislators. See GRADEL, Thomas J.; SIMPSON, Dick. **Corrupt Illinois: Patronage, Cronyism, and Criminality**. Champaign: University of Illinois Press, 2014. p. 42-43.

¹⁰¹ SCHLEICHER, David. The Seventeenth Amendment and Federalism in an Age of National Political Parties. *Hastings Law Journal*. San Francisco, v. 65, n. 4, p. 1043-1099, may 2014. p. 1060.

easier, allowing interest groups to go directly to an elected Senator rather than having to canvass an entire state legislature to secure a majority for their preferred candidate: 'by making it possible for special interests to lobby Senators directly, rather than having to proceed through the intermediary of the state legislatures, the Seventeenth Amendment reduced the costs of lobbying for wealth transfers.'¹⁰² As the interest groups grew more national and as they sought national influence to advance their cause, it proved more effective to lobby one relatively small group of national leaders rather than several groups of state leaders: 'because these national interest groups (such as labor unions and railroads) were dispersed across several states, it was quite cumbersome and expensive for them to have to lobbying multiple state legislatures in order to get the Senate consent to a piece of legislation.'¹⁰³ Schleicher explains Zywicki's answer succinctly:

[Interest groups] supported the Amendment for several reasons: it would reduce the cost of lobbying for favorable legislation by national interest groups because lobbyists would only have to engage with one body and not fifty; it would increase the length of senatorial tenures, permitting interest groups to form long-term relationships with senators; and it would reduce monitoring of senators because state legislatures were better at ensuring that senators did the bidding of the voting public rather than special interest groups. National interest groups thus had an interest in direct elections because it made the Senate easier to lobby.¹⁰⁴

The point, then, according to Zywicki, is that there was more to the Seventeenth Amendment than an effort to curb corruption. It may be that the move to direct senatorial elections concealed a much less-public effort to redirect rent-seeking behavior so as to make it more efficient for interest groups to solicit favors from the federal government.¹⁰⁵ John McGinnis echoes this view, arguing that the Seventeenth Amendment facilitated 'the rise of the special-interest state'.¹⁰⁶ McGinnis writes that the Amendment 'increased monitoring costs and entrenched senators in office' and 'made it easier for interest groups to strike long-term deals' because the general electorate was much less competent than state legislators at monitoring senators.¹⁰⁷ Today, with the benefit of one century of political life under the Seventeenth Amendment, it is worth asking

¹⁰² ZYWICKI, Todd J. *Beyond the Shell and Husk of History...* *Op. Cit.* p. 215.

¹⁰³ ZYWICKI, Todd J. *Idem.* p. 216.

¹⁰⁴ SCHLEICHER, David. *The Seventeenth Amendment...* *Op. Cit.* p. 1061.

¹⁰⁵ ZYWICKI, Todd J. *Senators and Special Interests: A Public Choice Analysis of the Seventeenth Amendment.* *Oregon Law Review*. Eugene, v. 73, p. 1007-1055, 1994. p. 1054-55..

¹⁰⁶ MCGINNIS, John O. *The Original Constitution and its Decline: A Public Choice Perspective.* *Harvard Journal of Law & Public Policy*. Cambridge, v. 21, n. 1, p. 195-210, sept./dec. 1997. p. 205.

¹⁰⁷ MCGINNIS, John O. *Idem.* at 206.

whether scholars believe that direct senatorial elections has fulfilled the objective that first drove its proposal.

1.6. The Seventeenth Amendment today

On the occasion of the one hundredth anniversary of the Seventeenth Amendment, Wendy Schiller and Charles Stewart published a report inquiring whether the Amendment had fulfilled its intended objectives. They concluded that ‘the 17th Amendment has failed to deliver on its promise, and has produced a Senate that is even less responsive to voters than it was under the indirect election system’.¹⁰⁸ The key finding concerned money in senatorial elections. They estimated that prior to the Seventeenth Amendment from 1871 to 1913, there was an average of \$214.88 million per year spent on senatorial elections.¹⁰⁹ This is roughly one-fifth of what was spent in the 2012 Senate election cycle: \$1.168 billion.¹¹⁰ For Schiller and Stewart, this contrast undermines the Amendment: ‘Despite the blatant use of money to win indirect Senate elections, 100 years after the 17th Amendment was enacted, the modern Senate elections process is swamped with campaign money in ways that far outpace elections under the indirect elections system’.¹¹¹ A few years prior, another took a similar view of the Amendment but stressed more specific failures:

In retrospect, the amendment failed to accomplish what was expected of it, and in most cases failed dismally. Exorbitant expenditures, alliances with well-financed lobby groups, and electioneering sleights-of-hand have continued to characterize Senate campaigns long after the constitutional nostrum was implemented. In fact, such tendencies have grown increasingly problematic. Insofar as the Senate also has participated in lavishing vast sums on federal projects of dubious value to the general welfare, and producing encyclopedic volumes of legislation that never will be read or understood by the great mass of Americans, it can hardly be the case that popular elections have strengthened the upper chamber’s resistance to the advances of special interests.’¹¹²

The rise of money in senatorial elections has not been at the core of the call to repeal the Seventeenth Amendment. The repeal effort has instead relied largely on federalism, or ‘states’ rights’, as the rallying cry behind the move to return to indirect

¹⁰⁸ SCHILLER, Wendy J.; STEWART III, Charles. The 100th Anniversary of the 17th Amendment: A Promise Unfulfilled. **Issues in Governance Studies**. Washington, v. 34, n. 59, p. 1-12, may 2013. p. 1.

¹⁰⁹ SCHILLER, Wendy J.; STEWART III, Charles. *Idem*. p. 6-7.

¹¹⁰ SCHILLER, Wendy J.; STEWART III, Charles. *Idem*. *Ibidem*.

¹¹¹ SCHILLER, Wendy J.; STEWART III, Charles. *Idem*. p. 7.

¹¹² HOEBEKE, C.H. Democratizing the Constitution: The Failure of the Seventeenth Amendment. **IX Humanitas - National Humanities Institute, Center for Constitutional Studies**. Available at: <http://www.nhinet.org/hoebeke.htm> (last accessed September 1, 2015).

senatorial elections. According to repeal proponents, doing away with direct senatorial elections would restore the federalist balance created by the Constitution: state legislatures would once again have the power to send to Washington only those senators they believed would be responsive to the state's needs.¹¹³ Ted Cruz, for example, has argued that the Seventeenth Amendment was a 'major step toward the explosion of federal power and the undermining of the authority of the states'.¹¹⁴ A common critique of the Amendment is that it disrupted the founding design of the Constitution, and that repeal would return the country to where it began and where it should be. One commentator, for instance, argues that a return to indirect senatorial elections 'would check the federal government's proclivity to pass laws binding the state to unfunded mandates. It would increase the sovereignty of the several states and restore true federalism back into our system of government'.¹¹⁵

It is worth wondering whether restoring the original method of indirect senatorial elections would have the effect that repeal advocates anticipate, that is to say a rebalancing of federalism. On one view, returning to indirect senatorial elections would align the tenure of senators to how well they defend their state's interest rather than the national interests. It is also likely the case, as one observer acknowledges, that 'senators still would be just as likely to be corrupted' but it also likely that 'the corruption would be dispersed to the 50 separate state legislatures' and even then, 'the corruption more often would be on behalf of state interests'. This corruption, the same observer notes, would be remediable 'by the vigilance of voters for more responsive state legislative seats (typically, about less than 50,000 residences per state legislator), rather than Senate seats (the entire population of the state—usually millions.)'.¹¹⁶ This is an honest defense of indirect senatorial elections insofar as it recognizes that corruption is inevitable in either case.

But it is not clear that repealing the Seventeenth Amendment would necessarily reinstate indirect senatorial elections as a matter of practice, whatever it would mean as a matter of formal law. Assume the Seventeenth Amendment were repealed today. The Constitution would revert to its original appointment rule, requiring state legislatures to select their senators. But, in my view, that direct election would nonetheless

¹¹³ HOEBEKE, C.H. *Idem*. One state senator has even called on his state legislature to rescind its ratification of the Seventeenth Amendment. See HACKEN, Kelsey. Rescind Seventeenth Amendment, Indiana Lawmaker Proposes. **Heartlander Magazine**. Available at: <http://news.heartland.org/newspaper-article/2015/02/19/indiana-lawmaker-proposes-rescinding-seventeenth-amendment> (last accessed September 1, 2015).

¹¹⁴ GREENBLATT, Alan. Rethinking the 17th Amendment: An Old Idea Gets Fresh Opposition. **NPR**. Available at: <http://www.npr.org/sections/itsallpolitics/2014/02/05/271937304/rethinking-the-17th-amendment-an-old-idea-gets-fresh-opposition> (last accessed September 1, 2015).

¹¹⁵ See KOEHL, Theodore. How to Repeal the 16th and 17th Amendments. **American Thinker**. Available at: http://www.americanthinker.com/articles/2013/07/how_to_repeal_the_16th_and_17th_amendments.html (last accessed September 1, 2015).

¹¹⁶ *Idem*.

remain a political and legal fact of senatorial selection. The laws mandating direct senatorial elections even before to the Amendment, as discussed above,¹¹⁷ would likely be revived. It would be difficult for state legislators to justify denying voters their right, acquired by prior law and practice, to choose their own senators.¹¹⁸ What is perhaps more problematic for the effort to repeal the amendment while concurrently prohibiting voters from choosing their own senators is that the amendment repealing the Seventeenth would have to be designed to effectively preclude all the different devices state legislatures could use to promote popular election of senators. It would also have to be designed to preclude indirect forms of popular election, for instance where the state legislature would select the candidate who was ahead in public opinion polls. Not only would this design be difficult to perfect but it would be an unreasonable choice for designers to make.

5. CONCLUSION

It is unlikely that the effort to repeal the Seventeenth Amendment will turn grow into a movement like the one that first drove the Amendment's proposal and ratification one hundred years ago. But even if support continues to build to repeal the Amendment, the formal amendment rules of Article V will almost certainly lead to its defeat. Constitutional amendment in the United States is next to impossible, or at least it is today. It could of course in the future become much less daunting, just as it became during the Progressive Era, when constitutional amendment seemed for some too easy in comparison to what it had been before. Fewer than thirty years before the entrenchment of the Seventeenth Amendment, Woodrow Wilson, writing in 1885, highlighted the difficulty of constitutional amendment under the United States Constitution, referring to the 'cumbersome machinery of formal amendment erected by Article Five'.¹¹⁹

Today, political actors introduce constitutional amendments on all subjects. Congresspersons introduce proposals on subjects ranging from campaign finance,¹²⁰ to prayer in schools¹²¹ and to presidential term limits,¹²² and state legislatures petition Congress to propose amendments to repeal federal laws,¹²³ to require a balanced bud-

¹¹⁷ See *supra* Section 4.1.

¹¹⁸ See SPIVAK, Joshua. Don't Repeal the 17th Amendment. **Forbes.com**. Available at: <http://www.forbes.com/2010/04/02/seventeenth-amendment-repeal-louie-gohmert-opinions-contributors-joshua-spivak.html> (last accessed September 1, 2015).

¹¹⁹ WILSON, Woodrow. **Congressional Government**. Boston and New York: Houghton Mifflin Company, 1885. p. 242.

¹²⁰ See H.R.J. Res. 31, 113th Cong. (2013).

¹²¹ See H.R.J. Res. 42, 113th Cong. (2013).

¹²² See H.R.J. Res. 19, 113th Cong. (2013).

¹²³ See H.R. Res. 12-1003, 68th Gen. Assemb., Reg. Sess. (Colo. 2012).

get¹²⁴ and to prohibit abortion.¹²⁵ Some of these amendments, and indeed perhaps most of them, are introduced for narrow parochial purposes that David Mayhew categorizes as position taking, credit claiming, or advertising.¹²⁶

Perhaps the history and methods of the Progressive movement can offer modern American constitutional reformers a roadmap for achieving formal constitutional change. For those amendments whose proposers believe could have a legitimate chance at eventual proposal and ratification, the Progressive movement is a good model for how to create and ultimately entrench social change. Of course, it would be difficult if not impossible to replicate the success of the Progressive Era. Four amendments in the span of a decade is unprecedented in American history since the Bill of Rights, and it would be surprising if such a feat were ever to be repeated.

6. REFERENCES

ACKERMAN, Bruce A. Transformative Appointments. **Harvard Law Review**. Cambridge, vol. 101, n. 6, p. 1164-1184, apr. 1988.

ALBERT, Richard. Constitutional Disuse or Desuetude: The Case of Article V. **Boston University Law Review**, Boston, vol. 94, n. 3, p. 1029-1082, may 2014.

ALBERT, Richard. Constructive Unamendability in Canada and the United States. **Supreme Court Law Review**, v. 67, n. 2, p. 181-219, jan. 2014.

ALBERT, Richard. The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada. **Alberta Law Review**. Edmonton, v. 52, n. 5 (still unpublished).

ALBERT, Richard. The Structure of Constitutional Amendment Rules. **Wake Forest Law Review**. v. 49, p. 913-975, nov. 2014.

ALSTYNE, William Van. What do you Think About the Twenty-Seventh Amendment? **Constitutional Commentary**. Williamsburg, v. 10, n. 1, p. 9-18, nov. 1993.

AMAR, Akhil Reed. **America's Constitution: A Biography**. New York: Random House, 2005.

AMAR, Vikram David. Indirect Effects of Direct Election: A Structural Examination of the Seventeenth Amendment. **Vanderbilt Law Review**. v. 49, n. 6, p. 1347-1407, nov. 1996.

BAI, Matt. Tea Party's Push on Senate Election Exposes Limits. **N.Y. Times**, June 1, 2010, available at: <http://www.nytimes.com/2010/06/02/us/politics/02bai.html> (last accessed September 1, 2015)

BARNETT, Randy. The Case for the Repeal Amendment. **Tennessee Law Review**. Knoxville, v. 78, n. 12, p. 813-822, mar. 2011.

¹²⁴ See S. Con. Res. 4007, 62d Leg. Assemb., Reg. Sess. (N.D. 2011).

¹²⁵ See S. Con. Res. 132, 45th Leg. Assemb., Reg. Sess. (Idaho 1980).

¹²⁶ MAYHEW, David R. **Congress: The Electoral Connection**. New Haven: Yale University Press, 1974. p. 49-61.

BUENKER, John D. Illinois and the Four Progressive-Era Amendments to the United States Constitution. **Illinois Historical Journal**. Springfield, v. 80, sept./dec. 1987.

BYBEE, Jay S. Ulysses at the Mast: Democracy, Federalism, and the Sirens Song of the Seventeenth Amendment. **Northwestern Law Review**. Chicago, v. 91, n. 2, p. 500-569, sept./dec. 1997.

CLOPTON, Zachary D.; ART, Steven E. The Meaning of the Seventeenth Amendment and a Century of State Defiance. **Northwestern Law Review**. Chicago, v. 107, n. 3, p. 1181-1242, mar./jun. 2013.

COLÓN-RÍOS, Joel; HUTCHINSON, Allan. Democracy and Revolution: An Enduring Relationship? **Denver University Law Review**. Denver, v. 89, n. 3, p. 593-611, jul./sept. 2012.

CROOK, Sara Brandes; HIBBING, John R. A Not-so-distant Mirror: The 17th Amendment and Congressional Change. **American Political Science Review**. Washington, D.C., v. 91, n. 4, p. 845-853, dec. 1997.

DIXON, Rosalind. Partial Constitutional Amendments. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**. Philadelphia, v. 13, n. 3, p. 643-685, mar. 2011.

EISGRUBER, Christopher L. **Constitutional Self-Government**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

EULE, Julian N. Judicial Review of Direct Democracy. **Yale Law Journal**. New Haven, v. 99, p. 1503-1558, may 1990.

FALLON, Richard H. Strict Judicial Scrutiny. **UCLA Law Review**. Los Angeles, vol.54, n. 5, 2007.

FISCH, William B. Constitutional Referendum in the United States of America, **American Journal Comparative Law** (supplement), Ann Arbor, vol. 54, n.4 p.485, 490-491, 2006.

GINSBURG, Tom; MELTON, James. Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty. **Chicago Working Papers on Law and Economics**. Chicago, n. 682, p. 1-29, may 2014.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. Constitutional Cultures, Democracy, and Unwritten Principles. **University of Illinois Law Review**. Champaign, v. 18, n. 2, p. 683-710, apr. 2012.

GRADEL, Thomas J.; SIMPSON, Dick. **Corrupt Illinois: Patronage, Cronyism, and Criminality**. Champaign: University of Illinois Press, 2014.

GRAEBNER, William. Federalism in the Progressive Era: A Structural Interpretation of Reform. **The Journal of American History**. Oxford, v. 64, n. 2, p. 331-357, sept. 1977.

GREENBLATT, Alan. Rethinking the 17th Amendment: An Old Idea Gets Fresh Opposition. **NPR**. Available at: <http://www.npr.org/sections/itsallpolitics/2014/02/05/271937304/rethinking-the-17th-amendment-an-old-idea-gets-fresh-opposition> (last accessed September 1, 2015).

GRIMES, Alan P. **Democracy and the Amendments to the Constitution**. Lexington: Lexington Books, 1978.

HACKEN, Kelsey. Rescind Seventeenth Amendment, Indiana Lawmaker Proposes. **Heartlander Magazine**. Available at: <http://news.heartland.org/newspaper-article/2015/02/19/indiana-law-maker-proposes-rescinding-seventeenth-amendment> (last accessed September 1, 2015).

HAYNES, George H. **The Election of Senators**. New York: Henry Holt and Co., 1912.

HENRETTA, James A. Foreword: Rethinking the State Constitutional Tradition. **Rutgers Law Journal**. Camden, v. 22. p. 819-839, 1991.

HOEBEKE, C.H. Democratizing the Constitution: The Failure of the Seventeenth Amendment. **IX Humanitas - National Humanities Institute, Center for Constitutional Studies**. Available at: <http://www.nhinet.org/hoebeke.htm> (last accessed September 1, 2015).

HOEBEKE, C.H. **The Road to Mass Democracy: Original Intent and the Seventeenth Amendment**. Brunswick: Transaction Publishers, 1995.

JOHNSON, Keith. Anti-Washington Ire Kindles an Old Debate. **Wall Street Journal**. Available at: <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304879604575582192395853212> (last accessed September 1, 2015).

KENNEDY, Christopher M. Is There a Twenty-Seventh Amendment: The Unconstitutionality of a New 203-Year-Old Amendment. **Marshall Law Review**. Chicago, v. 26, n. 4, p. 977-1019, jul./sept. 1993.

KOBACH, Kris W. Rethinking Article V: Term Limits and the Seventeenth and Nineteenth Amendments. **Yale Law Journal**. New Haven, v. 103, n. 7, p. 1971-2007, may 1994.

KOEHL, Theodore. How to Repeal the 16th and 17th Amendments. **American Thinker**. Available at: http://www.americanthinker.com/articles/2013/07/how_to_repeal_the_16th_and_17th_amendments.html (last accessed September 1, 2015).

KYVIG, David E. **Explicit and Authentic Acts: Amending the U.S. Constitution, 1776-1995**. Lawrence: University Press of Kansas, 1996.

KYVIG, David E. **Repealing National Prohibition**. Kent: The Kent State University Press, 2000.

LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of Parties, Not Powers. **Harvard Law Review**. Cambridge, v. 119, n. 8, p. 2311-2386, june 2006.

LEVINSON, Sanford. Authorizing Constitutional Text: On the Purported Twenty-Seventh Amendment. **Constitutional Commentary**. Saint Paul, v. 11, n. 1, p. 101-113, dec./feb. 1994.

LEVINSON, Sanford. How I Lost my Constitutional Faith. **Maryland Law Review**. Prince George's, v. 71, n. 4, p. 956-977, oct. 2012.

LIJPHART, Arend. **Patterns of Democracy**. New Haven: Yale University Press, 1999.

LINK, Arthur S. What Happened to the Progressive Movement in the 1920's? **American Historical Review**. Oxford, v. 64, n. 4, p. 833-851, oct. 1959.

LITTLE, Laura E. An Excursion into the Uncharted Waters of the Seventeenth Amendment. **Temple Law Review**. Philadelphia, v. 64, n. 3, p. 629-658, sept./dec. 1991.

LORENZ, Astrid. How to Measure Constitutional Rigidity. **Journal of Theoretical Politics**. [s.l.], v. 17, n. 3, p. 339-361, July 2005.

LUTZ, Donald S. **Principles of Constitutional Design**. New York: Cambridge University Press, 2006.

MAGLEBY, David B. Taking the Initiative: Direct Legislation and Direct Democracy in the 1980s. **PS: Political Science & Politics**. New York, v. 21, n. 3, p. 600-611, jul./sept. 1988.

MARBURY, William L. The Limitations upon the Amendment Power. **Harvard Law Review**. Cambridge, v. 33, n. 2, p. 223-235, dec. 1919.

MAYHEW, David R. **Congress: The Electoral Connection**. New Haven: Yale University Press, 1974. p. 49-61.

MCGINNIS, John O. The Original Constitution and its Decline: A Public Choice Perspective. **Harvard Journal of Law & Public Policy**. Cambridge, v. 21, n. 1, p. 195-210, sept./dec. 1997.

MCGREAL, Paul E. There is no Such Thing as Textualism: A Case Study in Constitutional Method. **Fordham Law Review**. New York, v. 69, n. 6, p. 2393-2469, may 2001.

MILLER, Kenneth P. **Direct Democracy and the Courts**. New York: Cambridge University Press, 2009.

PERSILY, Nathaniel A. The Peculiar Geography of Direct Democracy: Why the Initiative, Referendum and Recall Developed in the American West. **Michigan Law & Policy Review**. Ann Arbor, v. 2, p. 11-41, jan. 1997.

PILDES, Richard H. Why the Center Does Not Hold: The Causes of Hyperpolarized Democracy in America. **California Law Review**. Berkeley, v. 99, n. 2, p. 273-333, apr. 2011.

PREUSS, Ulrich K. The Implications of 'Eternity Clauses: The German Experience. **Israel Law Review**. Cambridge, vol. 44, n. 3, p. 429-448, 2011.

PRIMUS, Richard A. When Should Original Meanings Matter? **Michigan Law Review**. Ann Arbor, vol. 107, n. 2, p. 165-222, 2008.

RIKER, William H. The Senate and American Federalism. **American Political Science Review**. New York, v. 49, n. 2, p. 452-469, July 1955.

ROSSUM, Ralph A. **Federalism, the Supreme Court, and the Seventeenth Amendment: The Irony of Constitutional Democracy**. Lanham: Lexington Books, 2001.

SCHAUER, Frederick. Deliberating About Deliberation. **Michigan Law Review**. Ann Arbor, v. 90, p. 1187-1202, 1990.

SCHILLER, Wendy J.; STEWART III, Charles. **Electing the Senate: Indirect Democracy Before the Seventeenth Amendment**. Princeton: Princeton University Press, 2015.

SCHILLER, Wendy J.; STEWART III, Charles. The 100th Anniversary of the 17th Amendment: A Promise Unfulfilled. **Issues in Governance Studies**. Washington, v. 34, n. 59, p. 1-12, may 2013.

SCHLEICHER, David. The Seventeenth Amendment and Federalism in an Age of National Political Parties. **Hastings Law Journal**. San Francisco, v. 65, n. 4, p. 1043-1099, may 2014.

SEITZ-WALD, Alex. Repeal the 17th Amendment! **Salon**. Available at: http://www.salon.com/2012/08/16/repeal_the_17th_amendment (last accessed September 1, 2015).

SPIVAK, Joshua. Don't Repeal the 17th Amendment. **Forbes.com**. Available at: <http://www.forbes.com/2010/04/02/seventeenth-amendment-repeal-louie-gohmert-opinions-contributors-joshua-spivak.html> (last accessed September 1, 2015).

SPOTTS, JoAnne D. The Twenty-Seventh Amendment: A Late Bloomer or a Dead Horse? **The Georgia State University Law Review**. Atlanta, v. 10, n. 2, p. 337-365, jan.1994.

STRAUSS, David A. The Irrelevance of Constitutional Amendments. **Harvard Law Review**. Cambridge, v. 114, n. 5, p.1457-1460, mar. 2001.

STRICKLAND, Ruth Ann. The Twenty-Seventh Amendment and Constitutional Change by Stealth. **PS: Political Science & Politics**. New York, v. 26, n. 4, p. 716-722, dec. 1993.

SULLIVAN, Kathleen M. Constitutional Constancy: Why Congress Should Cure Itself of Amendment Fever. **Cardozo Law Review**. New York, v. 17, n. 3, p. 691-704, jan. 1996.

TEACHOUT, Zephyr. **Corruption in America: From Benjamin Franklin's Snuff Box to Citizens United**. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

TIMBERLAKE, James H. **Prohibition and the Progressive Movement, 1900-1920**. Cambridge: Harvard University Press, 1963.

WIEGAND, Elva. **A History of the Movement for the Direct Election of Senators**. Los Angeles, 1934. Thesis (Master in History) - Department of History, University of Southern California.

WILSON, Woodrow. **Congressional Government**. Boston and New York: Houghton Mifflin Company, 1885.

WITT, Benjamin Parke De. **The Progressive Movement**. New York: MacMillan, 1915.

ZYWICKI, Todd J. Beyond the Shell and Husk of History: The History of the Seventeenth Amendment and Its Implications for Current Reform Proposals. **The Cleveland State Law Review**. v. 45, n. 2, p. 165-234, mar./may 1997.

ZYWICKI, Todd J. Senators and Special Interests: A Public Choice Analysis of the Seventeenth Amendment. **Oregon Law Review**. Eugene, v. 73, p. 1007-1055, 1994.





The vanishing boundaries between technical and political: normativism and pragmatism in the Brazilian courts' adjustment of public policies*

Os esvaecidos limites entre técnica e política: normativismo e pragmatismo no ajuste de políticas públicas realizado pelas cortes brasileiras

JULIANA PONDÉ FONSECA**

Yale Law School (United States of America)
juliana.pondefonseca@yale.edu

Recebido/Received: 13.08.2015 / August 13th, 2015

Aprovado/Approved: 04.09.2015 / September 04th, 2015

"O único sentido íntimo das cousas
É elas não terem sentido íntimo nenhum"

Alberto Caeiro¹

Abstract

In law, normativism and pragmatism have always been under tension and this has been revealed in many different ways. One of its manifestations can be found in adjudication, where the technical/judicial role of the judge has, in many countries, assumed political contours, a phenomenon described as "judicialization of politics". This paper will examine the vanishing boundaries between the technical and the political, using Brazil as an example, and will analyze the hypothesis that the

Resumo

No Direito, normativismo e pragmatismo sempre estiveram sob tensão e isso tem se revelado das mais diversas formas. Uma das manifestações dessa tensão pode ser encontrada no julgamento de casos concretos, em que se percebe (em muitos países) que o papel técnico/jurídico do juiz assumiu contornos políticos, um fenômeno descrito como "judicialização da política". Este trabalho irá examinar os esvaecidos limites entre o técnico e o político a partir do exemplo brasileiro, e analisará a hipótese de que a existência de

Como citar esse artigo/How to cite this article: FONSECA, Juliana Pondé. The vanishing boundaries between technical and political: normativism and pragmatism in the Brazilian courts' adjustment of public policies. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 61-81, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44529>

* A preliminary draft of this article was presented at the 2nd Annual Tel Aviv University Workshop for Junior Scholars in November 2014 (unpublished). It was written for readers who are not familiar to the Brazilian context or to the Brazilian legal system.

** LL.M. Candidate, Yale Law School (New Haven, United States of America). Doctor of Laws degree – Ph.D. (Universidade Federal do Paraná/Federal University of Parana – Brazil). E-mail: juliana.pondefonseca@yale.edu

¹ "The only intimal sense of things / Is that they have no intimal sense at all." CAEIRO, Alberto (Fernando Pessoa). Poema V. In: **Poesia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 32.

existence of clear borderlines, in these terms, is thing of the past. The formalist assumption that judges only subsume facts into abstract rules has been ruled out by most scholars, but the institutional design and the concept of separation of powers that come with it have not. The investigation of the courts' current practices and the consideration of legal theory show that these limits should be redesigned.

Keywords: separation of powers; institutional design; legal theory; politics; judicialization of politics

fronteiras claras, nos termos mencionados, é coisa do passado. A suposição formalista de que juízes apenas subsumem fatos a regras abstratas foi descartada pela maioria dos doutrinadores, mas o desenho institucional e o conceito de separação de poderes que a acompanham não o foram. A análise das práticas atuais dos tribunais e a consideração de aspectos de teoria do direito mostrarão que esses limites devem ser redesenhados.

Palavras-chave: separação de poderes; desenho institucional; teoria do Direito; política; judicialização da política.

CONTENTS

1. Normativism and pragmatism in adjudication: the technical and the political. **2.** Breaking the limits: the Brazilian case. **3.** The judicialization of politics: defending the boundaries. **4.** Reestablishing the limits. **5.** Vanishing boundaries. **6.** Law and politics: redefining the separation of powers? **7.** References.

1. NORMATIVISM AND PRAGMATISM IN ADJUDICATION: THE TECHNICAL AND THE POLITICAL

The tension between normativism and pragmatism in law appears under many different facets. It has been contemplated as the core of juridical science: the Is/Ought dichotomy and the logical gap between indicative and directive discourses gave law scholars a proper object of study.

In order to comply with a positivist concept of science, scholars at first decided that the science of law would analyze the law in a descriptive manner, never producing judgments of value regarding their object of study.¹ This solved the issue, for the law, expressed in directive discourses (the Ought), was in conflict with the current definition of scientific knowledge: systematized objective knowledge, expressed by indicative discourses alone (the Is). Only indicative propositions can be true or false – for prescriptive discourse, the distinction makes no sense.² So, the science of law was metalinguistic discourse about law, an objective description of law and its valid rules.³ This was the solution pointed by Kelsen, since he could not accept norms being treated as facts.⁴

The solution was only apparent. This concept of the science of law was criticized in many ways. The departure point is false, since propositions about law are equivalent to the prescription contained in a rule: saying “the rule that obligates people to pay

¹ Criticizing this concept: HACHEM, Daniel Wunder. O Estado moderno, a construção cientificista do Direito e o princípio da legalidade no constitucionalismo liberal oitocentista. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 199-219, out./dez. 2011.

² PINTORE, Anna, **Law without truth**, Liverpool, U.K.: Deborah Charles Publications, 2000, p. 3 and 13.

³ TROPER, Michel, **A filosofia do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 35–41.

⁴ Kelsen departed from Hume's law: no prescriptions can derive from descriptions, and vice-versa. KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 79–86.

taxes is valid" is the same as saying "you are obliged to pay taxes".⁵ These propositions express valid rules do exist, and all rules express judgments of value.⁶

The problem of the science of law is only one of the facades that express how the world of norms and the world of facts may be irreconcilable or, at least, only partially reconcilable.

Another one of these facades is present in adjudication, for courts may be torn between the pragmatic concerns of a concrete case and the possible normative implications of the decision for society. This specific version of the tension is most evident in common law systems, where the existence of binding precedents brings (potential) normative repercussions to every single case.

Traditionally, in civil law systems, this aspect of the courts' activity has been denied by the legalist conception of how legal rules are applied to concrete cases: through logical and formal reasoning alone, subsuming the cases into abstract rules. In this conception, adjudication only affects the single case under scrutiny.

In Brazil, the courts have been called upon to implement the 1988 Constitution and have succeed in some cases, but they have also given rise to concerns about the political activity of the Judiciary. To reinforce the boundaries between the technical (the juridical, the application of rules by courts) and the political (to be defined by the elected representatives of the people), scholars tried to constraint judges, restricting their ability to define public policy. The Supreme Court has also tried to reestablish such limits and thus control this abnormal judicial activity.

The limits proposed, nevertheless, have not worked as planned. The Supreme Court itself, surprisingly, defines polemic policy issues while stating it is not doing so. Other attempts to constrain judicial activity in such matters have failed for different reasons and the global phenomenon of the "judicialization of politics" seems to be unstoppable.

Using Brazil as an example, this paper will examine the vanishing boundaries between the technical and the political and analyze the hypothesis that the existence of clear borderlines, in these terms, is a thing of the past. The formalist assumption that judges only subsume facts into abstract rules has been ruled out by most scholars, but the institutional design and the concept of separation of powers that come with it have not. An investigation of the courts' current practices and a consideration of legal theory suggest that these limits should be redesigned.

In order to pursue this analysis, I will begin with the cases commonly used as examples of judicialization of politics in the Brazilian context, then describe how scholars have evaluated these breaches of the separation between law and politics. For most

⁵ ROSS, Alf, **Direito e justiça**, Bauru: EDIPRO, 2007, p. 24.

⁶ TROPER, **A filosofia do direito**, p. 49.

authors, this diagnosis demands a reaction, since these breaches need to be controlled, and they have attempted to create limits to this polemic activity of the courts. They have not succeeded, however. I will then consider hypothetical explanations for the failure of such measures. Finally, (although far from reaching a conclusion) I will propose that a fixed separation of the technical and the political, even if it were possible, is incompatible with most contemporary understandings of law (for example, post-positivist conceptions of legal theory). Thus, the institutional design and the roles of the different branches of government need to be reevaluated to accommodate current notions of law, adjudication and interpretation.

2. BREAKING THE LIMITS: THE BRAZILIAN CASE

In 1964, a coup d'état conducted by the military overthrew the government of democratically-elected President João Goulart. The military dictatorship that followed lasted 21 years: in 1985, a civilian president elected by representatives took office, but democracy was only reinstated in 1988, with the promulgation of the current Constitution. The first democratic elections took place in 1989 after almost 30 years of military rule.

The 1988 Constitution is considered highly progressive and established goals and objectives for the nation, such as national development and the termination of poverty. Many social and political rights are guaranteed in its text, which at first generated a conflict between scholars concerning the efficacy of the constitutional norms. Some scholars argued that many social rights were to be considered “programmatic norms” to be slowly implemented by the Legislative and Executive branches; while another group affirmed they were fully efficacious and should be applied by the Judiciary in concrete cases.⁷ The “effectiveness doctrine”, as it became known, was victorious and the courts followed suit, considering the Constitution completely and immediately effective.⁸ All “fundamental rights” could be implemented and protected through adjudication.

Under this interpretation, all public policies were potentially subject to judicial control, since they were deemed to be in accordance with the Constitution and aimed towards its realization. Litigation provided important advances in different fields, but one of the most famous cases of success involved HIV policy. NGOs provided innovative legal assistance, going beyond reactions to the violation of rights and formulating alternative proposals for public policies.

The judicial claims started in 1990 and tried to pressure the Executive into offering universal assistance to people with HIV based on the fundamental right to free

⁷ This discussion was influenced by Portuguese scholarship – the Portuguese Constitution established different regimes for liberties and for social, economic and cultural rights.

⁸ KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 79–86.

public healthcare. In 1991, the medication AZT, an antiretroviral drug, started being distributed by SUS (Unified Healthcare System); and in 1995 the different drugs composing the so-called "HIV cocktail" were circulated free of charge.⁹ These changes in policy were promoted by individual claims that established judicial precedents and also put pressure on the Legislative branch, which passed Act 9313 in 1996, making SUS responsible for providing all the medication necessary for the treatment of HIV.¹⁰

Other claims related to the right to public healthcare reached the Judiciary, some as successful as the HIV case. Nonetheless, many cases produced only individual results, providing treatment for the plaintiff alone and failing to alter policies for all citizens. Even though these cases are commonly considered as examples of the courts' adjustment of public policies, they do not even address them. The plaintiffs only ask for individual treatment, which is not a matter of policy – even if may affect it through budgetary consequences. Nevertheless, the HIV cases demonstrate some possibility of altering political decisions through the Judiciary, forcing the limits between the technical and the political.

Boundaries between law and politics were also challenged in the 1990 Consumer Protection Act, particularly because the statute strengthened the collective civil procedure system. Different statutes have built this system throughout the years, but the Consumer Act defined collective rights (which cannot be individually claimed, since they are considered indivisible by nature) and introduced the possibility of collective protection to violated individual rights, somewhat similar to US class actions.

Litigating for the protection of collective rights or to protect individual rights that belong to a considerably large group of people has been compared to regulation. Adjudication, in these cases, affects many citizens and will regulate the rights involved in the given situation.¹¹ In the Brazilian case, the entire population may suffer the impact of a single decision. Obviously, this regulation differs from the one that emanates from the Executive or Legislative branches, in particular because it was developed to work within the institution of civil adjudication.¹²

Regulation through collective procedure certainly blurs the lines separating the juridical and the political. In civil law countries, and particularly in Brazil, this is

⁹ VENTURA, Miriam, Strategies to promote and guarantee the rights of people living with HIV/AIDS, **Divulgação em Saúde para Debate**, v. 27, p. 239–246, 2003, p. 244–245.

¹⁰ These drugs were the object of compulsory patents licensing, which generated a WTO complaint by the US against Brazil in 2001, arguing that the policy (more specifically, an article of the Brazilian Patent Law on the possibilities of compulsory licenses) was violating the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). The complaint was withdrawn and the discussion ended with the unanimous approval (at the WTO) of a declaration establishing that the TRIPS agreement should not relegate public health issues to a secondary position.

¹¹ BONE, Robert G., The Puzzling Idea of Adjudicative Representation: Lessons for Aggregate Litigation and Class Actions, **George Washington Law Review**, v. 79, n. 2, p. 577, 2011, p. 595.

¹² *Ibid.*, p. 596.

noteworthy, for historically a judicial decision will only affect the parties involved in litigation, even though the same decision could be applied to analogous cases. In a collective procedure dispute, this “rule” is broken, either because all are holders of the same collective right, or because all individual cases will receive exactly the same treatment.

The above-mentioned Consumer Act also establishes a mechanism of private enforcement, mobilizing private litigants to assure the implementation of the statute.¹³ No public agency is specifically designed to safeguard consumers’ rights; the only agency dealing with such issues works exclusively as a mediator in consumer disputes. The statute was enacted through lawsuits from the start, and it contains other procedural rules that corroborate to this hypothesis. These rules clearly protect consumers and facilitate the filing of the suit. The burden of proof lies with the defendant, unless the claims are implausible, and as a general rule (not only in the case of consumers’ rights) the winning plaintiffs will recover all expenses from the defendants. Both aspects create the most favorable scenario for consumers and stimulate private enforcement through adjudication.

Private enforcement is common in other countries, such as the US,¹⁴ and statutes and administrative regulations are enacted through these means. In the American context, consumer rights and job discrimination statutes have been privately enforced for some time.¹⁵ This sort of implementation also challenges the limits between the political and the technical, since the social goal that determines the creation of a statute, piece of regulation or public policy depends entirely on adjudication. The politically established objectives will only be reached through the actions of private subjects in the Judiciary.

Private enforcement may be the most effective way of enacting regulation, especially for those situations in which monitoring compliance is particularly difficult or expensive. Consumer law fits this description exactly, since consumers themselves are in the best position to verify observance. Of course, the efficiency of this sort of enforcement depends directly on the incentives to adjudicate, for if they are not advantageous enough consumers may be discouraged from filing suit – and the enforcement will fail or not occur at all.

Finally, the defining limits have been breached by the growing similarities between civil law and common law countries.¹⁶ Many countries with civil law traditions

¹³ On private enforcement: FARHANG, Sean, Public Regulation and Private Lawsuits in the American Separation of Powers System, *American Journal of Political Science*, v. 52, n. 4, p. 821–839, 2008, p. 822.

¹⁴ In fact, all scholarship on private enforcement cited on this paper comes from the US. The theme is yet to be profoundly discussed in Brazil.

¹⁵ BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean; KRITZER, Herbert M., Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries), 2011.

¹⁶ The theme has been frequently discussed in Brazil and Italy. MARINONI, Luiz Guilherme, Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil,

have been adopting some version of *stare decisis*. The Brazilian Judiciary is currently overloaded with cases and the problem is particularly serious in the higher courts. Any case can potentially be brought before the Supreme Court through the appeal system (at least theoretically). The court decides more than 70,000 cases every year. In fact, the number has been reduced after several reforms of the civil procedure code, which previously surpassed 100,000 decisions per year.

Most of these reforms attempted to bind the inferior courts to the judgments of the Supreme Court (and also those of the Superior Court of Justice). Others have tried to bind the courts to their own precedents, with the objective of avoiding irrational and useless appeals. The Supreme Court's precedents, that previously affected the entire population only in exceptional cases (when judicial review was performed in abstract, as is done in the European tradition), may determine the outcome of many cases at once. This has been a remarkable innovation and an impressive break with tradition. Today, the Supreme Court has mechanisms to establish guidelines (called *súmulas vinculantes*) that bind not only the Judiciary, but also the Executive and all its agencies, and all cases tried can (or at least should) influence lower courts' decisions.¹⁷

Once again, this can be understood as an infringement of the boundaries between the political and the juridical. The Judiciary has never had these competences, as they are not part of the civil law tradition, and the normative repercussions of judgments have never been this visible before. Some of these infringements have been neglected by Brazilian scholars, and their political implications have been ignored, while others, particularly of the first kind/ (the implementation of fundamental rights through adjudication), have been ferociously criticized, as they were classified as effects of the judicialization of politics.

3. THE JUDICIALIZATION OF POLITICS: DEFENDING THE BOUNDARIES

The judicialization of politics or the politicization of the Judiciary is seen as a worldwide phenomenon. It refers to the expansion of the Judiciary's role in the decision-making processes that govern contemporary democracies. Comparative research

Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 49, p. 11–58, 2010; TARUFFO, Michele, Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law, **Revista de Processo**, v. 110, n. 28, p. 141–158, abr./jun. 2003.

¹⁷ On the Brazilian binding mechanisms: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177-207, abr./jun. 2014.

shows that this enlargement takes place in many countries and assumes different characteristics according to the local social structures and political arrangements.¹⁸

The term “judicialization” can also refer to the dislocation of these decision-making processes from the political branches (Executive and Legislative) to the Judiciary, the technical branch *par excellence*. However, it can also be used to describe the use of judicial decision-making methods by the other branches. In the first case, there is judicialization from without; in the second case, from within.¹⁹ Note that the criterion for determining what is within and what is without are the political branches, indicating that political issues belong in the Executive or in the Legislative.

The phenomenon is generally considered as something to be combatted or at least, controlled.²⁰ The counter-majoritarian character of the Judiciary is considered to be in tension with democracy and the legitimacy of judicial review of statutes, policy, regulation – anything that represents a political decision made by the elected branches – is questioned.²¹

Since the phenomenon is present in many different countries, ascertaining a single cause for the politicization of courts is challenging. Constitutionalism has been mostly to blame: in the 20th century, many nations have adopted Constitutions defining government and State power; one of the biggest concerns in the process has been the control of power. Different versions of a checks and balances system, balancing the three classical branches, have been implemented. Since political matters had been included in the Constitution, it was only a matter of time before the judicial branch started addressing political issues as constitutional ones.²²

In addition, many of these Constitutions determine fundamental/human rights, which are protected against the parliamentary majority. Even some countries in the common law tradition, such as New Zealand, have embraced some form of Bill of Rights. The Judiciary, in some cases,²³ is in charge of this protection and enforces it through judicial review. These rights also need to be materialized and guaranteed, and

¹⁸ TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn, **The global expansion of judicial power**, New York: New York University Press, 1995.

¹⁹ *Ibid.*, p. 16; BARBOZA, Estefania Queiroz; KOZICKI, Katya, **Judicialization of Politics and the Judicial Review of Public Policies by the Brazilian Supreme Court**, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2014, p. 408–409.

²⁰ For the legitimation of judicial review, as long as it is controlled, check: ELY, John Hart, **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**, Cambridge: Harvard University Press, 1981.

²¹ BICKEL, Alexander M., **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**, [s.l.]: Yale University Press, 1986.

²² BARBOZA; KOZICKI, **Judicialization of Politics and the Judicial Review of Public Policies by the Brazilian Supreme Court**, p. 409–410.

²³ Some of the countries that traditionally did not allow the Judiciary to perform this control have implemented some form of judicial review. This has happened in the French case.

this demands a creative approach to adjudication: a judge-made law approach, more typical of common law systems.²⁴

To sum up, according to this account, the inclusion of political matters, especially those concerning the checks and balances system, along with the inclusion of fundamental rights in contemporary Constitutions have been mainly responsible for the judicialization of politics.

Some scholars, without discarding the previous explanation, emphasize the subjective dimension of the issue, affirming that the phenomenon requires judges who are willing to participate in policy-making and would rather alter policies than simply leave the task to the other branches.²⁵ Other explanations are the crisis of the representative system of contemporary democracies and a general distrust in the legislature.

This expansion of the Judiciary's activity, however, is commonly described in an ahistorical manner. There is little description of how the Judiciary acted *before* these comprehensive Constitutions arose – before judicialization.²⁶ It is not clear whether it did not interfere with politics or rather just did so in some way other than the effectuation of constitutional rights. In fact, the political and the technical are so close that perhaps this strict separation exists only as an ideal.²⁷

In the Brazilian case, every description of the judicialization of politics starts in 1988 and with the post-'88 factors that have contributed to the phenomenon. Even papers that exclusively examine the Supreme Court and depart from some empirical research do not describe the prior conditions.²⁸ Democracy is widely considered practically a prerequisite for judicialization, and Brazil endured 21 years of dictatorship. There are, nevertheless, cases decided during the military regime in which the Supreme Court altered policies and even engaged in political conflict with the legislature.²⁹

The innovative approaches usually try to elaborate new solutions to the issue,³⁰ but there is a lack of investigations directed towards the past. Different diagnoses are

²⁴ BARBOZA; KOZICKI, **Judicialization of Politics and the Judicial Review of Public Policies by the Brazilian Supreme Court**, p. 413.

²⁵ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei, Sentidos da judicialização da política: duas análises, **Lua nova**, v. 57, p. 113–133, 2002, p. 114.

²⁶ There is an article that deals with judicial activism with historic concerns, in a specific period of time. Tushnet describes the liberal judicial restraint of the US Supreme Court in the early decades of the 20th century, comparing it to the judicial engagement of the 50s and 60s. TUSHNET, Mark, From Judicial Restraint to Judicial Engagement: A Short Intellectual History, **Geo. Mason L. Rev.**, v. 19, p. 1043, 2011.

²⁷ Or maybe as a regulatory idea.

²⁸ CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política, 1997. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/porta/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09>. Acesso em: 10 out. 2014.

²⁹ FONSECA, Juliana Ponde. **(Des)Controle do Estado no Judiciário Brasileiro: direito e política em processo**. 2015. 316 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 85 e ss.

³⁰ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem, **Revista de sociologia e política**, v. 23, n. 23, p. 115–126, 2004.

also very rare. All cited papers view judicialization as a consequence of the inclusion of political matters and fundamental rights in the contemporary Constitutions, since this would have led to a brand new role for the Judiciary.

4. REESTABLISHING THE LIMITS

The intense discussions concerning the judicialization of politics and the judicial review of public policies have provoked reactions from the courts and from scholars. Worried about the political activity of the Judiciary, its lack of accountability and technical knowledge, its deficiency in/weak/lack of democratic legitimacy and with the unequal treatment that was being promoted by such lawsuits, they designed new limits for policy concerning adjudication.

The courts themselves were, and still are, fierce advocates for the limitation of the political activity of the Judiciary. The Supreme Court designed two of these new limits, one generic and one specific. Generically, the Supreme Court has stated it can only act as a negative legislator, never as a positive one, with respect to innovation in the system.³¹ It can only invalidate those statutes and policies that are shown to be in conflict with the 1988 Constitution through judicial review. This guideline is to be followed by all courts, since every judge in Brazil is supposed to perform judicial review in concrete cases.³² Policies are supposed to be elaborated by the other branches, and the Judiciary will only invalidate the ones deemed unconstitutional.

The Supreme Court has also designed a specific limit concerning cases involving the right to free public healthcare. In this case, the court established criteria to order or to deny the treatment or medication being requested by the petitioner.³³ The first standard concerns whether the treatment is part of a public policy. Sometimes, the policy exists but it is not implemented in all areas in the country. If the treatment is provided by policy and not delivered to the population, the Judiciary should ensure its effectuation.

If the treatment is not foreseen in a public health policy, it is important to examine the reasons for such exclusion – whether it is caused by: a) an omission (from the Legislative or the Executive); b) a policy decision not to provide such treatment; or c) a legal prohibition. Legal prohibitions take place when the treatment has been considered unsafe by the governmental agency that regulates drug administration or when

³¹ Judgments by the STF, the Brazilian Supreme Court: RE 412.670/SC and RE 431.001/AC. This guideline was affirmed by justices (or ministers, as they are known) with opposing views in many matters.

³² The Brazilian system is a hybrid that mixes the US judicial review with the European tradition. It can analyze statutes and policies in abstract or within the framework of concrete cases, but the first can only be executed by the Supreme Court.

³³ The criteria were established in SL 47 and STA 175 (STF judgments).

it has not yet been tested by the agency. If the treatment is forbidden, the Judiciary should promptly deny the claim.

Problems arise in the two other cases. If there is an omission or a negative decision, the judge should investigate whether there is an analogous treatment provided by policy. If there is, the plaintiff should use the offered treatment, unless it is proven to be ineffective or inadequate in that concrete case. The criteria therefore determine that the Judiciary will only order the government to provide a treatment that is different from the one determined by policy if that treatment is inefficient.

In cases where no treatment is defined in policy, the judge should at first inquire whether the care sought by the plaintiff is experimental and thus not approved by the governmental agency. If it is, she should deny the claim. Only if it is already approved is the judge allowed to further scrutinize the merits of the case. The criteria are reasonably clear and should provide rational guidelines for the Judiciary, but they are not as effective as the Supreme Court thought they would be.

Scholars have also tried to define limits on the political activity of the Judiciary and created categories to define what citizens could demand from the government (changing policy) through adjudication. The categories were developed after many claims demanding medical treatments were initiated, based on the right to free public healthcare. Thus, these sorts of claims inspired both the limitations developed by the courts themselves and the ones elaborated through scholarship.

The first one, "*reserva do possível*" (reasonableness exemption), affirms that the government is not obliged to provide what is beyond reasonable expectations. When determining what is reasonable, one must consider the resources available to effectuate fundamental rights, the government's budgetary constraints and the adequacy and reasonableness of what the citizen requires.³⁴ The category was inspired by a 1972 judgment of the German Constitutional Court.

"*Mínimo existencial*" (existential minimum) is the second category, and asserts that the constitutional social rights can be claimed through the Judiciary only to the extent they are indispensable to a decent existence. Anything beyond that is subject to political decisions involving the definition of public policy.³⁵ Some scholars affirm that the minimum can only be defined in a concrete case and never *a priori*,³⁶ while others claim that it includes basic education (high school level), basic healthcare, social assistance (food, clothes and shelter) and access to the Judiciary (in Brazil, universal

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 287.

³⁵ TORRES, Ricardo Lobo, **O direito ao mínimo existencial**, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 41–43.

³⁶ *Ibid.*, p. 13.

access to the courts is considered a fundamental right, and involves total exemption of expenses and free legal counseling).³⁷

The first category is negative, creating an exemption or a limitation of governmental responsibility in effectuating constitutional rights, while the second is positive, defining what can actually be pursued by citizens through adjudication. This difference is expressed by the fact that scholars differ on the simultaneous use of the two categories. Some insist the existential minimum is warranted and should never be subject to the reasonableness exemption – only what is beyond the minimum can be considered beyond reasonable expectations.³⁸ Others take contrary view (the minimum is subject to the “*reserva do possível*”),³⁹ which renders the existential minimum useless, for only the reasonable can be demanded through adjudication, even if what is considered feasible is well below the basic needs for a decent existence.

The scholars’ attempts to limit the Judiciary have not been confined to these categories. Since adjudication in civil law countries usually affects only the litigating parties, the perverse effects of an individual change in policy were also addressed. Take the claims involving the right to free public healthcare once again: one plaintiff can obtain very expensive medical treatment, while others under the same conditions, suffering from the same disease, will not receive it because they have not filed suit. Considering that the aforementioned right to access the Judiciary has not yet been implemented in Brazil, it is likely that the poorest part of the population will never go to court and will therefore be given unequal treatment. The problem can also be analyzed through the lens of governmental budgetary constraints. The necessary funding for such treatment will come out of the general healthcare budget, impairing the services provided for all citizens. Nevertheless, all these concerns can be described as mainly political. This also applies to the categories of reasonableness exemption and existential minimum, which impose a specific kind of political reasoning to the decision making process.

These concerns shift the micro justice focus, typical of adjudication in civil law countries – which only affects the parties and is concerned exclusively with their issues – to the macro justice point of view. Micro-level justice focuses on the needs of the individual victim or plaintiff, and on the relationships between individuals. On the other

³⁷ BARCELLOS, Ana Paula de, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 300–302.

³⁸ TORRES, Ricardo Lobo, O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 74.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Fichtner, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 27.

hand, macro-level justice focuses the needs of society as a whole and is concerned with the development of the social order.⁴⁰

Micro and macro justice cannot be automatically linked to any of the existing typological distinctions in the justice literature.⁴¹ They denote different points of view that may be applied to distributive justice (which focus on the fairness of outcome distributions), procedural justice (fairness of the procedures determining these outcomes), interactional justice (which refers to the treatment people receive), restorative justice (focused on the dignity of victims) and retributive justice (referring to the punishment of perpetrators). Considering distributive justice, for example, a macro perspective would focus on equality, while a micro-justice analysis would focus on equity and regard outcomes as fair if they are proportional to inputs and contributions.

Scholars have claimed, therefore, that any interference with public policy through adjudication has to must be advanced through collective procedure,⁴² in theory more permeable to the macro justice perspective. The legitimacy of the Judiciary to intervene in political issues would be strengthened by the collective protection of rights and the problems of macro-level justice would be solved.

These efforts to limit the political activity of the Judiciary have, nonetheless, failed. The immediate reasons for this failure are examined next.

5. VANISHING BOUNDARIES

None of the attempts to restrain the Judiciary in public policy issues have reached their desired goals. It is impossible to determine the exact causes of this failure, but one can certainly speculate, given some facts that involve the implementation of the mentioned limits.

The Supreme Court has established the generic limit of the negative legislator, but it has failed to act as one in many important judgments in the past few years. In the 2011 judgment of ADI 4277 and ADPF 132 (decided together), the court vetoed any interpretation of the concept of family in Brazilian law that excluded same-sex couples. The decision made the civil union of homosexual and trans couples legal. Some months later, the National Council of Justice (CNJ) determined that the justices of the peace

⁴⁰ LILLIE, Christine; JANOFF-BULMAN, Ronnie, Macro versus micro justice and perceived fairness of truth and reconciliation commissions., **Peace and Conflict: Journal of Peace Psychology**, v. 13, n. 2, p. 221–236, 2007, p. 222.

⁴¹ Some authors disagree and always link macro justice with equality and micro justice with equity. SINCLAIR, Robert C.; MARK, Melvin M., Mood and the Endorsement of Egalitarian Macrojustice Versus Equity-Based Microjustice Principles, *Personality and Social Psychology Bulletin*, v. 17, n. 4, p. 369–375, 1991, p. 369.

⁴² BARCELLOS, Ana Paula de, Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 116–124.

were to perform same-sex marriages all over the country, going beyond the Supreme Court decision (civil union and marriage have similar legal consequences, but are still different categories in under Brazilian law).

In the 2012 judgment of ADPF 54, the Supreme Court allowed the abortion of anencephalic fetuses, creating a new carve-out for the crime of abortion,⁴³ permitted only when the pregnancy will harm the mother's health and or when it was in consequence of rape.⁴⁴ The topic is extremely controversial in a predominantly catholic and protestant country.

Other cases, involving freedom of the press and free speech, and elections, demonstrate that the court does act as a positive legislator, introducing innovations into the system and surpassing the limits it has created for itself (and the rest of the Judiciary).

The specific limits created to guide the judges in cases involving the right to free public healthcare have been just as unsuccessful. The federal government's expenditure with medical treatments ordered by the courts has grown from 2.5 million Brazilian reais in 2005 to 266 million reais in 2011.⁴⁵ Thus, judges do not seem to follow the guidelines suggested by the higher courts, and tend to order the government to cover treatments and medications that are not predicted in the SUS policies. When the life of the plaintiff is at stake, the judges focus exclusively on micro-justice matters. In these cases, the categories designed by scholarship fail as well. The right to public healthcare is considered to be within the existential minimum and only experimental treatments or drugs have been denied.

Even if these categories had been successful, they would still have their own problems. The reasonableness exemption demands proof of the lack of resources to effectuate the violated fundamental right. If the resources are unavailable because they are destined for other ends, as determined in the governmental budget (which is a piece of legislation designed by the Executive and approved by the Legislative every year), the effective application of these resources has to be demonstrated.

The government's annual budget follows a series of prerequisites established by law and all formalities are always respected, but there is no obligation to actually spend the resources. The unspent funds are redirected to the payment of federal public debt.

⁴³ Abortion is considered a crime in Brazil.

⁴⁴ These were the practical effects of the decision. The Court actually used the euphemism "interruption of pregnancy" to describe the procedure, stating that it was not an abortion *per se*, because the fetus would never be an alive human person.

⁴⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, **Relatório sistêmico de fiscalização da saúde**, Brasília: Tribunal de Contas da União, 2013, p. 139.

Studies show that in some cases less than 1% of the funding is actually directed to the goals established in the budget.⁴⁶

Demonstrating an efficient allocation of public resources, or even the simple fulfillment of the annual budget, is difficult in Brazil. If taken seriously, it is practically impossible to prove that the reasonableness exemption is applicable because of the lack of such resources.

The existential minimum, on the other hand, establishes that only the bare minimum conditions to a decent existence can be object of adjudication. If the minimum is to be defined in a concrete case, the limitation to the political activity of the Judiciary may be non-existent, since the magistrate is always able to set the minimum to whatever the plaintiff demands. On the other hand, if the magistrate adopts an austere definition of the minimum, this may obstruct all possibilities of effectuating constitutional rights through adjudication. The category, in fact, is unable to limit the Judiciary, for it creates no standard at all. Besides, if both categories are used in the same case, the existential minimum loses all usefulness and only the reasonable exemption is to be applied, as mentioned above.

Finally, the scholarly suggestion that policy change is to be made by the Judiciary only through collective procedure has also failed. The collective procedure is still under development, in the sense that the courts have yet to develop trustworthy precedents on the matter. Many cases have been trialed at the lower courts only to be extinguished by the higher courts at the appeals. Litigating individually is sometimes the safest option for the plaintiffs, even though the collective litigation is theoretically more efficient and more legitimate from the macro justice perspective.

Some courts do not favor collective actions and the system that controls the judges' efficiency – created by the National Council of Justice (CNJ) – hinders their progress, for the complex collective cases are compared to simple and repetitive cases: they have the same "value" for the efficiency system. The judges would rather decide a hundred easy cases than adjudicate a single collective action.

Scholars who recommend the collective procedure as a possible solution in re-establishing the limits of the Judiciary's political activity do not know, or prefer to ignore, that this is not a viable option today. Or, at least, is not a safe and trustworthy path, since the risks involved are high. If this suggestion were to be taken seriously within the current view and application of collective procedure, all possible ways of questioning policy by the Judiciary would be blocked. Collective procedure has to be minimally

⁴⁶ In 2005, only 28.33% of the funding destined to the National Penitentiary Fund was spent, while only 0.3% of the money that should have been invested in the country's electric energy system was spent. MENDONÇA, Eduardo, Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas, in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.), **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 232.

successful in order to be considered an alternative for the people. It cannot be taken as a solution as it is today.⁴⁷

One can also question the possibility of discussing macro justice issues through collective procedure, since it was based on the same procedural rules that discipline individual litigation. All collective categories are still bound to the classical individual ones. The system is clearly under development, and not even its basic aspects are clearly defined. The definition of a collective right, for example, is not sufficiently clear. All the examples of collective rights provided by scholarship are rigorously the same, such as the right to a healthy and sustainable environment or the right to free public healthcare. The system may have potential to deal with macro justice issues, however it is not able to do it just yet.

Collective adjudication is, moreover, a breach of the original boundary between the political and the technical, due to its resemblance to regulation. Even if perfected, the system will still give the magistrate a possibility to adjust or create public policy. It might be done in a more legitimate way, but it would still be a case of “judicialization of politics”.

6. LAW AND POLITICS: REDEFINING THE SEPARATION OF POWERS?

In the modern state, the authority to resolve disputes and the power to make rules are divided into two separate figures; however, it is not easy to detach the judge and the legislator. This becomes even more difficult once legal theory, even in civil law tradition, recognizes the creative role of the judge. The amount of “creative power” differs depending on which concept of law is adopted, but today the formalist conception, affirming that the judge would only apply the law made by the Legislature (never creating anything, just following the political decisions which were already made by the legislators), is not taken seriously by scholars. Only from this simplistic point of view, politics and law, pragmatism and normativism, are completely separated.

There is no evidence that the judges ever performed their tasks in the formalist manner. Certainly their activities were explained and justified in that way, but this does not mean the model was an accurate description of reality. In fact, there is only evidence that they did not.⁴⁸ Legal theory may have been formalist in the 1800s, but legal practice (the law in action) did not follow the theoretical description, since the role of the judge’s perspective on natural law and of the scholarly interpretations of the

⁴⁷ In my Ph.D. dissertation, I point out to some possible interpretations of current statutory law that could minimize the risks and make collective procedure more effective, not only in adjudication but specially in the remedial phase.

⁴⁸ HESPANHA, Antônio Manuel. “Tomando a história a sério”: os exegetas segundo eles mesmos. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **As formas do Direito: ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)**. Curitiba: Juruá, 2013.

statutes were very preeminent. Furthermore, the formalist conception of law would exempt the judge from responsibility; after all, he is not responsible for a political decision taken by another branch (and he is only applying the law to concrete cases).

In fact, one can argue that judicialization might not be new at all. Perhaps the phenomenon has intensified in the recent decades, but any move towards a triadic dispute resolution will judicialize political life. A triadic dispute resolution model is composed by two disputants and a dispute resolver. The triad can be formed consensually by the disputants, or it can be compulsory – as happens in the case of jurisdiction.⁴⁹ And triadic dispute resolution is certainly no novelty.

Triad rule-making is legislative by nature, because it constantly adapts the given normative structure to the demands of the disputants. At the same time, the legislator also performs a dispute resolution function, for the laws prevent conflicts from arising and help solve them once they occur. If the judge is supposed to enforce the lawmaker's binding law, the dispute resolution has to be coercive. In this case, dispute resolution is also authoritative rulemaking; thus, the legislator shares the rule-making power with the judge.⁵⁰ The first makes generic and prospective rules, while the second makes particular and retrospective ones.

Both will face serious legitimacy issues. The legitimacy of the triadic dispute resolution depends on the neutrality of the judge, and this neutrality is hampered by her capacity to make rules. The legislator, on the other hand, has to create rules for an entire community, which generates its own legitimacy problems.⁵¹ These are aggravated by the crisis of the representation model in contemporary democracies.

The phenomenon of judicialization of politics can also be considered, therefore, the result of regular use of triadic dispute resolution – not something completely new, but the evolution of something that was already there.

It is doubtful the judge ever had a passive and mechanical role towards the law. In fact, "law has been identified to subsumption not only because of the myopia or stubbornness of some analysts and Law professionals, but also because subsuming is the role of the Judicial Branch in the context of separation of powers in its classical view."⁵²

If the law is a complete and coherent system – as the past formalists would believe – the judge can simply subsume and apply the given law to any concrete case. As

⁴⁹ STONE SWEET, Alec, Judicialization and the Construction of Governance, *Comparative Political Studies*, v. 31, p. 147–184, 1999, p. 150.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 161–162.

⁵¹ *Ibid.*, p. 162.

⁵² RODRIGUEZ, Jose R., The Persistence of Formalism: Towards a Situated Critique beyond the Classic Separation of Powers, *The Law and Development Review*, v. 3, n. 2, 2010, p. 52.

mentioned, all political discussions have been finished in parliament and the rules are clear and stable. The outcomes are predictable and this favors economic activity.⁵³

This conception has institutional consequences and a complete separation of the main functions (not all functions, for there are still checks and balances) on the two branches. However, if the standard mode of reproducing the law ceases to be through subsumption, the scheme will fail – or should fail, at least. What, after all, should the Judiciary do if the application of law is considered a complex activity? If no law is ready to be automatically applied, the role of the judge is suddenly creative, but this role is also difficult to limit.

Most critiques of the judicialization of politics focus on condemning the cases in which the magistrates have crossed the line and invaded political territory. Scholars can say, in those cases, what the Judiciary *should not do*. However, there is no definition of what the Judiciary *should do*, especially in abstract terms. In the Brazilian cases involving the right to free public healthcare, should the judges defer to the political branches and wait until they decide it is time to provide this or that treatment? Should they follow the formalist logic by the book?

The new role of the Judiciary and the Legislative is yet to be defined, but this definition is inevitable, for the current concept of separation of powers is incompatible with contemporary notions of law.

One can certainly not ignore the inherent conflict between popular sovereignty and the rule of law, especially if you consider the fundamental rights that are protected from the parliament's majority.⁵⁴ However, one can also consider the Judiciary as another space of political dispute.

If the creation and the application of legal rules are not distinct and opposed by nature, it is possible to perceive that there is an ongoing and procedurally established conflict (since the interaction between Legislative and Judiciary is defined by the checks and balances system) for the creation and application of these rules.⁵⁵ Their sense is not defined by a single branch, and it may even be defined by none of the branches.

The Judiciary is another space of political dispute. The law, perceived by Marxist thought as part of an ideology that perpetuates the domination of the working classes, has been used by these working classes and has submitted to their interests – at least in part.⁵⁶ The social rights included in the Constitutions (in many cases, fundamental

⁵³ *Ibid.*, p. 52–55.

⁵⁴ NEUMANN, Franz, **O Império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna**, São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 32.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo, Franz Neumann: o direito liberal para além de si mesmo, in: MARCOS NOBRE (Org.), **Curso livre de teoria crítica**, Campinas: Papirus, 2008, p. 107.

rights protected from parliamentary majority) are conquests of these working classes by political processes. The "creation" of the law has always been seen as a part of these processes, where all society (theoretically), working class or not, can take part and try to find a way to defend their interests.

Once these rules have been created, they need to be applied and effectuated, and this is another part of the mentioned political processes. The Judiciary is the arena where the non-application or non-enforcement of these rules is to be discussed. After all, the political dispute does not end with a piece of legislation, and it may be far from ending if this piece is not enforced.

It seems more important to perfect the judicial process in order to allow the political disputes to take place than to insist in an old concept of separation of powers, and with it, an inadequate concept of law. Great changes in the way law is perceived, applied, created and reproduced have already brought transformations to the three branches. There is no crime in that. After all, there is no such thing as the true essence of law.

7. REFERENCES

BARBOZA, Estefania Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialization of Politics and the Judicial Review of Public Policies by the Brazilian Supreme Court**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2014. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=2472582>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101–132.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. [s.l.]: Yale University Press, 1986.

BONE, Robert G. The Puzzling Idea of Adjudicative Representation: Lessons for Aggregate Litigation and Class Actions. **George Washington Law Review**, v. 79, n. 2, p. 577, 2011.

BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean; KRITZER, Herbert M. Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries). 2011. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/347/>. Acesso em: 24 jun. 2014.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de sociologia e política**, v. 23, n. 23, p. 115–126, 2004.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. 1997. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09>. Acesso em: 10 out. 2014.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

FARHANG, Sean. Public Regulation and Private Lawsuits in the American Separation of Powers System. **American Journal of Political Science**, v. 52, n. 4, p. 821–839, 2008.

FONSECA, Juliana Pondé. **(Des)Controle do Estado no Judiciário Brasileiro**: direito e política em processo. 2015. 316 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015.

HESPLANHA, António Manuel. “Tomando a história a sério”: os exegetas segundo eles mesmos. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **As formas do Direito: ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)**. Curitiba: Juruá, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LILLIE, Christine; JANOFF-BULMAN, Ronnie. Macro versus micro justice and perceived fairness of truth and reconciliation commissions. **Peace and Conflict: Journal of Peace Psychology**, v. 13, n. 2, p. 221–236, 2007.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua nova**, v. 57, p. 113–133, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 49, p. 11–58, 2010.

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 231–278.

NEUMANN, Franz. **O Império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

PINTORE, Anna. **Law without truth**. Liverpool, U.K.: Deborah Charles Publications, 2000.

RODRIGUEZ, Jose R. The Persistence of Formalism: Towards a Situated Critique beyond the Classic Separation of Powers. **The Law and Development Review**, v. 3, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://www.degruyter.com/view/j/ldr.2010.3.2/ldr.2010.3.2.1052/ldr.2010.3.2.1052.xml>>. Acesso em: 7 jun. 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Franz Neumann: o direito liberal para além de si mesmo. In: MARCOS NOBRE (Org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papirus, 2008, p. 97–116.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Bauru: EDIPRO, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Fichtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13–50.

SINCLAIR, Robert C.; MARK, Melvin M. Mood and the Endorsement of Egalitarian Macrojustice Versus Equity-Based Microjustice Principles. **Personality and Social Psychology Bulletin**, v. 17, n. 4, p. 369–375, 1991.

STONE SWEET, Alec. Judicialization and the Construction of Governance. **Comparative Political Studies**, v. 31, p. 147–184, 1999.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo**, v. 110, n. 28, p. 141–158, abr./jun. 2003.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63–78.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, **Relatório sistêmico de fiscalização da saúde**, Brasília: Tribunal de Contas da União, 2013.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

TUSHNET, Mark. From Judicial Restraint to Judicial Engagement: A Short Intellectual History. **Geo. Mason L. Rev.**, v. 19, p. 1043, 2011.

VENTURA, Miriam. Strategies to promote and guarantee the rights of people living with HIV/AIDS. **Divulgação em Saúde para Debate**, v. 27, p. 239–246, 2003.





Legislazione e comparazione

Legislation and comparison

TOMMASO EDOARDO FROSINI*

Università Suor Orsola Benincasa di Napoli (Italia)
tefrosini@gmail.com

Recebido/Received: 02.08.2015 / August 2nd, 2015

Aprovado/Approved: 30.08.2015 / August 30th, 2015

Riassunto

Il saggio considera il rapporto tra la legislazione e l'attività di confronto, e la sua evoluzione da quando l'era di giuridico dell'Illuminismo – come scienza delle legislazioni a confronto – fino a quando le dinamiche giuridiche contemporanee della globalizzazione. Ancora la globalizzazione non ha influenzato il metodo comparativo che è ancora identificato da analogie e differenze che segnano e valutare la funzione del diritto comparato. Trasformazioni di legislazioni riguardano il profilo della qualità della legislazione, sia attraverso redazione e attraverso analisi e la valutazione dell'impatto della sentenza. In particolare, le tecniche legate alla formula interessante di una migliore regolamentazione sembrano essere troppo legato a logiche economiche e determinata da una interpretazione orientata economica, che rischia di considerare la legge come un buon commerciale da inserire nel "libero mercato" della ordine giuridica globale.

Parole chiave: legge; legislazione; comparazione; globalizzazione; regole; tecnica legislativa; migliore legislazione.

Abstract

The essay considers the relationship between legislation and comparative activity, and its evolution since the era of juridical Enlightenment – as science of compared legislations – until the contemporary juridical dynamics of globalization. Still globalization has not influenced the comparative method which is still identified by analogies and differences which mark and appraise the function of comparative law. Transformations of legislations concern the profile of quality of legislation, both through drafting and through analysis and evaluation of the impact of ruling. In particular, techniques connected to the attractive formula of better regulation seem to be too tied to economic logics and determined by an economic oriented interpretation, which risks to consider the law as a commercial good to insert in the "free market" of global juridical order.

Keywords: statute; legislation; comparison; globalization; rules; drafting; better regulation.

Como citar esse artigo/How to cite this article: FROSINI, Tommaso Edoardo. Legislazione e comparazione. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 83-110, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44530>

Ordinario di Diritto pubblico comparato della Facoltà di giurisprudenza – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli (Napoli, Italia). Dottore di ricerca in Teoria dello Stato – Università La Sapienza di Roma. Condirettore della Rivista "Diritto pubblico comparato ed europeo" e della Rivista "Percorsi costituzionali".

SOMMARIO

1. Non si può legiferare senza prima comparare; **2.** Legge, legislazione, globalizzazione; **3.** Dalla legge alla legistica: teoria e prassi; **4.** Chi inquina le leggi, paga. La pulizia della legislazione; **5.** Analisi e valutazione del "prodotto" legislativo; **6.** Conclusioni (provvisorie); **7.** Riferimenti.

1. NON SI PUÒ LEGIFERARE SENZA PRIMA COMPARARE

Diceva Giorgio Federico Hegel, che non si può filosofare senza prima spinozare: riconoscendo in Baruch Spinoza il filosofo decisivo per lo sviluppo della filosofia. Parafrasando Hegel, possiamo dire che non si può legiferare senza prima comparare: riconoscendo così alla comparazione giuridica un ruolo decisivo per la scelta della legislazione. Così era fin dagli albori del diritto comparato: Emerico Amari, pioniere degli studi comparatistici, scrisse, nel 1857, un libro intitolato *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*¹, inteso a valorizzare proprio il rapporto fra legislazione e comparazione, per migliorare la prima con l'ausilio della seconda. Animato da un criterio storico, che l'A. esprime attraverso l'affermazione <<leggi e storia di leggi sono due idee inseparabili dalla semplice parola di legislazione comparata>>; l'obiettivo a cui mira è proprio quello di comparare, paragonare le "leggi straniere", quale prodotto necessitato dello studio storico delle esperienze giuridiche delle varie nazioni². Sostiene Amari: <<La scienza della legislazione comparata adunque è quella, che raccoglie e paragona metodicamente le leggi dei popoli, per ricavarne la dottrina giuridica della civiltà universale, e provvedere mediante studiati confronti ai bisogni politici economici e storici delle nazioni; alla imitazione delle leggi da farsi, ed alla interpretazione di quelle già imitate; alla esperienza dei legislatori colla notizia delle vicende della fortuna delle leggi; alla dimostrazione d'un diritto universale della ragione, e del progresso provvidenziale del genere umano sulla idea di una natura comune delle genti, e per mezzo della trasmissione preordinata della civiltà [...]>>³.

Meno di una decina d'anni dopo la pubblicazione della *Critica* di Amari, ovvero nel 1869, viene creata, a Parigi, la *Société de législation comparée*, il cui scopo principale divenne "*l'étude des législations étrangères et de recherche des moyens susceptibles d'améliorer la législation*". Ancora, comparazione e legislazione, come una sorta di eniadi unita e quindi imprescindibile. La stessa *Société* organizzò, nel 1900, il *Premier*

¹ AMARI, Emerico. **Critica di una scienza delle legislazioni comparate**, 2 voll. Genova: Rubbettino Editore, 1857. A cura e con intr. di V. Frosini, Palermo, 1969 (l'intr. è ora rist. nel vol. FRONSINI, Vittorio. **La coscienza giuridica. Ritratti e ricordi**. Torino: Giappichelli Editore, 2001, 77 ss.). Va ricordato che già nel 1805 Vincenzo Cuoco aveva scritto un *Corso di legislazione comparata*, fortemente debitore della filosofia di G.B. Vico.

² Cfr. SERIO, Mario. Gli albori della comparazione giuridica nella "Critica di una Scienza delle legislazioni comparate" (1857) di Emerico Amari. **Annuario di diritto comparato e di studi legislativi**, 411-449, 2012. A questo scritto di Mario Serio si rinvia per la esauriente e approfondita analisi del pensiero di Amari con riferimento alla *Critica*.

³ AMARI, Emerico. **Critica di una scienza delle legislazioni comparate**, 2 voll. Genova: Rubbettino Editore, 1857, par. CLXII.

Congrès international de droit comparé, dove si affermò l'autonomia del diritto comparato inteso quale "*discipline distincte, indépendante et autonome*", il cui metodo si sviluppa e consiste nel "*comparer que de chose comparables*"⁴.

Queste brevi cenni sulle origini della comparazione giuridica, indicano come fosse essenzialmente la legislazione il "formante", come oggi si dice, da sottoporre ad analisi comparativa per consentire, altresì, un miglioramento della legislazione nazionale. Se questo era il programma di ieri, si può ritenerlo ancora valido per oggi? Direi senz'altro di sì, salvo volere meglio contestualizzare la problematica e tenendo conto degli sviluppi che si sono venuti a manifestare nel tempo.

2. LEGGE, LEGISLAZIONE, GLOBALIZZAZIONE

Certo, diverse questioni vanno chiarite al fine di circoscrivere al meglio le potenzialità del diritto comparato nell'uso della legislazione. E quindi: *a)* occorre verificare come e cosa si compara; *b)* se la comparazione è svolta solo a fini dell'attività istruttoria legislativa ovvero se incide sulla scelta finale dell'atto; *c)* se l'uso della comparazione è frutto di una sorta di dialogo fra parlamenti, ovvero se ci sono dei veri propri trapianti di norme; *d)* se la differenziazione dei procedimenti legislativi attenua l'eventuale portata del metodo comparativo; *e)* se vi è un rapporto fra la cd. globalizzazione e la tendenza alla somiglianza tra le leggi; *f)* se il valore della legge rimane comunque un punto fermo delle democrazie costituzionali.

In the end is the beginning, vuol dire che l'ultima delle questioni presentate è propedeutica a tutte le precedenti. Ha ancora valore la legge nelle democrazie costituzionali? E' ancora l'atto attraverso il quale si determinano i rapporti giuridici all'interno delle società? Certo, non è discussione il principio di legalità, punto archimedeo del costituzionalismo; bisogna piuttosto misurare l'impatto della fonte legge all'interno della cittadinanza, e specialmente in settori strategici come l'economia e il mercato, per verificare se è ancora il legislatore che decide oppure no. Proprio questo tema, oggi, appare centrale negli stati costituzionali: il mercato, ovvero l'economia "materiale", è governata da principi discrezionalmente imposti dal legislatore, oppure è quest'ultimo che deve finire con l'agire entro limiti derivanti dai principi posti dall'economia? Intorno a questa domanda si possono però sviluppare ragionamenti diversificati a seconda delle fonti. Allora, la possibile tensione fra economia e diritto si può venire a manifestare attraverso i provvedimenti di natura legislativa che Parlamento e Governo pongono in essere. Attraverso i quali il legislatore anticipa scelte di indirizzo economico, ovvero si limita a recepire e normare quanto già prodotto dal mercato economico. Si pensi poi,

⁴ Cenni in RECCHIA, Giorgio. **Consonanze e dissonanze nel diritto pubblico comparato**, Padova: Cedam 2000, p. 5. Sulle origini della comparazione giuridica, v. l'affresco storico di FERRARI, Giuseppe Franco. *Le origini storiche della comparazione pubblicistica. Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2012.

in particolare, a periodi caratterizzati dalla c.d. crisi economica, che impongono misure d'urgenza, adottabili con provvedimenti legislativi, con lo scopo di arginare gli effetti negativi della crisi. E quindi, una produzione legislativa tutta protesa a normare azioni e strategie per fronteggiare l'emergenza economica (e finanziaria)⁵. Anche se proprio le (recenti) crisi economico-finanziarie fanno emergere la consapevolezza che la globalizzazione dell'economia richiede una disciplina giuridica pubblica anch'essa globale, e quindi regole di diritto certe e controlli severi sul loro rispetto⁶. Le crisi, al di là delle problematiche da cui scatenano, non si possono più affrontare solo con misure di carattere meramente economico e nemmeno con misure solo interne ai singoli Stati per il tramite di provvedimenti legislativi. La naturale sfiducia dei mercati, derivata dalla crisi, ha finito col determinare una tendenziale difficoltà dei governi nazionali a finanziare, attraverso provvedimenti legislativi, altra spesa pubblica, ovvero servizi pubblici, soprattutto in presenza di alti livelli di debito pubblico.

Dopo questa breve incursione sul rapporto legislazione e regolazione dell'economia dei mercati, torno al problema relativo al valore odierno della legge. Questa è entrata in una fase di dissolvenza, prima nell'era moderna <<era una legge dura, rigida, presuntuosa. La legge post moderna è mite, flessibile, pacata>>⁷. Uguale la parola – legge – assai diverso l'uso, che sconta altresì una continua opera di interpretazione, che può arrivare a ribaltarne la lettera per favorire lo spirito. Si viene così a determinare un rapporto “circolare”, per così dire, tra la legislazione e l'interpretazione: i “due volti del diritto”, come ebbe a definirli Adolf Merkl⁸. Sul punto, mi sia consentita una citazione che chiarisce la questione e svela il problema: <<La legge, questa realtà rocciosa, dura ed a sé stante, è unitaria, è statica, è identica a se stessa nella sua enunciazione e nella sua applicazione – ma soltanto in apparenza. La sua vera natura è dialettica, giacché il testo normativo trascorre fra il legislatore che lo ha emanato e l'interprete che lo applicherà; quel testo stabilisce una tensione fra due polarità, delle quali ognuna non può fare a meno dell'altra>>⁹.

Certo, è pur vero ogni ordinamento recepisce un'idea di legge che deve essere parametrata in relazione al tipo di Stato e alla forma di governo, dal cui modello

⁵ Sulla questione della crisi economica e le risposte giuridiche, v. il vol. CERRINA, Feroni Ginevra e FERRARI, Giuseppe Franco. *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato*. In CERRINA, Feroni Ginevra e FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di). **Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato**: Modelli comparati e prospettive. Torino: Giappichelli, 2012, p. 3-6.

⁶ In chiave globale e sulle ricadute in punto di assetto costituzionale, v. il vol. CONTIADES, Xenophon. **Constitutions in the Global Financial Crisis**. A Comparative Analysis. Surrey: Ashgate, 2013.

⁷ MONATERI, Pier Giuseppe. **I confini della legge**. Sovranità e governo del mondo. Torino: Bollati Boringhieri, 2014, p. 64.

⁸ MERKL, Adolf. **Il duplice volto del diritto**. Il sistema kelseniano e altri saggi, tr.it. di C. Geraci. Milano: Giuffrè, 1987.

⁹ Così, FROSINI, Vittorio. **La lettera e lo spirito della legge**, 3. ed. Milano: Giuffrè, 1998, p. 44; FRONSINI, Vittorio. **Gesetzgebung und Auslegung**. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1995.

possono derivare altri poteri e centri di competenze legislativi che concorrono alla produzione di leggi: si pensi agli Stati federali, che destinano alla periferia una serie di attribuzioni legislative, si pensi al ruolo dell'esecutivo, come in Francia, che ha competenza a legiferare per il tramite dei regolamenti (da ciò ne deriva che è legge in Francia non lo è altrove, per esempio in Italia). E altri e più numerosi esempi si potrebbero fare. Però al di là e oltre i criteri ordinatori delle fonti, della differenziazione dei procedimenti legislativi¹⁰, nonché della normazione europea di diretta applicazione, rimane il fatto che oggi la legge, quella che una volta era ritenuta *l'expression de la volonté général*, secondo la formula di Carré de Malberg, ha perso parte della sua forza e della sua capacità di regolare i rapporti giuridici. Non riesce a regolare la complessità del reale, non riesce a seguire e guidare l'accelerazione dei processi sociali. E quindi, esito di questo ragionare, è che la legge oggi appare sempre più come un mero simulacro.

Innanzitutto e soprattutto perché non ha più l'esclusività, ovvero non è più il solo atto con il quale si prescrivono le regole per la cittadinanza. I termini del problema sono noti: la cd. globalizzazione – intesa come “deterritorializzazione”, e quindi <<ecclisse dello Stato e della sua espressione più speculare, la sovranità>>¹¹ – ha favorito il sorgere e l'affermarsi di nuove e varie fonti del diritto come la *soft law*¹², che si vanno sempre più espandendo senza confini e quindi prive di frontiere giuridiche. Che sono frutto di una prassi giuridica che altera la gerarchia normativa e che sottrae agli stati la titolarità del diritto consentendo ad altri soggetti, soprattutto privati, di partecipare attivamente alla produzione del diritto. Anzi, vi è di più: un incontenibile sviluppo del diritto dei privati, ovvero un diritto fatto dai privati, che genera diritti non più riferiti allo Stato ma alle persone, ai singoli soggetti¹³. E che favorisce risposte agli sviluppi e alle situazioni che si producono in maniera dinamica, provando a fissare dei vincoli o degli obblighi che tuttavia lasciano possibilità di azione e di scelta ai destinatari. Ciò vale anche per la giustizia, dove si sono accentuate, *around the World*, le risoluzioni alternative delle controversie affidate ai privati,

¹⁰ Su cui v. il vol. DICKMANN, Renzo e RINELLA, Angelo (a cura di). **Il processo legislativo negli ordinamenti contemporanei**. Roma: Carocci, 2011.

¹¹ Così, GROSSI, Paolo. Globalizzazione, diritto, scienza giuridica. **Il Foro italiano**, n. 5, p.152-164, maggio, 2002. Ora in Id., Così GROSSI, Paolo. **Società, Diritto, Stato**. Un recupero per il diritto. Milano: Giuffrè, 2006 p. 286, il quale prosegue (287 ss.): <<globalizzazione – per il giurista – significa rottura del monopolio e del rigido controllo statale sul diritto. Se ieri il legame, il vincolo tra diritto e volontà politica aveva quasi i caratteri della necessità, ora la virulenza e la capacità di imperio delle forze economiche impongono altre fonti di produzione. Il legislatore statale è lento, distratto, bassamente pronò alle voglie dei partiti politici [...]>>.

¹² Cfr. MOSTACCI, Edmondo. **La soft law nel sistema delle fonti**: uno studio comparato. Padova: CEDAM, 2008.

¹³ V. quanto argomentato da FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto sconfinato**. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale, Roma-Bari: Laterza, 2006. Numerosi gli studi sulla globalizzazione giuridica: fra i tanti, recentemente CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo Stato. Torino: Einaudi, 2012; PALOMBELLA, Gianluigi. **E' possibile una legalità globale?** Il Rule of law e la governance del mondo. Bologna: Il Mulino, 2012 e il vol. della Associazione italiana dei costituzionalisti, *Costituzionalismo e globalizzazione (Atti del XXVII Convegno annuale Salerno, 22-24 novembre 2012)*, Napoli, 2014.

vuoi per il tramite delle mediazioni ovvero degli arbitrati, che si fondano sulla base della volontà negoziale delle parti in conflitto¹⁴.

Quindi, si sostiene, che il baricentro della produzione giuridica si sta spostando sui regimi privati, ovvero su accordi stipulati da attori globali, su regolamenti commerciali delle imprese multinazionali, su normative interne alle organizzazioni internazionali, su sistemi di negoziato interorganizzativi e su processi mondiali di standardizzazione. Come è stato affermato, <<i>governi privati, i regolamenti privati e la giustizia privata stanno diventando fonti giuridiche centrali, fenomeni intrinsecamente giuridici che nello Stato-nazione erano stati spinti nella zona grigia della fattualità (giuridica) [...]</i>. Nei regimi privati globali sta emergendo una vera e propria auto-decostruzione del diritto che semplicemente mette fuori gioco alcuni principi fondamentali del diritto nazionale>>¹⁵. Argomentare suadente ma non convincente.

Questo nuovo modo di intendere il diritto – qui appena accennato – che produce diritti oltre la funzione legislativa dello stato, sconta a mio avviso una visione fin troppo occidentale di un unico e unificante processo di globalizzazione. Che tale non è: i processi di globalizzazione, infatti, sono diversi e si snodano anche sotto forma di islamizzazione o di orientalizzazione, e quindi <<alla competizione per la globalizzazione concorrono oggi tre principali candidati: l'Occidente, l'Islam e l'Asia orientale. Nessuno è in grado di prevedere il risultato di questa competizione [...] è quindi improbabile che ci stiamo dirigendo verso una singola cultura mondiale e cosmopolita, perché una cultura cosmopolita implica che la cultura di qualcuno sia cosmopolita, mentre quelle degli altri non lo siano>>¹⁶.

Con riferimento, in particolare, al rapporto fra legislazione e globalizzazione, si dubita che vi possa essere un motivo di forte condizionamento dell'una con l'altra. Da un lato, perché, come detto prima, il fenomeno della globalizzazione esalta nuove forme di normazione, che non sono direttamente derivabili dalla volontà del legislatore statale, dall'altro perché la legislazione, per quanto frammentata e indebolita, ha comunque mantenuto un suo intrinseco valore, sia pure come residuo di un baluardo di sovranità. Mi riferisco, soprattutto, ad alcune leggi che, sul piano del contenuto, non sembrano subire forme di contaminazione da parte di altre esperienze giuridiche. Certo, si sottopongono comunque al *test* della comparazione, per così dire, ma poi si esprimono nella loro originalità, come se fossero marchiate da una sorta di denominazione di origine controllata.

¹⁴ Sul punto, si rinvia a FROSINI, Tommaso Edoardo. Un diverso paradigma di giustizia: le Alternative Dispute Resolution. **Analisi giuridica dell'Economia**. n. 1, 2011, 65-84; sull'arbitrato, v. RECCHIA, Giorgio. **L'arbitrato nel diritto comparato**, a cura di FROSINI, Tommaso Edoardo. Padova: Cedam, 2014.

¹⁵ Così, TEUBNER, Gunther. **La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione**. L'emergere delle istituzioni civili. Roma: Armando, 2005, p. 61-62.

¹⁶ Così, GLENN, H. Patrick. **Tradizioni giuridiche nel mondo**. La sostenibilità della differenza. Bologna: Il Mulino, 2010, p. 104.

E' il caso della legge elettorale, per esempio. Ebbene, senza timore di smentite, si può senz'altro dire che ogni Paese, quantomeno fra quelli ascrivibili alla forma di stato di democrazia liberale, ha una legge elettorale che esprime un proprio sistema elettorale, che non ha eguali altrove¹⁷. E' come se in materia elettorale ci fosse una sovranià assoluta, esercitata attraverso l'individuazione di un proprio sistema elettorale che non copia e non riproduce modelli altrui. Si pensi alla Francia del maggioritario a doppio turno, alla Gran Bretagna dell'uninomiale *first past the post*, alla Germania del proporzionale con la clausola di sbarramento del 5%, alla Spagna del proporzionale con i collegi provinciali ristretti, che determinano un effetto maggioritario; e così anche negli Usa, in Australia, in Canada. Addirittura in Italia, l'ultima proposta di riforma della legge elettorale – in avanzato stato di approvazione – è stata definita, dalle stesse forze politiche, "*italicum*": proprio a volere caratterizzare e identificare il "prodotto" legislativo tutto italiano.

Se ciò vale per leggi ad alto contenuto politico, quale la legge elettorale tale da qualificarsi come *Grundnorm* della costituzione in senso materiale, altrettanto per le leggi ad alto contenuto etico. Anche qui, si procede al *test* della comparazione, ovvero si verifica come altrove è stata regolamentata quella determinata materia ma poi si tende a legiferare in proprio, senza cioè emulare quanto è stato fatto altrove. E' il caso della legge sulla procreazione medicalmente assistita¹⁸, ovvero sulle diverse leggi che regolano le unioni civili e anche i matrimoni omosessuali. Certo, qui incide il livello più o meno diffuso della componente etica, ovvero religiosa, presente sul territorio e sulla cittadinanza; altrimenti, l'influenza della religione all'interno della maggioranza politico-parlamentare¹⁹. Sul punto, anche con riferimento a quanto detto prima sui processi di globalizzazione, non si può non richiamare il fattore religioso come fonte del diritto nei paesi islamici. Problema difficile e delicato che non intendo qui affrontare²⁰.

Non credo che l'esempio di queste leggi, a contenuto politico e a contenuto etico-religioso, provi troppo. Anzi, sono leggi attraverso le quali si viene a imprimere una assai significativa caratterizzazione della forma di stato e di governo, che per quanto debitrice di una sorta di "patrimonio costituzionale comune" mantiene comunque una sua specificità nei contesti ordinamentali nazionali. Voglio con ciò dire, che il fenomeno della globalizzazione va inquadrato nella giusta angolazione, che è senz'altro quella

¹⁷ Per i termini di confronto, v. FROSINI, Tommaso Edoardo. Sistemi elettorali e sistemi di partito. In: CARROZZA, Paolo; DI GIOVINE, Alfonso e FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di). **Diritto costituzionale comparato**, Roma-Bari: Laterza, 2009, p. 746-762.

¹⁸ Cfr. FROSINI, Tommaso Edoardo e CASONATO, Carlo (a cura di). **La fecondazione assistita nel diritto comparato**, Torino: Giappichelli, 2006.

¹⁹ Su questi temi fa il punto ora il fascicolo di **Percorsi costituzionali**: Costituzione e Religione. Padova. n. 2/3, 2013.

²⁰ Della numerosa bibliografia sul tema, voglio ricordare il vol. di PREDIERI, Alberto. **Shari'a e Costituzione**, Roma-Bari: Laterza, 2006.

economica e tecnologica, ma che non ha assorbito, anzi fagocitato, l'assetto istituzionale degli stati e la legislazione degli stessi, in punto di scelte caratterizzanti la forma di stato e di governo. Su quest'ultima, poi, i modelli sono diversi e differenti, che variano dal presidenzialismo nella sua declinazione statunitense ovvero in quella sudamericana, dal parlamentarismo che si manifesta con norme e prassi differenziate in larga parte d'Europa, con il semipresidenzialismo la cui provenienza francese si è alterata nelle altre esperienze europee e dell'Europa orientale. Senza poi considerare le convenzioni costituzionali, che si vengono a formare in punto di forma di governo, che hanno caratteristiche e modalità tutte riferibili ai singoli ordinamenti.

Ecco perché la tesi che la cifra metodologica della comparazione, che è quella delle differenze/somiglianze, sia venuta meno in epoca di globalizzazione, non mi persuade. Si sostiene che con la globalizzazione è aumentata la dose di metodo fondata sulle somiglianze anziché sulle differenze – invertendo il rapporto, dove erano e sono le differenze che esaltano di più e meglio l'analisi comparativa²¹ – e poi, che semmai sono altre le dinamiche che modellano e indirizzano la ricerca del comparatista, quali la convergenza, lo scambio e la contaminazione, attraverso un *dynamic longitudinal project*²². Sarà pur vero che <<viviamo in un'epoca che vede con favore l'unificazione e la incoraggia>>²³ e che l'ordinamento giuridico europeo si muove senz'altro in tal senso, seppure "uniti nella diversità". Ma per il comparative law in book e il comparative law in action – comunque in grado di perseguire allo stesso tempo l'unità e la diversità – rimane e permane il metodo delle differenze, anche nell'età della globalizzazione. Il raffronto fra sistemi e norme giuridiche <<deve esaltare le diversità e farlo con particolare riferimento allo scenario del diritto globale, con il suo carattere transnazionale oltre che nazionale e sovranazionale [...]. Ed eventualmente di evidenziare criticamente le modalità con cui quelle differenze possono essere occultate in chiave unificante, o al

²¹ Da ultimo, sulle problematiche relative al metodo comparativo, anche con riferimento al fenomeno della globalizzazione, v. PEGORARO, Lucio. **Diritto costituzionale comparato**. La scienza e il método. Bologna: Bononia University Press, 2014, spec. 261 ss. e SOMMA, Alessandro. **Introduzione al diritto comparato**. Roma-Bari: Laterza, 2014, spec. 167 ss.; MONATERI, Pier Giuseppe. **Methods of Comparative Law**. Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing, 2012.

²² E' questa la suggestiva tesi di FERRARESE, Maria Rosaria. Il diritto comparato e le sfide della globalizzazione. Oltre la forbice differenze/somiglianze. **Rivista Critica del Diritto Privato**, Rioja, vol. 31, n. 3, p. 369-402, 2013. Ma v. già MUIR-WATT, Horatia. Globalization and Comparative Law. in REIMANN, Matias e ZIMMERMANN, Reinhardt (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. New York: Oxford University Press, 2006, 553-583. Il quale pone la questione se la comparazione possa essere ancora possibile nel mondo globalizzato. Valorizza il metodo comparativo nella globalizzazione, MUSY, Alberto M. **La comparazione giuridica nell'età della globalizzazione**. Riflessioni metodologiche e dati empirici sulla circolazione del modello nordamericano. Milano: Giuffrè, 2004.

²³ Così SACCO, Rodolfo. **Il diritto fra uniformazione e particolarismi**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011, p. 19. Sul tema, con riferimento al diritto pubblico, v. MORBIDELLI, Giuseppe. **Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012. Il quale valorizza il particolarismo della statalizzazione delle fonti regionali e locali (si tratta, per entrambe le opere, di lezioni magistrali tenute all'Università Suor Orsola Benincasa)

contrario promosse in termini anche apertamente precettivi. Il che può accadere anche utilizzando metodi di norma destinati a produrre una comparazione che unisce, i quali possono ben possono, di volta in volta, essere parte di strategie argomentative complessivamente volte a realizzare invece una comparazione che non divide>>²⁴. Mi sono avvalso di questa citazione, che condivido in pieno, anche al fine di evidenziare le ragioni metodologiche di una ricerca comparatistica che non può non essere ancora e di più fondata sulle differenze. Bisogna diffidare dalle convergenze, ovvero dalle consonanze, e quindi dall'idea che *tout se tient*: <<sarebbe meglio che il teorico si ostinasse a distinguere sempre, puntigliosamente, anche a costo di fare il bastian contrario, piuttosto di abbandonarsi ad affrettate analogie che scattano con docilità tanto sospetta quanto accondiscendente>>²⁵. Mi sembra che questo si colleghi senz'altro al tema della legislazione e comparazione, come sopra descritto.

Altro tema che qui si accenna: il dialogo fra Parlamenti, che si vuole richiamare a un altro noto "dialogo", ovvero quello fra le Corti. Dialogo quest'ultimo molto studiato e celebrato, nella convinzione di un suo forte impatto giurisprudenziale in grado di suggerire un interscambio, o persino un'interdipendenza fra le varie esperienze giurisdizionali nazionali. Salvo verificare, come è stato fatto, che manca il dialogo fra le Corti statali, e semmai c'è uno scambio per lo più unilaterale di decisioni giurisprudenziali; né tantomeno c'è un ricorso all'uso della comparazione ma piuttosto un approssimativo riferimento al diritto straniero²⁶.

Se delle riserve vanno mosse rispetto al cd. dialogo fra le Corti, a maggior ragione non si ritiene che si sia venuto a sviluppare, utilmente e in chiave comparatistica, un dialogo fra Parlamenti, anche se da intendersi non già come circolazione spontanea dei modelli ma piuttosto come "mettersi in ascolto" di un altro ordinamento²⁷. L'uso della comparazione, o meglio della conoscenza del diritto straniero²⁸, le assemblee legislative lo svolgono nella fase istruttoria, laddove vengono raccolti materiali legislativi e non solo di altri ordinamenti, con lo scopo di conoscere come altrove si è regolamentato quel dato problema, quella certa materia. Ci sono, all'interno delle assemblee legisla-

²⁴ SOMMA, Alessandro. **Introduzione al diritto comparato**. Roma-Bari: Laterza, 2014, p. 170.

²⁵ Così, LUZZATI, Claudio. Il giurista che cambia e non cambia. **Diritto pubblico**, Bologna, Vol. 19, n. 2, p. 385-440, 2013, p. 397.

²⁶ Cfr. VERGOTTINI, Giuseppe. **Oltre il dialogo fra le Corti**. Giudici, diritto straniero, comparazione. Bologna: Il Mulino, 2010; sulle tesi avanzata dall'A., v. le riflessioni critiche di RIDOLA, Paolo. Il "dialogo tra le Corti": comunicazione o interazione? **Percorsi costituzionali**, Padova, n. 3, 2012, 273-ss.

²⁷ Su cui, v. SCAFFARDI, Lucia (a cura di). **Parlamenti in dialogo**. L'uso della comparazione nella funzione legislative. Napoli: Jovene, 2011. In tema, v. ora ÖRÜCÜ, Esin. Comparisons and trans-frontier mobility of law: legal transplants in a comparative perspective. **Percorsi costituzionali**, Padova, n. 3, p. 833-844, 2014.

²⁸ E' ovvio che non è la stessa cosa: <<il diritto comparato concerne necessariamente il diritto straniero [ma] studiare un sistema giuridico straniero – come tale – non significa ancora effettuare una comparazione>>, così ZWIGERT, Konrad e KOTZ, Hein. **Introduzione al diritto comparato**. ed. it. a cura di A. Di Majo e A. Garbaro. Milano: Giuffrè, 1992, p. 7.

tive, degli uffici parlamentari di diritto comparato, che svolgono il precipuo compito di raccogliere in *dossiers* tutto il materiale legislativo, giurisprudenziale e dottrinale in giro per il mondo, riferito a un dato argomento oggetto di esame per una regolamentazione normativa. Questo lavoro di documentazione viene svolto ogniqualvolta l'assemblea intende avviare l'*iter* legislativo per regolamentare una determinata disciplina. Altrimenti, possono essere di ausilio, ai fini di una maggiore conoscenza comparatistica, le audizioni svolte nelle indagini conoscitive promosse dalle assemblee parlamentari, specialmente quando l'audito è uno studioso di diritto comparato. Certo, rischia di essere un lavoro acritico, semplice ricognizione delle fonti del diritto positivo e dei testi giuridici stranieri. Ma è fungibile a orientare il legislatore su come si è provveduto a normare altrove, inducendolo così a svolgere un ragionamento per analogie e differenze, dove sono queste ultime a prevalere, almeno nella fase finale dell'approvazione della legge; laddove nella fase iniziale della proposta di legge si riscontra una maggiore tendenza a emulare testi legislativi stranieri. Si può quindi provare a sintetizzare e schematizzare, affermando che la proposta di legge ha un iniziale approccio di diritto straniero per poi svilupparsi, nell'*iter* legislativo, attraverso l'uso del metodo comparativo.

Quindi non si legifera senza prima comparare; ovvero conoscere, apprendere, prendere contezza come altrove si è provveduto a normare una certa materia. Poi, come si è visto sopra, il legislatore agisce prevalentemente per differenze, ovvero senza emulare il legislatore straniero, sia pure conoscendolo. Il cd. "dialogo" fra Corti e, soprattutto, fra Parlamenti appare come un mito, al quale in molti tendono nella convinzione, tutta da verificare in concreto, che si svolgano forme di trapianti di sentenze e, soprattutto, di norme. E che tutto ciò sia un inevitabile derivato del processo di globalizzazione nella sua induzione verso un'uniformità giuridica e una circolazione, "occidentalmente orientata", del diritto e dei diritti.

C'è invece una questione che investe il rapporto fra legislazione e comparazione, in termini di circolazione delle esperienze e dei modelli giuridici, che si sta affermando sempre più negli ordinamenti contemporanei: si tratta del tema riferibile alla "qualità delle leggi", altrimenti detta *better regulation*²⁹. E' su questo tema, oggi, che si incontrano i legislatori nazionali. E' su questo tema, oggi, che si viene a valorizzare la circolazione delle scelte legislative. Non sui contenuti delle norme ma piuttosto sulla corretta forma della redazione delle norme (*drafting*) e ancora sulla analisi dell'impatto della valutazione normativa (AIR), innestando modi e metodi di tecnica legislativa e di analisi economica del diritto. Da qui una prima considerazione, che verrà più avanti sviluppata: e cioè che la legge rischia sempre più di essere considerata alla stregua di un bene di consumo, un prodotto che è offerto nel mercato delle regole e scelto da chi quella regola vedrà applicata. Un "prodotto" che deve essere pulito, ordinato e corretto

²⁹ Su cui, v. WEATHERILL, Stephen. **Better Regulation**. Oxford: Hart Publishing, 2007.

sul piano della forma; che deve essere razionale, economicamente vantaggioso e di sicuro impatto tra gli *stakeholders* sul piano della fattibilità.

Certo, l'esigenza di legiferare meglio nasce da un malessere che da molti, troppi anni affligge le democrazie e i Parlamenti, e che può essere così sintetizzato: troppe numerose le leggi che continuamente si susseguono e non di rado si sovrappongono, si confondono o si contraddicono fra loro; troppo complicato il discorso legislativo, con continui rinvii e frequenti deroghe, e talora sibillino il linguaggio; troppo poco diffusa, anzi strettamente limitata agli addetti ai lavori, la circolazione dei testi legislativi, perché si possa addebitare al cittadino l'obbligo della conoscenza (*ignorantia legis non excusat*): tutti fenomeni che inducono alla considerazione che siamo in presenza di inflazione legislativa, di ipertrofia della legge, di inquinamento legislativo. Questi sono i problemi, specialmente in tempi odierni; ma il tema è antico, e risale all'illuminismo giuridico e alla sua scienza della legislazione³⁰. E quindi da quella esperienza occorre partire.

3. DALLA LEGGE ALLA LEGISTICA: TEORIA E PRASSI

Il problema della educazione del legislatore a compiere bene il suo ufficio ebbe una prima impostazione nel pieno dell'età dell'illuminismo: si può fissarne la data, 1748, anno della pubblicazione a Ginevra di un libro di un autore anonimo, *De l'Esprit des Lois*. Due anni dopo, nella stessa città, venne pubblicato la *Défense de l'Esprit des Lois*, anch'essa priva del nome del suo autore: ma questo nel frattempo si era già rivelato, ed era quello di Charles-Louis de Secondat, barone di Montesquieu, nome che venne in seguito universalmente riconosciuto e identificato nella persona del grande giurista francese. Al problema di una corretta redazione delle leggi, *De l'Esprit des Lois* dedica il cap. XVI del libro XXIX, intitolato appunto *Choses a observer dans la composition des lois*. Con mirabile efficacia espositiva, Montesquieu enuncia i seguenti principi: 1) lo stile deve essere conciso e 2) semplice, cioè la legge deve esprimersi in una forma diretta, colloquiale, e non riflessiva. 3) E' essenziale che le parole delle leggi risvegliano in tutti gli uomini le stesse idee. 4) Quando la legge prevede una sanzione (*fissation*) deve evitarsi, quando sia possibile, che essa venga determinata in un certo valore monetario (questo a causa della variazione del valore). 5) Quando in una legge è stata bene fissata l'idea delle cose a cui si riferisce, bisogna evitare di ricorrere ad espressioni vaghe. 6) Le leggi non devono contenere sottigliezze: esse sono fatte per persone di intelligenza medio-cra; non sono un'arte di logica ma devono esprimere la semplice ragionevolezza di un padre di famiglia. 7) Quando in una legge le eccezioni, le limitazioni, le modificazioni non sono necessarie, è meglio non metterle: i dettagli generano dettagli. 8) Non bisogna apportare modificazioni di una legge senza una ragione sufficiente per introdurla. 9) Quando si rende ragione di una legge (nel suo contesto), bisogna che tale ragione

³⁰ Su cui v. CATTANEO, Mario Alessandro. *Illuminismo e legislazione*. Milano: Comunità, 1966.

sia degna di essere enunciata. 10) Quello che la legge presume vale più di quel che presume l'uomo comune. 11) Le leggi inutili indeboliscono le leggi necessarie; lo stesso avviene con le leggi che consentono facilmente ai soggetti di eluderle. 12) Bisogna aver cura che le leggi siano concepite in modo tale che esse non contrastino con la natura delle cose. 13) E infine, il *faut dans le lois un certain candeur*, devono cioè rispettare la dignità umana: fatte per punire la malvagità umana, esse stesse debbono dimostrare di possedere la massima innocenza³¹.

Dopo Montesquieu, l'italiano Gaetano Filangieri: autore de *La scienza della legislazione*, l'opera che ha segnato il termine d'inizio della letteratura giuridica sulla redazione delle leggi³². L'assunto di Filangieri, enunciato nel titolo del Capo III, Libro I, della sua opera, è che <<la legislazione, non altrimenti che tutte le altre facoltà, deve avere le sue regole; e i suoi errori sono sempre i più gravi flagelli delle nazioni>>. La trattazione, che si stende nel corso dell'opera, ha però un carattere prevalentemente politologico. Sebbene non vi manchino i rilievi d'ordine formale, il proposito di Filangieri non fu propriamente di enunciare una tecnica della produzione legislativa, ma fu piuttosto quello di segnare le linee direttive, conformemente alla ragione illuministica, di una legislazione benefica per l'umanità, ispirata a una visione cosmopolitica, che comprendeva persino le nascenti speranze degli Stati Uniti d'America, dove l'autore avrebbe voluto trasferirsi.

All'ideale illuministico di una "scienza della legislazione", ispirato a principi di razionalità assoluta e dogmatica, subentrò agli inizi dell'Ottocento il metodo operativo moderno di una "tecnica della legislazione", la cui messa in esecuzione venne affidata ad un *corpus* di esperti della produzione normativa per la loro preparazione giuridica: quasi artigiani del diritto, cui viene commissionato il lavoro di conversione della volontà politica in una struttura giuridica, che realizzi l'intento del legislatore in forma obiettiva, reificata in termini di legalità³³. Certo, si tratta di un tema noto, che qui vogliamo ricordare nei suoi tratti essenziali. La riflessione metodologica sulla formazione delle leggi a opera di un gruppo di giuristi tecnici venne iniziata in Gran Bretagna: come mai e perché proprio in quell'isola si spiega con il fatto che lì nasce e si afferma la *Rule of Law*, ovvero un sistema dove è la legge a dominare. Altrimenti, anche a causa della congenita "asistematicità" dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio del Regno Unito (con rilevanti differenze, in punto di legislazione, fra Inghilterra, Galles, Scozia e Irlanda del Nord) privo di codici e di costituzione formale, più avvertita è l'esigenza di

³¹ Cit. da MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barone de La Brède e de. **Oeuvres complètes**, a cura di R. Cailliois, Paris: Gallimard, 1989, T. II, 876-881. Le parafrasi e la numerazione sono mie.

³² FILANGIERI, Gaetano. **La scienza della legislazione** (1780), con *Introduzione* di Vittorio Frosini, cura dei testi di F. Riccobono, 2 volumi, Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1984.

³³ Si segnala l'opera del tedesco ZACHARIAE, Karl Salomo. **La scienza della legislazione** (1806), a cura di R. Calvo. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2010.

un ricorso alla tecnica legislativa, per dare sistema attraverso significative procedure di *drafting* ovvero di progettazione legislativa.

Fu Jeremy Bentham, vissuto a cavaliere tra un secolo e l'altro, a formulare la riflessione sul metodo della legislazione. Erede del razionalismo settecentesco in un clima culturale impervio, come era quello inglese, e risoluto anticipatore dell'utilitarismo e positivismo giuridico, correnti di pensiero tipiche dell'Ottocento, Bentham fu al suo tempo meglio conosciuto in Francia che in Inghilterra, grazie alla traduzione francese dei suoi *Tratés de législation civile et pénale* pubblicati a Parigi nel 1802³⁴. In essi egli assunse una posizione critica avversa al sistema inglese del *judge-made law* ed a favore dell'idea di codificazione, in sintonia (ma non in soggezione mentale) all'esperienza giuridica allora condotta in Francia. Il maggior merito di Bentham, riguardo al nostro argomento, è però di un carattere particolare. La sua dottrina influenzò il pensiero e stimolò l'iniziativa di un suo seguace, Henry Brougham, che nel 1828 pronunciò alla Camera dei Comuni un importante discorso, il *Law Reform Speech*, in cui tracciò un programma di riforma della produzione legislativa ispirato a una concezione chiaramente delineata di un sistema di tecnica legislativa³⁵. Divenuto Lord Cancelliere nel 1830, egli nominò una *Royal Commission on the Consolidation of Statute Laws*, la cui relazione, presentata nel 1835, rappresenta il fondamento della procedura di tecnica legislativa sviluppatasi in Gran Bretagna fino al famoso *Renton Report* del maggio 1975³⁶.

Un caso esemplare di questo rapporto d'integrazione fra la riflessione e la pratica attuazione della tecnica legislativa è quello offerto in Gran Bretagna dal rapporto, che una commissione di dodici esperti, presieduta da Sir David Renton e nominata il 7 maggio 1973, consegnò al Parlamento britannico il 19 maggio 1975³⁷. L'importanza del documento consiste appunto nel fatto, che ha stabilito un modello di lavoro della tecnica legislativa, che come esso stesso enuncia, <<potrà essere utile a tutti coloro che in futuro siano resi responsabili per la presentazione di un disegno di legge ad una qualsiasi assemblea dotata di potere legislativo>>. Il *Renton Report* viene qui dunque preso in considerazione sotto l'aspetto metodologico e problematico, che ne fa un'opera di

³⁴ BENTHAM, Jeremy. *Tratés de législation civile et pénale*. Trd. Etienne Dumont. Paris: Boussange, Masson & Besson, 1802. Su Bentham e la legislazione, nella dottrina italiana, v. D'ALESSANDRO, Lucio. **Utilitarismo morale e scienza della legislazione**. Saggio su Jeremy Bentham. Napoli: Guida, 1981.

³⁵ Su Henry Brougham, v. la biografia di NEW, Chester W. *The life of H. Brougham to 1830*. Oxford: Clarendon Press, 1961.

³⁶ Per un'analisi della formazione, sviluppo del sistema inglese di tecnica legislativa, v. ZANDER, Michel. **The Law-Making Process**. 2. ed. London: Weidenfeld and Nicolson, 1985; e PATCHETT, Keith. **Legislative Drafting in Common Law System**. London: Butterworth and Co., 1989; CRABBE, Vincent Cyril Richard Arthur Charles. **Legislative Drafting**. London: Cavendish Publishing, 1993.

³⁷ Noto come Renton Report, il titolo completo è: Renton Report. **The Preparation of Legislation**. Report of a Committee Appointed by the Lord President of the Council. London: Her Majesty's Stationery Office, 1975. Trd. it.: Renton Report. **La preparazione delle leggi**. Rapporto presentato al Parlamento inglese (1975), intr. e note di R. Pagano. Roma: Camera dei deputati, 1990.

dottrina, in cui il riferimento all'esperienza parlamentare britannica costituisce la base empirica e positiva, che mantiene il discorso immune da astrazioni anche se aperto a una dialettica di riflessione, sicché esso vale come paradigma di riferimento anche al di fuori del suo preciso ambito giuridico e culturale ³⁸.

I motivi tematici in esso contenuti rappresentano infatti gli elementi fondamentali di valutazione per stabilire il significato e la funzionalità del messaggio legislativo in quanto tale: la progettazione di un testo legislativo viene sottoposta a un insieme di principi e di criteri operativi, non dunque opera artigianale di esperti, ma vera e propria scienza e tecnica della legislazione, che può essere insegnata, cioè trasmessa con la sua carica valutativa in quanto opera di razionalità. I suoi principi sono di carattere universale: essi sono quelli di chiarezza discorsiva, di comunicabilità diffusa, di trasparenza procedurale, di controllo razionale, di certezza giuridica.

I temi del *drafting* e del procedimento legislativo inglese sono stati ripresi e studiati da una commissione istituita dalla *Hansard Society*, che ha redatto nel novembre 1992 un rapporto intitolato *Making the Law, the report of the Hansard Society commission on the legislative process*, ma conosciuto come rapporto Rippon dal nome del presidente della commissione, Lord Rippon. Le raccomandazioni elaborate nel rapporto possono essere così riassunte: a) adozione di un linguaggio più chiaro, semplice e conciso, purché questo non vada contro la certezza delle norme; b) eliminazione di qualsiasi dettaglio inutile e complicato dalla legislazione primaria; c) attribuzione della responsabilità ministeriale del *Parliamentary Counsel Office* allo *Attorney General*, in particolare per ciò riguarda la supervisione delle tecniche di *drafting* adoperate e il controllo della redazione di tutti i progetti di legge governativi.

E ancora: dal governo Thatcher fino all'attuale governo Cameron, l'attenzione verso il miglioramento della qualità della regolazione è dimostrata dalla costituzione, all'interno dell'Ufficio del *Prime Minister*, di una Unità – chiamata *Deregulation Unit* nel governo conservatore e *Better Regulation Unit* in quello laburista – deputata al miglioramento della qualità della regolazione, con particolare attenzione all'analisi economica dell'impatto della regolamentazione sui cittadini e sulle imprese e alla fase ascendente della normativa comunitaria. L'Unità, peraltro, ha elaborato delle apposite *Guides*, che sono rivolte a tutti i Ministri e ufficiali pubblici del Regno, le quali, sebbene non abbiano valore vincolante, sono tenute in grande e seria considerazione dai destinatari delle stesse. Tra i più recenti provvedimenti, assunti in Gran Bretagna, vanno senz'altro ricordati il *Legislative and Regulatory Reform Act* del 2006, con il quale si è data attuazione

³⁸ Questo carattere del *Renton Report* è stato riconosciuto in Italia da PIZZORUSSO, Alessandro. Il *Renton Report* e le prospettive di evoluzione del sistema giuridico inglese. In: GIULIANI, Alessandro e PICARDI, Nicola (a cura di). **L'educazione giuridica**. vol. V: Modelli di legislatore e scienza della legislazione, t. III: La discussione contemporanea, Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 1987, p. 139-166; v. anche PAGANO, Rodolfo. Struttura e tecnica della legislazione nell'ordinamento inglese, intr. a *Renton Report. La preparazione delle leggi*. Rapporto presentato al Parlamento inglese (1975). Roma: Camera dei deputati, 1990, 3-46.

legislativa ai principi di *good regulation* previsti nel rapporto *Principles of Good Regulation* del 1998, a opera della *Better Regulation Task Force*, che sono stati adottati dal Governo. E poi, il *Law Commission Act* del 2009, che affida alla *Law Commission* (organo collegiale composto da un presidente, già giudice della *High Court*, e quattro componenti scelti tra esperti di diritto) il compito di revisionare, in maniera sistematica, la legislazione vigente, con l'intento di assicurarne la chiarezza e l'attualità nonché l'armonizzazione e il consolidamento della normazione in vigore, e raccomandare altresì al Parlamento l'abrogazione delle norme ridondanti e obsolete³⁹.

4. CHI INQUINA LE LEGGI, PAGA. FARE PULIZIA DELLA LEGISLAZIONE

Si è fatto cenno prima anche al fenomeno dell'inquinamento legislativo: in questo caso il problema è attribuibile sia a difetti "strutturali", quali la pluralità delle fonti normative concorrenti, ovvero fonti prive di una chiara ripartizione delle competenze ed un ben definito rapporto tra le fonti stesse; sia a difetti "soggettivi", che si riferiscono alla qualità del testo, ovvero alla scarsa perizia o attenzione nella redazione o ad insufficiente o mancato coordinamento con il contesto normativo in cui il testo va a collocarsi. Qui basterà soltanto elencare sommariamente alcuni difetti, che determinano il fenomeno dell'inquinamento: *a)* l'ambiguità semantica e sintattica; *b)* la vaghezza della norma; *c)* l'abrogazione innominata; *d)* le norme intruse; *e)* la stratificazione di norme; *f)* il ricorso a leggi *omnibus*; *g)* le antinomie; *h)* i rinvii a catena: ma si tratta soltanto di un elenco aperto, che può essere arricchito da ulteriori tipologie di difetti inquinanti. Così facendo, si viene a creare uno stato di autentico "inquinamento legislativo", che finisce col mettere a rischio valori quali la certezza del diritto, l'equilibrio fra i poteri costituzionali, l'efficienza della giustizia, l'osservanza della legge: tutti importanti e fondanti valori di una società liberaldemocratica, che possono essere minati dalla diffusione e circolazione di leggi oscure. Allora, come si è giustamente sostenuto: <<l'impresa di restituire pulizia e chiarezza nell'universo normativo è tra le più urgenti di questa fine del secolo: perché la legge oscura si risolve in una delega in bianco verso gli organi preposti a darle applicazione, e ciò determina a sua volta un'eclissi delle garanzie giuridiche e in ultimo la più generale disaffezione nei confronti delle istituzioni democratiche; e perché insicurezza giuridica e indifferenza civile aprono gioco forza il varco alla legge del più forte, al sopruso, alla prevaricazione>>⁴⁰.

³⁹ Notizie in SCAFFARDI, Lucia e WESTON, Elin. The use of Comparative Law in the Legislative Process at Westminster. In: LUPO, Nicola e SCAFFARDI, Lucia (eds.). **Comparative Law in Legislative Drafting**. The increasing importance of dialogue amongst Parliaments. The Netherlands: Eleven International Publishing, 2014, 147 ss.

⁴⁰ Così AINIS, Michele. La chiarezza delle leggi. In: L. Violante (a cura di). **Storia d'Italia**. Annali 14. Legge Diritto Giustizia. Torino: Einaudi, 1998, p. 913; ma v. già AINIS, Michele. **La legge oscura**. Come e perché non funziona,

Vi è un problema di democrazia, ovvero di partecipazione democratica. E' possibile che il cittadino, naturale destinatario della legge che la deve osservare pena una sanzione, sia messo in condizione di non capire il significato della legge, di non recepire il messaggio legislativo, perché questo è eccessivamente numeroso, oscuro, complicato e contraddittorio? E' di fondamentale importanza per una società libera che il diritto sia facilmente percepibile e ragionevolmente chiaro; laddove la legge non dovesse soddisfare queste condizioni, allora il cittadino verrebbe privato del diritto alla democrazia, inteso anche come diritto alla partecipazione e alla cittadinanza. Certo, problema questo dell'inquinamento legislativo che non conosce confini, se anche in un Paese di *common law* come gli Usa, e quindi con una produzione normativa circoscritta, il Presidente della Corte Suprema ha dichiarato che <<un cittadino deve essere in grado di capire la legge: se non lo è, la legge è invalida>>; dal che ne è derivata una pronuncia di incostituzionalità della legge *Homest services fraud* perché troppo vaga⁴¹. La buona qualità della legislazione è quindi elemento essenziale dello Stato di diritto: <<*Laws of good quality, precise and transparent statutes, are essential elements of rule of law*>>⁴².

Vi è altresì un'esigenza di una costruzione di una metodologia, ossia di una razionalità tecnica rapportata tra fini e mezzi, che acquisti un carattere di comunicatività istruttiva, e si sarebbe tentati di scrivere, che abbia un intento di pedagogia e didattica legislativa. Questo intento era stato proposto da Rudolf von Jhering: <<come deve essere indirizzato e formato il diritto, perché le norme giuridiche da applicare al caso concreto siano il più possibile semplici, chiare e sicure?>>⁴³. L'ideale scientifico di una legislazione, concepita ed espressa secondo regole di coerenza logica, ha radici nella cultura giuridica tedesca, come scienza della legislazione (*Gesetzgebungswissenschaft*) o dottrina della legislazione (*Gesetzgebungslehre*)⁴⁴, e riafferma il principio della razionalità della legge, intesa in senso non originario ma finalistico e funzionale.

Bisogna insegnare a legiferare, quindi. Tenendo conto dei seguenti principi: 1) economicità del discorso; 2) adeguatezza del discorso; 3) comprensibilità e precisione espressiva; 4) pubblicità. Principi che si declinano nelle seguenti regole di legistica: a) la regolamentazione complessiva deve essere effettuata con il minimo possibile di regole; b) dal testo della norma giuridica deve essere facilmente individuabile il destinatario

Roma-Bari: Laterza, 1997. Di recente, v. MATTARELLA, Bernardo Giorgio. **La trappola delle leggi**. Molte, oscure, complicate. Bologna: Il Mulino, 2011.

⁴¹ MATTARELLA, Bernardo Giorgio. **La trappola delle leggi**. Molte, oscure, complicate. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 65.

⁴² Così, KARPEN, Ulrich. Law Drafting and the Legislative Process: Outline of a Training Course for Law Drafters. In: MADER, Luzius e MOLL, Chris (eds.). **The Learning Legislator**: Proceedings of the 7th Congress of European Association of Legislation, 31st May-1st June 2006. Baden Baden: Nomos, 2009, p. 9.

⁴³ JHERING, Rudolf Von. **Geist des römischen Recht** (1852-1865). 3. ed. Berlin: Litetarisches Zeitung, 1875, p. 322.

⁴⁴ Cfr. KUBES: Vladimir. **Theorie der Gesetzgebung**. Wien-New York: Springer, 1987.

della singola regola e del comportamento prescritto; c) bisogna valersi di parole e di formulazioni linguistiche d'uso comune e le parole vanno utilizzate in maniera precisa e costante; d) nella disposizione sistematica bisogna fare attenzione all'articolazione delle disposizioni con riferimento al loro contesto oggettivo e alla loro comprensibilità⁴⁵.

Queste regole hanno goduto di circolazione giuridica e sono pertanto presenti (anche se non sempre osservate) negli ordinamenti nazionali europei, e non solo. Sebbene variano le fonti che disciplinano le regole (leggi, regolamenti, raccomandazioni, circolari) e le forme di controllo, attraverso le quali si verifica che venga a essere svolta una corretta applicazione delle regole stesse⁴⁶. E proprio con riferimento al controllo della qualità legislativa si fa riferimento qui all'esperienza francese, dove il *Conseil constitutionnel* è prevenuto a configurare quali principi di rango costituzionale la chiarezza (decisione 98-401 DC del 10 giugno 1998), l'accessibilità e l'intelligibilità (decisione 2001-455 DC del 12 gennaio 2002) della legge, utilizzando come parametro l'art. 34 cost. (per la chiarezza) e gli artt. 4, 5, 6 e 16 della Dichiarazione del 1789 (per l'accessibilità e l'intelligibilità). Si segnala anche la decisione 2005-530 DC con la quale il *Conseil* ha annullato alcune norme in ragione della loro inutile complessità: *<<l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et "la garantie des droits" requise par son article 16 ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité inutile; - qu'il en irait de même si ces règles présentaient une complexité excessive au regard de la capacité de leurs destinataires à en mesurer utilement la portée>>*. In tal senso, sia pure con dei distinguo anche alla luce dei principi costituzionali, ci sono anche pronunce della giurisprudenza spagnola (TC, n. 212 del 1996) e austriaca (B1514/01)⁴⁷.

Poi, in particolare per quanto riguarda la circolazione, nei Paesi dell'area Europa, delle regole sulla *better regulation*, appare sicuramente significativa, quale primo documento internazionale in materia, la *Recommendation of the Council on Improving*

⁴⁵ Si è preso spunto dalla legislazione austriaca sulle regole di tecnica legislativa, riprodotta in PAGANO, Rodolfo (a cura di). **Normative europeee sulla tecnica legislativa**. Intr. di FROSINI, Vittorio. Roma: Camera dei deputati, 1988, 3-31. Tale legislazione è debitrice della teoria di WALTER, Robert. Die Lehre von der Gesetzestchnik. **Oesterreich Juristen Zeitung**, n.18, p. 85-90, 1963; v. altresì WALTER, Robert. Evoluzione e stato attuale della dottrina dell'interpretazione nella scienza giuridica austriaca. In: **Liber Amicorum** in onore di Vittorio Frosini, vol. II: Studi giuridici, Milano: Giuffrè, 1999, p. 313-346 (ivi, v. anche SCHAEFFER, H. Per una legislazione vicina al cittadino. Le vie per una legge migliore. In: **Liber Amicorum** in onore di Vittorio Frosini, vol. II: Studi giuridici, Milano: Giuffrè, 1999, 261-292).

⁴⁶ V. ora l'indagine comparata svolta in LUPO, Nicola e SCAFFARDI, Lucia (eds.). **Comparative Law in Legislative Drafting**. The increasing importance of dialogue amongst Parliaments. The Netherlands: Eleven International Publishing, 2014; su cui v. i rilievi di ÖRÜCÜ, Esin. Comparisons and trans-frontier mobility of law: legal transplants in a comparative perspective. **Percorsi costituzionali**, Padova, n. 3, p. 833-844, 2014.

⁴⁷ Notizie e commenti in COSTANZO, Pasquale. Il fondamento costituzionale della qualità della normazione (con riferimenti comparati e all'Ue). In: COSTANZO, Pasquale. **Studi in memoria di Giuseppe G. Florida**. Napoli: Jovene, 2009, p. 177-190, p. 186 ss.

the Quality of Government Regulation dell'Ocse/Oecd del 9 marzo 1995, rivolta istituzionalmente ai governi e che contiene una *checklist* per lo svolgimento dell'analisi della valutazione *ex ante* della regolamentazione. Ai fini di una valorizzazione della qualità della legge, intesa soprattutto quale ricerca di norme chiare e limitate nella loro ampiezza, che ne facilitino l'applicazione, impedendo la creazione di effetti distorsivi sul mercato e, più in generale, sulla tutela dei diritti fondamentali. Da allora, ovvero dalla raccomandazione Ocse/Oecd (a cui ha fatto seguito quella del 2005: *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*), numerose sono state le iniziative per "legiferare meglio" (come titola la relazione annuale della commissione al Consiglio in sede UE), sia nel diritto europeo che nei singoli stati nazionali, Italia compresa⁴⁸. L'invito, in sede Ocse/Oecd, è quello volto a evidenziare che <<*better regulation means to adopt regulations that meet concrete quality standards, avoids unnecessary regulatory burdens and effectively meet clear objectives*>> che si declina, secondo i documenti comunitari, nell'esigenza di creare un <<*regulatory system [...] more effective, efficient and transparent*>>⁴⁹

Insomma, una politica europea indirizzata anche ai singoli stati nazionali tutta rivolta a fare quello che il sommo Poeta fa dire a Giustiniano: <<D'entro alle leggi trassi il troppo e il vano>> (*Divina Commedia*, Par. VI).

E per trarre il "troppo e il vano" dentro le leggi, e ridurre così l'inflazione e l'inquinamento legislativo, soccorre un'antica proposta che mantiene una sua validità metodologica, e che qui si vuole far cenno. Nel suo libro, *Freedom and Law*⁵⁰, Bruno Leoni propone di rimodulare l'assetto delle fonti del diritto valorizzando quelle del tipo "fatto" piuttosto che quelle del tipo "atto"; lasciare cioè maggiore margine di intervento alle convenzioni, consuetudini, prassi, alle norme non scritte, riducendo la portata di regolazione delle norme atto scritte. Una torsione verso il sistema giuridico di *common law*, che dovrebbe così ridimensionare il metodo della codificazione di stampo romano germanico del *civil law*. Una rivoluzione liberale, certo. Finalizzata a espandere la libertà dell'individuo, a privilegiare il costituzionalismo dei diritti rispetto a quello dei poteri. <<In tutti gli ordinamenti politici contemporanei – sostiene Leoni – ci sono assai più legislazione, assai più decisioni collettive, assai più scelte rigide, e assai meno "leggi

⁴⁸ Per gli sviluppi del diritto comunitario, v. VEDASCHI, Arianna. **Istituzioni europee e tecnica legislativa**. Milano: Giuffrè, 2001; TRUCCO, Lara. La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento. In: CON-STANZO, Pasquale (org.). **La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento**: Strumenti e tecniche nella XVI legislatura. Napoli: Jovene, 2011. Per il caso italiano, v. PAGANO, Rodolfo. **Introduzione alla legistica**: L'arte di preparare le leggi. Milano: Giuffrè, 2004; ALBANESI, Enrico. **Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale**. Napoli: Editoriale scientifica, 2013. Sulle criticità del caso italiano: OECD. **Better regulation in Europe: Italy**. OECD Publishing, jun. 2013. (su cui v. PICCHI, M. **La qualità della normazione in Italia secondo l'OCSE**. Osservatorio sulle fonti, n. 2, 2012).

⁴⁹ Cfr. OECD. **Overcoming Barriers to Administrative Simplification Strategies**: Guidance for Policy Makers. Paris: OECD, 2009. Commissione europea. **Better Regulation for Growth and Jobs in the European Union** (Communication from the Commission to the Council and the European Parliament). [s.l.], 16 mar. 2005).

⁵⁰ LEONI, Bruno. **Freedom and Law**. Macerata: [s.n.], 2000: libro, come noto, pubblicato inizi anni Sessanta in Usa e tradotto in italiano soltanto a metà degli anni Novanta

scritte su tavole viventi”, assai meno decisioni individuali, assai meno scelte libere di quanto sarebbe necessario per conservare la libertà individuale di scelta. [...] Ma sono convinto – afferma ancora Leoni – che più riusciamo a ridurre la vasta area attualmente occupata dalle decisioni collettive nella politica e nel diritto, con tutti i parafernali delle elezioni, della legislazione e così via, più riusciremo a stabilire uno stato di cose simile a quello che prevale nell’ambito del linguaggio, della *common law*, del libero mercato, della moda, del costume, etc., ove tutte le scelte individuali si adattano reciprocamente e nessuna è mai messa in minoranza>>⁵¹.

C’è un altro dato che occorre sottolineare: e cioè che l’eccesso di legislazione svisciva e rattrappisce la crescita economica, perché frena la produttività e la capacità di impresa e di investimento. Troppe leggi, troppe norme, rendono complesso l’avvio di un’attività commerciale o di un’impresa. Diversi studi empirici hanno dimostrato che il sistema di *common law*, invece, è più efficace nel proteggere gli investitori e i creditori. La *common law* è a favore della strategia del controllo sociale, che cerca di sostenere gli esiti del mercato privato, mentre la *civil law* cerca di sostituire tali esiti con allocazioni rispondenti ai desideri dello Stato: la *civil law* è implementatrice di politiche, mentre la *common law* è risoltrice di conflitti⁵². Quindi, l’eccesso di codificazione e di normazione rappresenta un freno, un impedimento allo sviluppo economico, un *vulnus* alla libertà di iniziativa economica privata. Per la ragione che le troppe e vane leggi castrano l’attività di impresa, soffocano il libero dispiegarsi del mercato come ordine spontaneo delle cose. Sparigliano il concetto di costituzionalismo come tecnica della libertà. Il problema, allora, sta nel far sì che lo Stato non abusi del suo potere: ecco perché è necessario controllarlo. O si scrivono poche ed essenziali norme, o si creino le condizioni per far valere pretese, che impongano allo Stato di usare il proprio potere di coercizione, in modo tale che siano rispettati i diritti di proprietà privata. E’ questa la funzione decisiva della *Rule of Law* in economia: sono i diritti di proprietà, ancor più che i diritti umani, a essere fondamentali.

5. ANALISI E VALUTAZIONE DEL “PRODOTTO” LEGISLATIVO

Dalla redazione del testo legislativo, e quindi il *drafting*, si passa alla analisi dell’impatto della regolamentazione. Ovvero si amplia l’intervento sulla qualità della normazione, non riservandolo più solo al modo corretto di scrivere le leggi ma espandendolo alla analisi dell’impatto delle regole sui destinatari, dal punto di vista della semplificazione e della economicità. Si tratta di una tecnica importata in Europa dagli

⁵¹ LEONI, Bruno. **Freedom and Law**. Macerata: [s.n.], 2000, p. 145. Su cui, v. FROSINI, Tommaso Edoardo. **Il costituzionalismo di Bruno Leoni**. Rassegna Parlamentare, [s.l.], n. 4, 2013.

⁵² LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. **The Economic Consequences of Legal Origins**. Journal of Economic Literature, [s.l.], vol. 46, p. 285-332, junho 2008.

Stati Uniti, che hanno introdotto fin dal 1981, con *executive order* n. 12291, l'obbligo di effettuare una *cost-benefit analysis* dei provvedimenti più significativi di *secondary legislation* adottati dalle *federal executive agencies*, con la finalità di razionalizzare il processo decisionale, giustificare l'adozione o il mantenimento di regolazioni, valorizzare il coinvolgimento degli interessati. Dopo gli Usa, si segnala la Gran Bretagna quale Paese che ha saputo valorizzare l'analisi economica della regolazione sotto forma di *compliance cost assessment*, limitata agli *statutory instruments*, per poi prendere le forme di un vero e proprio *impact assessment* (nel 1998), esteso a tutta la regolazione di origine governativa o parlamentare all'origine di un prevedibile impatto sulle imprese e sulle organizzazioni del terzo settore, comprese le proposte di direttive comunitarie e gli interventi di deregolazione⁵³. Quindi, una *better regulation*, che si esprime come una tecnica attraverso la quale gli atti normativi, ovvero le regole che hanno effetto giuridico e quindi non soltanto la legge, devono provare, prima della loro entrata in vigore, di non essere eccessivamente onerose per le persone fisiche e giuridiche: ovvero per la cittadinanza, le imprese e la pubblica amministrazione. Chi scrive e chi approva l'atto regolativo, infatti, deve preventivamente verificare, attraverso un'adeguata analisi dei costi e benefici degli effetti dell'atto sui diversi piani sociale, normativo ed economico, che i benefici derivanti dall'atto siano maggiori dei costi. In tal modo, l'approvazione dell'atto deve risultare più vantaggiosa e preferibile rispetto ad altre decisioni oppure soluzioni. Si assume questa tecnica di analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR) quale modo attraverso il quale si possono conoscere le conseguenze prodotte dalle norme, perché si ritiene che ciò sia <<di fondamentale importanza non solo per la comprensione di quelle in vigore, ma anche per decidere quali norme sarebbe opportuno adottare in futuro>>⁵⁴. Anche per non alimentare l'incertezza del diritto, che genera costi economici: in termini di contenzioso giudiziario; in termini di risorse impiegate dalla pubblica amministrazione per ovviare alle disfunzioni derivanti dall'applicazione delle norme giuridiche; in termini di diffusione della corruzione, che trova terreno fertile nella incertezza della legge che favorisce l'eccesso di discrezionalità della pubblica amministrazione e quindi un uso arbitrario del diritto. Inoltre, l'incertezza del diritto – causata dalla cattiva qualità delle leggi – frena, ostacola e disincentiva la crescita economica e gli investimenti delle imprese nazionali ma soprattutto straniere.

Non si vuole qui entrare nello specifico dell'attività e, soprattutto, delle procedure AIR, che presuppongono una programmazione attraverso una "agenda regolatoria", quale supporto agli strumenti funzionali al perseguimento della qualità delle regole. Ci sono *checklists* che scandiscono le tappe della valutazione dell'impatto della

⁵³ Cfr. DE BENEDETTO, Maria; MARTELLI, Mario; RANGONE, Nicoletta. **La qualità delle regole**. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 68.

⁵⁴ Così, FRIEDMAN, David D. **L'ordine del diritto**: Perché l'analisi economica può servire al diritto. Bologna: Il Mulino, 2004.

regolamentazione attraverso analisi e verifiche normative, finanziarie, socio-economiche dell'innesto regolatorio che si va effettuare; con la promozione di consultazioni, che possono essere riservate (agli *stakeholders*) oppure aperte alla cittadinanza, favorendo altresì il contributo delle *lobbies*, dei portatori di interessi, secondo criteri di trasparenza e condivisione degli esiti⁵⁵. Insomma, una *road map* tutta protesa ad acquisire informazioni preliminari finalizzate a definire il provvedimento e a seguirne l'istruttoria. Questo, in sintesi, il percorso della decisione regolatoria: *a)* ragioni della regolazione; *b)* esigenze economiche e sociali; *c)* obiettivi della regolazione; *d)* consultazione di destinatari; *e)* opzioni regolatorie; *f)* valutazioni delle opzioni; *g)* giustificazioni; *h)* modalità attuative; *i)* modalità di revisione⁵⁶. Vi sono poi, come detto, le ragioni dell'analisi economica del diritto, e quindi se il provvedimento è conveniente ovvero antieconomico; se è utile oppure costoso; qual è il rapporto tra costi e benefici, e quindi una valutazione delle norme non per quello che esse prescrivono ma per l'applicazione che di esse si fa. Secondo un'interpretazione economicamente orientata⁵⁷.

E' questo il punto, che qui si vuole evidenziare. La legge, e più in generale le regole giuridiche come prima indicate, viene a ridimensionare l'interesse verso quello che è la sua portata prescrittiva esaltando piuttosto la sua fattibilità, da un punto di vista del *drafting* e, soprattutto, dal punto di vista dell'impatto economicamente conforme alle finalità e ai destinatari del provvedimento. Cambia, quindi, l'atteggiamento e l'approccio rispetto alla legge, alla regola. Non più un messaggio in generale e in astratto di una ragione normativa che si applicava ai fatti sociali, ma un "prodotto" da ben confezionare da esporre nella vetrina del diritto per immetterlo nel mercato delle regole, conoscendone (o pensando di conoscere) l'impatto che dispiegherà, i rischi che eviterà, i vantaggi che produrrà. La scelta della regola giuridica prescinde dal luogo del diritto cui quella regola appartiene: il luogo dell'atto economico è anodino rispetto alla regola giuridica. E' stato scritto, che <<la possibilità di scegliere la regola giuridica che si reputa più idonea consente di articolare l'offerta e di arricchire di contenuti la dinamica concorrenziale>>⁵⁸. Per quanto suadente questa proposizione lascia perplessi: si ha l'impressione di assistere a un *revival* in termini liberistici, assai più che liberali, di un uso alternativo del diritto. Il diritto usato come bene di consumo, come merce di scambio;

⁵⁵ Sul punto, PETRILLO, Pier Luigi. **Democrazie sotto pressione**: Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato. Milano, Giuffrè, 2011, 340 ss.

⁵⁶ Cfr. DE BENEDETTO, Maria; MARTELLI, Mario; RANGONE, Nicoletta. **La qualità delle regole**. Il Mulino: Bologna, 2011, p. 113 e ss.; v. altresì, NATALINI, Alessandro; TIBERI, Giulia (a cura di). **La tela di Penelope**: Primo Rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica. Bologna: Il Mulino, 2010; ALBANESI, Enrico. **Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale**. Napoli: Editoriale scientifica, 2013, p.169 e ss..

⁵⁷ NAPOLITANO, Giulio; ABRESCIA, Michele. **Analisi economica del diritto pubblico**. Il Mulino: Bologna, 2009.

⁵⁸ Così, ZOPPINI, Andrea. **La concorrenza tra ordinamenti giuridici**. Roma-Bari: Laterza, 2004. (su cui, v. la mia recensione critica nella Rivista **Diritto pubblico comparato ed europeo**, n. 3, 2004)

appiattito e rattrappito per convenienze economiche, sia pure in nome di una concorrenzialità pensata come “capace di generare una corsa verso l'eccellenza”.

6. CONCLUSIONI (PROVVISORIE)

Sono partito da due domande: *a)* la legislazione deve essere sottoposta ad analisi comparativa per consentire un suo miglioramento? *b)* la legge ha ancora un suo valore, ovvero una sua forza cogente, negli stati di democrazia costituzionale? Le risposte sono entrambe affermative, sia pure con intensità argomentative diverse. Nell'età della cd. globalizzazione la comparazione ha sicuramente ancora un suo fondamento, e la legislazione degli stati, per quanto frammentata in nuove e varie fonti, non può e non deve essere privata da un edificante raffronto con le legislazioni straniere. Raffronto che deve insistere sulle differenze, senza cadere nelle accondiscendenti analogie in nome di un processo unificante, che è ben al di là da venire. Quindi, non si può legiferare senza prima comparare; perché chi conosce un solo diritto non conosce nessun diritto. Ho provato a raccontare come e in quale fase deve avvenire il procedimento comparativo nel momento della formulazione legislativa. E questo vale per le cd. micro leggi, che regolano il quotidiano vivere di una comunità, e per le cd. macro leggi, intendendo quest'ultime quelle ad alto contenuto politico oppure etico, che declinano torsioni della forma di stato e di governo. Risultato dell'originalità ed esclusività di queste leggi (come, per esempio, la legge elettorale) è comunque frutto di una comparazione per differenze, che tiene conto della diversità dell'assetto politico-istituzionale di quel dato ordinamento.

Più articolata la risposta, sia pure affermativa, circa il valore e la forza della legge negli stati contemporanei. Certo, significativamente indebolita dall'incapacità di regolare la complessità del reale e le continue trasformazioni dei processi sociali e tecnologici. E quindi in buona parte sostituita da altri modi di normare, dalla *soft law* al diritto dei privati. Ma l'afasia e l'apatia della legge è altresì dovuta alla sua grammatica sgrammaticata, ovvero alla cattiva redazione che determina incomprensione, ambiguità, vaghezza, oscurità e che minaccia la certezza del diritto, l'equilibrio fra i poteri costituzionali, l'efficienza della giustizia, l'osservanza della legge. Ci vuole una igiene legislativa, che metta ordine e pulizia anche attraverso la tecnica legislativa, ovvero il *drafting* e quindi il modo e il metodo per scrivere bene e chiare le leggi. Più cautela occorre mostrare nei confronti delle tecniche, raccolte sotto l'attraente formula della *better regulation*, dell'analisi e valutazione dell'impatto della regolamentazione, laddove si mostrano fin troppo debitorie della logica economica e quindi modellate intorno a un'interpretazione economicamente orientata, che rischia di ridurre la legge a un prodotto come fosse un bene di consumo da immettere nel *free market* dell'ordinamento giuridico globale. Si rischia di andare oltre i confini della legge, riducendo a fatto economico quello

che dovrebbe rimanere un fatto giuridico, espressione di una volontà politica, sia pure attraverso la mediazione di un gruppo più o meno ristretto, ovvero di una “classe politica”⁵⁹. E il carattere della astrattezza e generalità dovrebbe rimanere prevalente rispetto a una presunta omologazione economica, e in futuro <<di dispositivi, meccanici, elettronici, o biologici>>⁶⁰. Al di là di queste (amare) riflessioni conclusive, resta il fatto che la circolazione della legislazione sulla base della comparazione, oggi si registra in prevalenza proprio sulle tecniche riferite alla qualità della legge e alla *better regulation*. Legiferare meglio, e quindi scrivere (e approvare) le leggi in maniera chiara e semplice, attiene anche alla qualità della democrazia, e quindi a rinsaldare il patto sociale fra governanti e governati. Diceva Giorgio Federico Hegel, che non c’è democrazia se le leggi sono appese tanto in alto da non potere essere lette⁶¹.

7. RIFERIMENTI

AINIS, Michele. La chiarezza delle leggi. In: L. Violante (a cura di). **Storia d’Italia**. Annali 14. Legge Diritto Giustizia. Torino: Einaudi, 1998, p. 913; ma v. già AINIS, Michele. **La legge oscura**. Come e perché non funziona, Roma-Bari: Laterza, 1997.

ALBANESI, Enrico. **Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale**. Napoli: Editoriale scientifica, 2013.

AMARI, Emerico. **Critica di una scienza delle legislazioni comparate**, 2 voll. Genova: Rubbettino Editore, 1857.

BENTHAM, Jeremy. **Tratés de législation civile et pénale**. Trd. Etienne Dumont. Paris: Boussange, Masson & Besson, 1802.

CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo Stato. Torino: Einaudi, 2012.

CATTANEO, Mario Alessandro. **Illuminismo e legislazione**. Milano: Comunità, 1966.

CERRINA, Feroni Ginevra e FERRARI, Giuseppe Franco. Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. In CERRINA, Feroni Ginevra e FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di). **Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato**: Modelli comparati e prospettive. Torino: Giappichelli, 2012.

CONTIADES, Xenophon. **Constitutions in the Global Financial Crisis**. A Comparative Analysis. Surrey: Ashgate, 2013.

⁵⁹ Il riferimento è, ovviamente, alla teoria di MOSCA, Gaetano. **Teorica dei governi e governo parlamentare**. Milano: Giuffrè, 1968: <<tutto ciò che nel Governo è parte dispositiva, esercizio di autorità, ed implica comando e responsabilità, è sempre l’attribuzione di una classe speciale [...] che chiameremo classe politica>>

⁶⁰ Paventa questa ipotesi, MONATERI, Pier Giuseppe. **I confini della legge**: Sovranità e governo del mondo. Torino: Bollati Boringhieri, 2014.

⁶¹ HEGEL, Friedrich G. W. **Lineamenti di filosofia del diritto**. Bari: Laterza, 1965.

COSTANZO, Pasquale. Il fondamento costituzionale della qualità della normazione (con riferimenti comparati e all'Ue). In: COSTANZO, Pasquale. **Studi in memoria di Giuseppe G. Florida**. Napoli: Jovene, 2009, p. 177-190.

CONSTANZO, Pasquale (org.). **La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento**: Strumenti e tecniche nella XVI legislatura. Napoli: Jovene, 2011.

CRABBE, Vincent Cyril Richard Arthur Charles. **Legislative Drafting**. London: Cavendish Publishing, 1993.

D'ALESSANDRO, Lucio. **Utilitarismo morale e scienza della legislazione**. Saggio su Jeremy Bentham. Napoli: Guida, 1981.

DE BENEDETTO, Maria; MARTELLI, Mario; RANGONE, Nicoletta. **La qualità delle regole**. Il Mulino: Bologna, 2011.

DICKMANN, Renzo e RINELLA, Angelo (a cura di). **Il processo legislativo negli ordinamenti contemporanei**. Roma: Carocci, 2011.

FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto sconfinato**. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale, Roma-Bari: Laterza, 2006.

FERRARESE, Maria Rosaria. Il diritto comparato e le sfide della globalizzazione. Oltre la forbice differenze/somiglianze. **Rivista Critica del Diritto Privato**, Rioja, vol. 31, n. 3, p. 369-402, 2013.

FERRARI, Giuseppe Franco. Le origini storiche della comparazione pubblicistica. **Diritto pubblico comparato ed europeo**, n. 1, 2012.

FILANGIERI, Gaetano. **La scienza della legislazione** (1780), con *Introduzione* di Vittorio Frosini, cura dei testi di F. Riccobono, 2 volumi, Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1984.

FRIEDMAN, David D. **L'ordine del diritto**: Perché l'analisi economica può servire al diritto. Bologna: Il Mulino, 2004.

FROSINI, Tommaso Edoardo e CASONATO, Carlo (a cura di). **La fecondazione assistita nel diritto comparato**, Torino: Giappichelli, 2006.

FROSINI, Tommaso Edoardo. Sistemi elettorali e sistemi di partito. In: CARROZZA, Paolo; DI GIOVINE, Alfonso e FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di). **Diritto costituzionale comparato**, Roma-Bari: Laterza, 2009.

FROSINI, Tommaso Edoardo. Un diverso paradigma di giustizia: le Alternative Dispute Resolution. **Analisi giuridica dell'Economia**, n. 1, 2011.

FROSINI, Tommaso Edoardo. **Il costituzionalismo di Bruno Leoni**. Rassegna Parlamentare, [s.l.], n. 4, 2013.

FROSINI, Vittorio. **Gesetzgebung und Auslegung**. Baden-Baden: Nomos, 1995.

FROSINI, Vittorio. **La coscienza giuridica. Ritratti e ricordi**. Torino: Giappichelli Editore, 2001.

- FROSINI, Vittorio. **La lettera e lo spirito della legge**, 3. ed. Milano: Giuffrè, 1998, p. 44.
- GLENN, H. Patrick. **Tradizioni giuridiche nel mondo**. La sostenibilità della differenza. Bologna: Il Mulino, 2010.
- GROSSI, Paolo. Globalizzazione, diritto, scienza giuridica. **Foro italiano**, n. 5, p. 152-164, maggio, 2002.
- GROSSI, Paolo. **Società, Diritto, Stato**. Un recupero per il diritto. Milano: Giuffrè, 2006.
- HEGEL, Friedrich G. W. **Lineamenti di filosofia del diritto**. Bari: Laterza, 1965.
- JHERING, Rudolf Von. **Geist des römischen Recht** (1852-1865). 3. ed. Berlin: Litetarishe Zeitung, 1875.
- KARPEN, Ulrich. Law Drafting and the Legislative Process: Outline of a Training Course for Law Drafters. In: MADER, Luzius e MOLL, Chris (eds.). **The Learning Legislator: Proceedings of the 7th Congress of European Association of Legislation**, 31st May-1st June 2006. Baden Baden: Nomos, 2009.
- KUBES: Vladimir. **Theorie der Gesetzgebung**. Wien-New York: Springer, 1987.
- LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. **The Economic Consequences of Legal Origins**. Journal of Economic Literature, [s.l.], vol. 46, p. 285-332, junho 2008.
- LEONI, Bruno. **Freedom and Law**. Macerata: [s.n.], 2000.
- LUPO, Nicola e SCAFFARDI, Lucia (eds.). **Comparative Law in Legislative Drafting**. The increasing importance of dialogue amongst Parliaments. The Netherlands: Eleven International Publishing, 2014.
- LUZZATI, Claudio. Il giurista che cambia e non cambia. **Diritto pubblico**, Bologna, Vol. 19, n. 2, p. 385-440, 2013, p. 397.
- MATTARELLA, Bernardo Giorgio. **La trappola delle leggi**. Molte, oscure, complicate. Bologna: Il Mulino, 2011.
- MERKL, Adolf. **Il duplice volto del diritto**. Il sistema kelseniano e altri saggi, tr.it. di C. Geraci. Milano: Giuffrè, 1987.
- MONATERI, Pier Giuseppe. **Methods of Comparative Law**. Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing, 2012.
- MONATERI, Pier Giuseppe. **I confini della legge**. Sovranità e governo del mondo. Torino: Bollati Boringhieri, 2014.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barone de La Brède e de. **Oeuvres complètes**, a cura di R. Caillois, Paris: Gallimard, 1989.

MORBIDELLI, Giuseppe. **Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012.

MOSCA, Gaetano. **Teorica dei governi e governo parlamentare**. Milano: Giuffrè, 1968.

MOSTACCI, Edmondo. **La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato**. Padova: CEDAM, 2008.

MUIR-WATT, Horatia. Globalization and Comparative Law. in REIMANN, Matias e ZIMMERMANN, Reinhardt (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. New York: Oxford University Press, 2006.

MUSY, Alberto M. **La comparazione giuridica nell'età della globalizzazione**. Riflessioni metodologiche e dati empirici sulla circolazione del modello nordamericano. Milano: Giuffrè, 2004.

NAPOLITANO, Giulio; ABRESCIA, Michele. **Analisi economica del diritto pubblico**. Bologna: Il Mulino, 2009.

NATALINI, Alessandro; TIBERI, Giulia (a cura di). **La tela di Penelope: Primo Rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica**. Bologna: Il Mulino, 2010.

NEW, Chester W. **The life of H. Brougham to 1830**. Oxford: Clarendon Press, 1961.

ZANDER, Michel. **The Law-Making Process**. 2. ed. London: Weidenfeld and Nicolson, 1985.

OECD. **Better regulation in Europe: Italy**. OECD Publishing, jun. 2013.

OECD. **Overcoming Barriers to Administrative Simplification Strategies: Guidance for Policy Makers**. Paris: OECD, 2009.

ÖRÜCÜ, Esin. Comparisons and trans-frontier mobility of law: legal transplants in a comparative perspective. **Percorsi costituzionali**, Padova, n. 3, p. 833-844, 2014.

PAGANO, Rodolfo (a cura di). **Normative europee sulla tecnica legislativa**. Intr. di FROSINI, Vittorio. Roma: Camera dei deputati, 1988.

PAGANO, Rodolfo. Struttura e tecnica della legislazione nell'ordinamento inglese, intr. a Renton Report. **La preparazione delle leggi**. Rapporto presentato al Parlamento inglese (1975). Roma: Camera dei deputati, 1990.

PAGANO, Rodolfo. **Introduzione alla legistica: L'arte di preparare le leggi**. Milano: Giuffrè, 2004.

PALOMBELLA, Gianluigi. **E' possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo**. Bologna: Il Mulino, 2012.

PATCHETT, Keith. **Legislative Drafting in Common Law System**. London: Butterworth and Co., 1989.

PEGORARO, Lucio. **Diritto costituzionale comparato**. La scienza e il método. Bologna: Bononia University Press, 2014.

Percorsi costituzionali: Costituzione e Religione. Padova: CEDAM. n. 2/3, 2013.

PETRILLO, Pier Luigi. **Democrazie sotto pressione:** Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato. Milano, Giuffrè, 2011.

PICCHI, M. **La qualità della normazione in Italia secondo l'OCSE.** Osservatorio sulle fonti, n. 2, 2012.

PIZZORUSSO, Alessandro. Il Renton Report e le prospettive di evoluzione del sistema giuridico inglese. In: GIULIANI, Alessandro e PICARDI, Nicola (a cura di). **L'educazione giuridica.** vol. V: Modelli di legislatore e scienza della legislazione, t. III: La discussione contemporanea, Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 1987.

PREDIERI, Alberto. **Shari'a e Costituzione,** Roma-Bari: Laterza, 2006.

RECCHIA, Giorgio. **Consonanze e dissonanze nel diritto pubblico comparato,** Padova: Cedam, 2000.

RECCHIA, Giorgio. **L'arbitrato nel diritto comparato,** a cura di FROSINI, Tommaso Edoardo. Padova: Cedam, 2014.

Renton Report. **La preparazione delle leggi.** Rapporto presentato al Parlamento inglese (1975), intr. e note di R. Pagano. Roma: Camera dei deputati, 1990.

Renton Report. **The Preparation of Legislation.** Report of a Committee Appointed by the Lord President of the Council. London: Her Majesty's Stationery Office, 1975.

RIDOLA, Paolo. Il "dialogo tra le Corti": comunicazione o interazione? **Percorsi costituzionali,** Padova, n. 3, 273-ss, 2012.

SACCO, Rodolfo. **Il diritto fra uniformazione e particolarismi.** Napoli: Editoriale Scientifica, 2011.

SCAFFARDI, Lucia (a cura di). **Parlamenti in dialogo.** L'uso della comparazione nella funzione legislative. Napoli: Jovene, 2011.

SCAFFARDI, Lucia e WESTON, Elin. The use of Comparative Law in the Legislative Process at Westminster. In: LUPO, Nicola e SCAFFARDI, Lucia (eds.). **Comparative Law in Legislative Drafting.** The increasing importance of dialogue amongst Parliaments. The Netherlands: Eleven International Publishing, 2014.

SCHAEFFER, H. Per una legislazione vicina al cittadino. Le vie per una legge migliore. In: **Liber Amicorum** in onore di Vittorio Frosini, vol. II: Studi giuridici, Milano: Giuffrè, 1999, 261-292.

SERIO, Mario. Gli albori della comparazione giuridica nella "Critica di una Scienza delle legislazioni comparate" (1857) di Emerico Amari. **Annuario di diritto comparato e di studi legislativi,** 411-449, 2012.

SOMMA, Alessandro. **Introduzione al diritto comparato.** Roma-Bari: Laterza, 2014.

TEUBNER, Gunther. **La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione**. L'emergere delle costituzioni civili. Roma: Armando, 2005.

TRUCCO, Lara. La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento. In:

VEDASCHI, Arianna. **Istituzioni europee e tecnica legislativa**. Milano: Giuffrè, 2001.

VERGOTTINI, Giuseppe. **Oltre il dialogo fra le Corti**. Giudici, diritto straniero, comparazione. Bologna: Il Mulino, 2010.

ZACHARIAE, Karl Salomo. **La scienza della legislazione** (1806), a cura di R. Calvo. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2010.

ZOPPINI, Andrea. **La concorrenza tra ordinamenti giuridici**. Roma-Bari: Laterza, 2004.

ZWEIGERT, Konrad e KOTZ, Hein. **Introduzione al diritto comparato**. ed. it. a cura di A. Di Majo e A. Gambaro. Milano: Giuffrè, 1992, p. 7.

WALTER, Robert. Die Lehre von der Gesetzestechnik. **Oesterreich Juristen Zeitung**, n.18, p. 85-90, 1963.

WALTER, Robert. Evoluzione e stato attuale della dottrina dell'interpretazione nella scienza giuridica austriaca. In: **Liber Amicorum** in onore di Vittorio Frosini, vol. II: Studi giuridici, Milano: Giuffrè, 1999.

WEATHERILL, Stephen. **Better Regulation**. Oxford: Hart Publishing, 2007.



La dynamique de la déférence: création et évolution des modèles auto-restrictives de contrôle juridictionnel dans le droit comparé*

The dynamics of deference: the creation and the evolution of deferential standards of judicial review in comparative law

EDUARDO JORDÃO**

Fundação Getúlio Vargas – FGV DIREITO RIO (Brasil)
eduardo.jordao@fgv.br

Recebido/Received: 25.06.2015 / June 25th, 2015

Aprovado/Approved: 27.07.2015 / July 27th, 2015

Résumé

Cet article examine la création et l'évolution des modèles déférentiels de contrôle dans quatre systèmes juridiques (France, Italie, Etats-Unis et Canada). Cette perspective historique servira à démontrer (i) que la position juridictionnelle auto-restrictive peut avoir des significations très distinctes et (ii) que dans certains systèmes juridiques, la déférence est fortement disséminée, alors que dans d'autres, elle se trouve en plein déclin.

Mots-clés: dynamique de la déférence; contrôle juridictionnel; administration publique; création et évolution; droit comparé.

Abstract

This paper examines the creation and the evolution of standards of review in four jurisdictions (France, Italy, United States and Canada). This historical perspective will demonstrate (i) that the judicial self-restraint can have different meanings; and (ii) that while in certain jurisdictions the deferential standards of review are disseminated, in others they are experiencing a clear decline.

Keywords: dynamics of deference; judicial review; public administration; creation and evolution; comparative law.

Como citar esse artigo/How to cite this article: JORDÃO, Eduardo. La dynamique de la déférence: création et évolution des modèles auto-restrictives de contrôle juridictionnel dans le droit comparé. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 111-135, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44531>

* Cet article est une version adaptée d'une section du dernier chapitre de la thèse de l'auteur. La thèse a obtenu le Prix Levy-Ullman de la Chancellerie des Universités de Paris.

** Professeur à l'Ecole de Droit de Rio de Janeiro de la Fundação Getulio Vargas – FGV Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Docteur en Droit Public par l'Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) et l'Università di Roma (Sapienza), en cotutelle.

SOMMAIRE

1. Les circonstances historiques de la création des modèles déférents; **1.1.** L'hypothèse intuitive: le modèle déférent comme instrument de rétraction juridictionnelle; **1.1.1.** L'illustration parfaite du droit canadien; **1.1.2.** Les illustrations moins claires des droits américain et italien; **1.1.2.1.** Le droit américain et la doctrine Chevron; **1.1.2.2.** Le « contrôle faible » des évaluations techniques complexes en Italie; **1.2.** L'hypothèse contre-intuitive: le modèle déférent pour l'élargissement de l'intervention; **1.2.1.** La création du modèle de contrôle restreint en 1961 en France; **2.** L'évolution historique du modèle de contrôle déférent; **2.1.** L'hypothèse de dissémination du modèle déférent; **2.1.1.** L'illustration claire du droit canadien: le déclin du modèle de la correction; **2.1.2.** L'illustration moins claire du droit américain: le mouvement pendulaire; **2.2.** L'hypothèse de déclin ou d'abandon du modèle déférent; **2.2.1.** L'abandon total du contrôle faible en droit italien; **2.2.2.** Le modèle de contrôle restreint français comme « rituel de passage »; **3.** Références.

De nombreuses études comparent l'intensité du contrôle des juges de différentes nationalités sur les décisions de l'administration publique.¹ Les données produites permettent d'identifier une variation dans le degré du « déference »² juridictionnel aux décisions administratives, en révélant des orientations plus ou moins interventionnistes des juges d'un pays donné, face à ses collègues étrangers.

Le fait est que la majorité de ces études adopte une perspective *statique* : elles révèlent des différences *actuelles, courantes* des orientations jurisprudentielles. Cet article propose une perspective différente pour affronter la même problématique : l'examen de la *dynamique* de l'intensité du contrôle juridictionnel, par le biais d'une approche historique sur la *création* et l'*évolution* des modèles déférentiels de contrôle de quatre systèmes juridiques (France, Italie, Etats-Unis et Canada). La perspective historique ou dynamique permet une compréhension plus complète (et plus fiable) de

¹ V., par exemple, ESSENS, Oda; GERBRANDY, Anna; LAVRIJSSEN, Saskia (Ed.). **National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation**. Groningen: Europa Law Publishing, 2009; LI, Zhang. **Le Contrôle Juridictionnel de la Légalité des Actes Administratifs en Chine: Eléments d'Analyse Comparée des Contentieux Administratifs Chinois et Français**. Bruxelles: Bruylant, 2010; BONNARD, Roger. **Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration: Étude de Droit Administratif Comparé**. Paris: Dalloz, 2005; MARCHETTI, Barbara. **Pubblica Amministrazione e Corti negli Stati Uniti: il Judicial Review sulle Amministrative Agencies**. Padova: CEDAM, 2005.

² Dans ce travail, le terme « déference » dénote une *attitude ou un positionnement respectueux*, une *orientation auto-restrictive* de juges ou juges spécifiques. Dans ce sens, affirmer qu'un juge a appliqué la « déference » dans le contrôle juridictionnel d'une décision de l'administration publique signifie que le juge a considéré la solution administrative avec du *respect*. Plus précisément, cela signifie que le juge n'a pas considéré *directement* la question juridique (ou, par exemple, qu'il n'a pas interprété *directement* la législation en cause), mais qu'il a considéré uniquement le *caractère raisonnable, cohérent, logique*, de la décision ou interprétation adoptée par l'autorité administrative. Cela se produit (ou du moins devrait se produire) lorsque les juges appliquent des modèles déférents de contrôle juridictionnel, comme celui du caractère raisonnable au Canada, ou le contrôle faible en Italie, le contrôle restreint en France, ou la doctrine Chevron aux Etats Unis. Dans le sens ici déployé, la déference n'implique pas nécessairement le maintien de la décision administrative: en utilisant n'importe quel des modèles énumérés ci-dessus, il est possible que le juge conclue au final que la décision administrative *n'a pas été*, par exemple, raisonnable, ou permmissible, ou cohérent, ou logique – et qu'il décide de l'annuler. Même dans ces cas, il y aurait eu de la déference juridictionnelle, du moins selon ce sens d'« attitude respectueuse ».

l'orientation adopté par chaque pays en ce qui concerne la relation entre le juge et les autorités administratives.

D'un côté, l'attention à l'évolution jurisprudentielle, surtout dans les droits canadiens et français, laisse transparaître que la position juridictionnelle auto-restrictive peut avoir des *significations historiques* très distinctes. La création d'un modèle de contrôle déferent ne sert pas toujours à exprimer un mouvement de rétraction juridictionnelle ; elle peut aussi (contra-intuitivement) servir à rendre viable un *élargissement* de l'intervention juridictionnelle, dans des domaines qui ne relevaient d'aucun contrôle auparavant.

D'un autre côté, la perspective dynamique accentue la façon par laquelle le modèle de contrôle déferent a fait l'objet d'évolutions différentes dans les systèmes juridiques étudiés : dans certains, il a été fortement disséminé, au point de constituer le modèle de contrôle juridictionnel « standard » ; dans d'autres, il se trouve en plein déclin, en laissant de la place au contrôle juridictionnel non déferent.

L'article est consacré à ces deux analyses. En premier lieu, nous traiterons des raisons historico-jurisprudentielles de la *création* du modèle de contrôle juridictionnel déferent (1). En second lieu, nous nous pencherons sur l'analyse de l'*évolution* du modèle (2).

1. LES CIRCONSTANCES HISTORIQUES DE LA CRÉATION DES MODÈLES DÉFERENTS

Tout d'abord, il convient d'exposer les circonstances qui, dans chaque juridiction, ont conduit à la création d'un modèle de contrôle déferent. Dans l'hypothèse la plus intuitive, ce modèle de contrôle implique un mouvement de *rétraction juridictionnelle*. Dans ce sens, sa création permettrait de restreindre un contrôle juridictionnel qui était trop intense auparavant (1.1). Mais il existe une seconde hypothèse, moins évidente: celle selon laquelle la création d'un modèle de contrôle juridictionnel déferent sert à permettre l'*élargissement* de l'intervention juridictionnelle, dans des domaines qui n'étaient soumis à aucun contrôle auparavant (1.2).

1.1. L'hypothèse intuitive: le modèle déferent comme instrument de rétraction juridictionnelle

L'hypothèse intuitive trouve une illustration très claire au Canada (1.1.1) et des illustrations un peu moins évidentes aux États Unis et en Italie (1.1.2).

1.1.1. L'illustration parfaite du droit canadien

En droit canadien, la création du premier modèle déferent de contrôle (le modèle du caractère manifestement déraisonnable) traduit un mouvement évident de

rétraction juridictionnelle ; elle implique un développement dans la direction d'un contrôle *moins intense* que celui qui avait lieu précédemment. Ce modèle de contrôle a été créé sous l'affaire CUPE, en 1979³. L'initiative correspond à une réaction de la Cour suprême vis-à-vis d'une attitude progressivement interventionniste des organes juridictionnels inférieurs⁴.

La situation avait conduit à une claire insatisfaction de l'administration publique et du Parlement. En guise de réponse, le Parlement avait renforcé la promulgation de législations contenant les dénommées « clauses privatives », qui sont des dispositions tendant à restreindre l'intervention juridictionnelle. Ces clauses établissaient, par exemple, que les décisions d'une autorité administrative donnée étaient « finales et conclusives » ou les excluait de façon directe et explicite du contrôle juridictionnel. Mais cette intervention du Parlement n'avait pas engendré l'effet souhaité. Les juges se sont mis à contourner cet obstacle par le biais de l'interprétation selon laquelle les clauses privatives ne couvraient pas des « questions juridictionnelles », lesquelles seraient toujours soumises à un contrôle juridictionnel non déferent⁵. Par la suite, les questions juridictionnelles ont été interprétées de manière large, servant de fondement théorique dont le mouvement juridictionnel avait besoin.

Ainsi, la situation d'un haut interventionnisme a subsisté, accompagnée également de l'insatisfaction des pouvoirs exécutif et législatif.⁶ Dans l'affaire CUPE, la Cour

³ Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 v. New Brunswick (Liquor Corp.), [1979] 2 SCR 227

⁴ MULLAN, David J. Recent developments in administrative law – The apparent triumph of deference! **Canadian Journal of Administrative Law and Practice**, v. 12, n. 2, p. 191-, 1998. p. 192.

⁵ LANGILLE, Brian. Judicial review, judicial revisionism and judicial responsibility. **Revue Générale de Droit**, Ottawa, v. 17, n. 1-2, p. 169-192, 1986. p.189-190: « Insofar as a privative clause stood in the way of the Court's inflicting their own views upon the parties the « comforting conceptualism of jurisdiction » offered a right of passage into forbidden territory. (...) What is crucial is that the bottom line was a major invasion by the courts of the decisionmaking processes established by national labour law policy, and the thwarting of those processes and of that policy as a result. Thus we became witnesses to a familiar and recurring bit of institutional choreography - a labour board or arbitration decision - judicial review quashing the decision - legislative overruling of the judges ».

⁶ D'un point de vue théorique, la période d'hostilité juridictionnelle vis-à-vis de l'administration publique était liée à une forte influence de l'individualisme et de la méfiance vis-à-vis de l'État administratif. V. J. WILLIS, John. Three approaches to administrative law: the judicial, the conceptual and the functional. **The University of Toronto Law Journal**, Toronto, v. 1, p. 53-81, 1935. p. 60; RISK, Richard C. B. *In Memoriam: John Willis*. **The University of Toronto Law Journal**, Toronto, v. 47, p. 301-304, 1997. p. 303; et DYZENHAUS, David. The logic of the rule of law: lessons from Willis. **The University of Toronto Law Journal**, Toronto, v. 55, n. 3, p. 691-714, jun./sept. 2005. p. 691. Ces tendances ont significativement pris corps dans la doctrine de Albert Venn Dicey, professeur de l'Université d'Oxford et ardent opposant de l'existence d'un « droit administratif ». L'objection de DICEY au droit administrative et sa phrase classique sont bien connues: « In England we know nothing of administrative law, and wish to know nothing about it ». Pour cet auteur, l'administration publique devait être soumise au même droit qui régissait l'action des personnes privées. La soumission à un droit spécial serait une forme injustifiée de privilège. Dans une affaire, le juge Wilson de la Cour suprême du Canada a classifié Dicey comme « remarkably influential » en droit administratif canadien (v. *American Farm Bureau Federation v. Canadian Import Tribunal* (sub nom. *National Corn Growers Association v. Canada* (Import Tribunal)), [1990] 2 S.C.R. 1324 at 1332). Dicey concentrait entre les mains du Pouvoir Judiciaire le rôle de grand défenseur de l'État de droit et proclamait la pertinence d'une forte intervention juridictionnelle afin d'éviter des arbitrarités administratives.

suprême a décidé de mettre une fin à une telle situation, en annonçant et en inaugurant une ère nouvelle reposant sur davantage de restrictions pour les juges. Bien entendu, dans ces décisions précédentes, la Cour suprême avait déjà suggéré que l'auto restriction juridictionnelle pourrait être préférable⁷. Mais, dans ce cas, cela est fait de manière explicite pour la première fois. Il y a un extrait célèbre du juge Dickson affirmant que les juges ne doivent pas chercher à faire passer comme étant juridictionnelles des questions qui le sont de manière incertaine, dans le seul but d'exercer un contrôle plus intense⁸. Il s'agit d'une condamnation explicite des manœuvres qui étaient faites par les juridictions inférieures afin d'attirer un contrôle plus intense.

Le jugement en soi est un libellé en faveur de la déférence juridictionnelle à l'administration publique. La Cour suprême fait d'importantes considérations sur la manière dont la procédure décisionnelle des agences diffère de la procédure décisionnelle des organes juridictionnels, en comprenant notamment la mise en balance de différents intérêts publics conflictuels⁹. Elle souligne encore la façon par laquelle les décisions des agences comprennent souvent des choix également raisonnables, face à l'ambiguïté de la rédaction de la norme¹⁰. Étant donné cette ambiguïté et la possibilité d'en dégager différentes solutions raisonnables, la question pertinente devient celle de savoir quelle est l'institution la mieux adaptée pour effectuer des tels choix.

L'affaire CUPE avait trait à l'interprétation d'une disposition de la législation du travail contrôlée par une agence administrative, relevant du « cœur » de sa compétence. Pour cette raison, conformément à la Cour suprême, l'agence avait même le «

⁷ *Service Employees, International Union, Local 333 v. Nipawin District Staff Nurses' Assn.*, [1975] 1 SCR 382 ; *Jacmain v. Canada (Attorney General)*, [1978] 2 SCR 15.

⁸ *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 v. New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at 233: « With respect, I do not think that the language of « preliminary or collateral matter » assists in the inquiry into the Board's jurisdiction. One can, I suppose, in most circumstances subdivide the matter before an administrative tribunal into a series of tasks or questions and, without too much difficulty, characterize one of those questions as a « preliminary or collateral matter ». [...] The question of what is and is not jurisdictional is often very difficult to determine. The courts, in my view, should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so ».

⁹ *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 v. New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at 235-236: « The usual reasons for judicial restraint upon review of labour board decisions are only reinforced in a case such as the one at bar. Not only has the Legislature confided certain decisions to an administrative board, but to a separate and distinct Public Service Labour Relations Board. That Board is given broad powers—broader than those typically vested in a labour board—to supervise and administer the novel system of collective bargaining created by the *Public Service Labour Relations Act*. The Act calls for a delicate balance between the need to maintain public services, and the need to maintain collective bargaining. Considerable sensitivity and unique expertise on the part of Board members is all the more required if the twin purposes of the legislation are to be met ».

¹⁰ Telle était d'ailleurs la situation dans l'affaire même. La Cour examine le caractère raisonnable de chaque interprétation contenue dans les pièces du procès. Elle procède de cette manière non pour démontrer qu'une interprétation est plus correcte que l'autre, mais pour montrer que l'interprétation de l'agence est au moins aussi raisonnable que l'interprétation alternative suggérée par la Cour d'appel. Cf. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 v. New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at 242.

droit de se tromper¹¹ ». En ayant un tel « droit de se tromper », la seule situation qui permettrait les juges d'annuler la décision serait dans le cas d'une mesure « manifestement déraisonnable » (*patent unreasonableness*). Il s'est créé ainsi un nouveau modèle de contrôle, bien moins interventionniste que le modèle de la correction (*correctness*), qui jusqu'alors était le seul existant.

Le contexte historique de la décision et son argumentation ont permis de clarifier que l'objectif de la Cour suprême était celui de faire passer un message clair afin de réduire l'interventionnisme juridictionnel¹². Dans ce sens, le vote du juge Dickson, qui a emporté l'adhésion de la majorité des membres du jugement, fait mention de la nécessité de respecter le choix du législateur et de laisser aux seuls soins des agences spécialisées la charge d'adopter certaines décisions. Ensuite, il fait référence à la « considérable sensibilité et expertise unique » des membres de la direction des agences, outre l'importance d'une prise de décisions rapide¹³. Selon les mots d'Audrey Macklin, « CUPE a transformé la base conceptuelle du contrôle substantif par le biais d'une reformulation de la relation institutionnelle entre les juges et l'état administratif (...) [la décision] signale une rupture radicale par rapport aux modes de contrôle juridictionnel existants, en plaidant en faveur d'un recul de l'interventionnisme du passé¹⁴ ».

¹¹ Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 v. New Brunswick (Liquor Corp.), [1979] 2 SCR 227 at 236: « The interpretation of s. 102(3) would seem to lie logically at the heart of the specialized jurisdiction conferred to the Board. In that case, not only would the Board not be required to be « correct » in its interpretation, but one would think that the Board was entitled to err and any such error would be protected from review by the privative clause in s. 101 ».

¹² CUPE a été décidé à la même année que *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Reg. Police Comms.*, [1979] 1 S.C.R. 311, qui instaurait une ère de contrôle procédural plus intense. Mais au lieu de les considérer comme des messages contradictoires, il est possible de les concilier autour d'une interprétation selon laquelle la Cour suprême commandait un moindre contrôle substantiel et un plus grand contrôle procédural. Dans ce sens, v. DYZENHAUS, David. The politics of deference: judicial review and democracy. In: TAGGART, Michael (ed.). **The Province of Administrative Law**. Oxford: Hart Publishing, 1997. p. 287

¹³ Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 v. New Brunswick (Liquor Corp.), [1979] 2 SCR 227 at 235-236.

¹⁴ A MACKLIN, Audrey. Standard of review: the pragmatic and functional test. In: FLOOD, Coleen; SOSSIN, Lorne (Eds.). **Administrative Law in Context**. Toronto, Emond Montgomery, 2008. p. 206. L'autuer va au-delà: « Most importantly, [CUPE] conveyed a spirit of curial deference, a recognition that administrative decision-makers are not merely 'inferior tribunals', but specialized bodies that possess a legislative mandate to apply their expertise and experience to matters that they may be better suited to address than the 'ordinary court' » (*idem*, p. 204). Pour une vision contraire, en soulignant ce qui serait une renaissance de l'interventionnisme à partir des années 1980, v. LANGILLE, Brian. Judicial review, judicial revisionism and judicial responsibility. **Revue Générale de Droit**, Ottawa, v. 17, n. 1-2, p. 169-192, 1986. Dans une perspective plus générique, la consécration d'une orientation déférentielle au Canada, implique une victoire de l'État Administratif. Elle constitue une valorisation des autorités administratives décentralisées, qui ont proliféré rapidement surtout à partir des années 40 du dernier siècle. La décision de la Cour suprême sous l'affaire CUPE est, ainsi, informée par une vision spécifique anti-individualiste et transmet l'intention de faciliter l'intervention étatique dans le domaine social et de promouvoir l'efficacité administrative. Dans ce sens, v. DYZENHAUS, David. The logic of the rule of law: lessons from Willis. **The University of Toronto Law Journal**, Toronto, v. 55, n. 3, p. 691-714, jun./sept. 2005. p. 694; DYZENHAUS, David; FOX-DECENT, Evan. Rethinking the process/substance distinction: *Baker versus Canada*. **The University of Toronto Law Journal**, Toronto, v. 51, n. 3, p. 193-242, jun./sept. 2001. p. 203: « The same

1.1.2. Les illustrations moins claires des droits américain et italien

Aux États Unis et en Italie, on trouve des exemples de l'hypothèse la plus intuitive, selon laquelle la création du modèle défèrent de contrôle traduit un mouvement de *rétraction* juridictionnelle. Cependant, l'illustration fournie par ces deux autres systèmes juridiques n'est pas si évidente. Cela se doit au fait que, dans ces cas, le contexte qui a précédé ces initiatives n'était pas d'interventionnisme clair et polémique, comme c'était le cas au Canada. En tout cas, la lecture de leurs décisions juridictionnelles les plus importantes rend évidents les appels à l'auto restriction.

1.1.2.1. Le droit américain et la doctrine *Chevron*

Dans le cas américain, la référence nécessaire est toujours la doctrine *Chevron*. Elle constitue un exemple d'initiative tendant à instituer un standard jurisprudentiel de respect aux options de l'administration publique – et, donc, un standard de l'auto restriction juridictionnelle. Au contraire du cas canadien, cependant, le contexte qui précédait *Chevron* n'était pas exactement celui d'une grande intervention juridictionnelle, mais d'*inconsistance* jurisprudentielle¹⁵. Les juges appliquaient de manière désordonnée un contrôle tantôt intense, tantôt restreint des interprétations législatives de l'administration publique, sans consacrer aucun critère précis¹⁶. Ainsi, *Chevron* ne vient pas mettre fin à une ère de contrôle intense de l'administration publique, à l'instar de CUPE. Son objectif est de mettre fin aux incertitudes relatives à l'intensité précise du contrôle juridictionnel qui devait avoir lieu dans ces hypothèses.

Sous cette réserve, il est clair que la célèbre décision de la Cour suprême américaine a un penchant pour l'auto restriction juridictionnelle, en transmettant une détermination aux juges américains afin qu'ils évitent les excès au moment d'effectuer leur

basic urge that led to CUPE - the urge on the part of progressive judges to install within the Court's jurisprudence a recognition of the legitimacy of the administrative state ».

¹⁵ Il convient de noter toutefois l'opinion de K. WERHAN. Cet auteur interprète *Chevron* comme étant l'une des évidences les plus significatives du mouvement néoclassique du droit administratif américain – et considère que ce mouvement constitue une réaction aux excès de l'activisme juridictionnel des années 1960 et 70: « I argue that the *Chevron* decision's primary importance lies in its leading role in the Supreme Court's recent rejection of the traditional model of administrative law and its ongoing experiment to fashion a replacement paradigm. (...) I label this new paradigm the « neoclassical model », in order to suggest its apparent appeal to the Court. The neoclassical model seeks to unite the classical distinction between law and policy with a post-modern skepticism about the competence and integrity of courts to oversee agency decisionmaking. [...] The model surfaced in the late 1970s and gained momentum during the 1980s. This followed a period of intense judicial activism, roughly from the mid-1960s to mid-1970s, when courts assumed a major responsibility for ensuring the openness of agency decisionmaking processes and the soundness of the decisionmaking itself. The neoclassical model represents not only a reaction to the excesses of that activism, but also a severe over-reaction that aims to overturn and replace the traditional model of administrative law as well » (in WERHAN, Keith. *The neoclassical revival in administrative law*. **Administrative Law Review**, Washington, v. 44, n. 3, p. 567-628, dec.1992. p. 567-568.

¹⁶ Sur le sujet, v. T MERRILL, Thomas W. The story of *Chevron*: the making of an accidental landmark. In: STRAUSS, Peter (Ed.). **Administrative Law Stories**. New York: Thomsom/West, 2006. p. 413.

contrôle. C'est la raison pour laquelle, dans son extrait le plus classique, il est affirmé que dans les hypothèses dans lesquelles une question donnée n'aura pas été déjà clairement résolue par la législation pertinente (en raison d'une ambiguïté ou du silence législatif), « le juge ne doit pas *simplement imposer* sa propre interprétation de la loi »¹⁷, mais seulement évaluer si l'interprétation fournie par l'autorité administrative est permise. Le choix de mots laisse évidente l'exhortation à la retenue juridictionnelle¹⁸.

Ce penchant est clair aussi dans les différents passages où la Cour suprême considère les avantages institutionnels des autorités administratives dans la résolution de certaines questions, en fonction principalement de leur expertise et leur légitimité démocratique plus grande¹⁹. À la rigueur, une des contributions les plus importantes de Chevron a été de redéfinir le lien entre les juges et les autorités administratives, et d'éclaircir la distribution de compétences²⁰. Elle a éclairci ainsi que, dans le cas des législations administrées par les agences, le rôle des juges est limité. Dans les cas d'ambiguïté législative, il n'est pas nécessaire que l'interprétation administrative soit la « seule possible ou même la meilleure », dès lors qu'il lui suffit d'être *permise* pour que le juge soit empêché d'y interférer²¹.

¹⁷ Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837, 843-843 (1984).

¹⁸ Dans ce sens, T. MERRILL affirme que « in the pre-Chevron period, deference to executive interpretations required special justification ; independent judgment was the default rule. Under Chevron, the court must initially establish whether the issue is suitable for independent judicial resolution ; if it is not, the court automatically shifts into a deferential mode. As a result, independent judgment now requires special justification, and deference is the default rule ». MERRILL, Thomas W. Judicial deference to Executive precedent. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 101, n. 5, p. 969-1041, mar. 1992. p. 977.

¹⁹ Voir, par exemple, Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837, 864-866 (1984): « Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government. Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but not on the basis of the judges' personal policy preferences. In contrast, an agency to which Congress has delegated policymaking responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration's views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy choices - resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities ».

²⁰ SUNSTEIN, Cass R. Law and administration after Chevron. **Columbia Law Review**, New York, v. 90, n. 8, p. 2071-2120, dec. 1990. p. 2078-2079: « Before the rise of the regulatory state, the allocation of authority between the executive branch and the judiciary was relatively clear: it was for the courts, not the executive, to « say what the law is », at least in litigated cases. This understanding extended to interpretation of statutes no less than to interpretation of the Constitution. Most statutory disputes did not involve the executive branch as a party. Since government almost always acted without the mediation of a policy-making, fact-finding administrative agency, it was only natural that questions of statutory meaning would be decided by the courts. (...) All this was changed by the creation in the twentieth century of a massive administrative apparatus, which was of course a self-conscious repudiation of regulation through the judiciary. For the twentieth century reformers, courts lacked the flexibility, powers of coordination, initiative, democratic accountability, and expertise necessary to deal with complex social problems ».

²¹ Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837, 843 n.11 (1984): « The court need not conclude that the agency construction was the only one it permissibly could have adopted to uphold the construction, or even the reading the court would have reached if the question initially had arisen in a judicial proceeding ».

1.1.2.2. Le « contrôle faible » des évaluations techniques complexes en Italie

En Italie, la meilleure référence est certainement celle du contrôle dit faible (*sin-dacato debole*). La création de ce modèle de contrôle peut être bien identifiée dans le temps, contrairement à ce qui se passe dans les cas du modèle de contrôle déferent encore aujourd'hui applicable à la discrétionnalité administrative, et du modèle de contrôle déferent qui s'appliquait auparavant aux cas de la discrétionnalité dite technique. Effectivement, le premier registre de référence du *Consiglio di Stato* au modèle de contrôle « faible » a eu lieu en 2001. Lors de jugements ultérieurs, le *Consiglio di Stato* a éclairci qu'il fallait l'appliquer aux hypothèses d'« évaluations techniques complexes » (*valutazioni tecniche complesse*) – concept nouveau également. Cette détermination plus précise dans le temps permet une analyse plus riche et exacte des circonstances qui ont motivé la création du modèle déferentiel.

Cela dit, il convient de reconnaître que la situation jurisprudentielle confuse que l'Italie a connue entre 1999 et 2001 rend difficile d'affirmer quel type de contrôle était appliqué auxdites évaluations techniques complexes avant les décisions rendus sous l'affaire *Fornambiente*²², qui a créé le modèle de contrôle faible, et sous l'affaire *RC Auto*²³, qui l'a développé. La première raison provient du fait que cette catégorie (évaluations techniques complexes) n'existait même pas dans le vocabulaire juridictionnel administratif. Elle sert à désigner les cas dans lesquels la décision administrative comprend, conjointement, des éléments de discrétionnalité pure (dans le sens classique de la mise en balance d'intérêts publics conflictuels) et ce qui est appelé discrétionnalité technique. Le problème réside sur le fait que la discrétionnalité pure était (et l'est toujours) soumise à un contrôle juridictionnel limité, tandis que la surnommée discrétionnalité technique paraissait se trouver, depuis le *revirement* de 1999, soumise à un contrôle illimité. Dans ce sens, à l'instar du cas américain, la décision du *Consiglio di Stato* sous l'affaire *Formambiente* ne vise pas à réformer la jurisprudence en vigueur, mais à l'éclaircir. Malgré cela, comme aux États-Unis, cet éclaircissement suffit à démontrer un penchant en faveur de l'exhortation à la retenue juridictionnelle.

La première mention du contrôle faible a eu lieu sous l'affaire *Formambiente*²⁴. Il s'agissait de la contestation juridictionnelle d'une décision du Comité technique forestier, qui avait empêché l'édification sur des zones soumises à des restrictions pour des raisons hydrogéologiques. La décision a été annulée par le Tribunal Administratif Régional, qui a suivi l'avis de l'expert de la justice pour conclure que, contrairement à ce que l'autorité administrative supposait, la zone en cause était propre à l'édification. Le *Consiglio di Stato* a annulé la décision du Tribunal Administratif Régional et a réta-

²² Cons. St., Sez. IV, 06 ottobre 2001, n. 5287.

²³ Cons. St., Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

²⁴ Cons. St., Sez. IV, 06 ottobre 2001, n. 5287.

bli la décision administrative. Il a affirmé que la décision comprenait une *évaluation technique complexe* et que, dans ces cas, le contrôle juridictionnel est « faible », en se limitant à évaluer le caractère raisonnable des choix effectués par l'administration²⁵. L'argumentation du *Consiglio di Stato* inclut une réprimande au Tribunal Administratif Régional pour être allé au-delà de ce qu'il aurait dû faire. Tel est sans doute le premier aspect pertinent vis-à-vis des buts de la présente section.

Quant au second aspect pertinent, il convient d'attirer l'attention sur le fait que le *Consiglio di Stato* a justifié la nécessité de l'application d'un contrôle déférent (qu'il a dénommé de « faible ») en fonction des avantages institutionnels comparatifs de l'administration publique, par rapport aux juges. Le *Consiglio di Stato* observe alors que la difficulté à séparer conceptuellement les considérations d'opportunité et les discussions techniques subjectives s'accroît dans les cas pour lesquels les évaluations présentent une nature d'objective complexité, liées à l'importance des intérêts en jeu. Dans ces cas, le législateur attribue normalement du pouvoir décisif à des entités de l'administration « dotées d'une particulière légitimation, à la lumière de leur composition et de leur qualification technique²⁶ ». Il convient de noter que le *Consiglio di Stato* parle de « particulière légitimation », afin de souligner également une plus grande légitimation de l'Administration que celle du juge, en ce qui concerne la prise de ces décisions importantes. Tel était aussi le cas du Comité technique forestier.

²⁵ Cons. St., Sez. IV, 06 ottobre 2001, n. 5287, point 8: « Il giudice è stato qui chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di una delibera di autorizzazione che era stata presa sulla base di una valutazione di natura complessa, che ha abbracciato la consistenza del vincolo idrogeologico gravante sull'area, l'estensione e la specifica collocazione del terreno della società e le possibili conseguenze che sarebbero derivate dal disboscamento a scopo edificatorio: in breve, sia considerazioni collegate ad un giudizio tecnico opinabile sia considerazioni di opportunità amministrativa. Nel dirimere una controversia annoverabile, secondo tradizione, in quelle collegate al controllo della c.d. discrezionalità tecnica, il giudice non si è limitato a censurare le valutazioni tecniche (non giuridiche) che erano apparse sicuramente inattendibili ed irragionevoli, ma ha direttamente sostituito la valutazione tecnica sviluppata nel processo a quella effettuata dall'amministrazione. Si è compiuto, a ben vedere, un controllo di tipo « forte », che si traduce in un potere sostitutivo del giudice, il quale si spinge fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'amministrazione. Mentre il controllo di tipo « debole » avrebbe richiesto che le cognizioni tecniche acquisite grazie al consulente fossero utilizzate solo allo scopo di effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa. Ebbene, nel caso di specie, un controllo di tipo « forte » non poteva legittimamente svolgersi ».

²⁶ Cons. St., Sez. IV, 06 ottobre 2001, n. 5287, point 9-10: « In secondo luogo, deve tenersi in debito conto che la difficoltà di separare concettualmente tra opinabilità ed opportunità amministrativa è accentuata proprio nei casi in cui la valutazione presenta caratteri di obiettiva complessità, collegata alla rilevanza di interessi di rango primario ; interessi protetti da norme costituzionali destinate a prevalere nel giudizio di bilanciamento che le contrappone all'interesse dedotto dal ricorrente, anch'esso di sicura ascendenza costituzionale grazie al disposto dell'art.113 Cost.. L'emersione di siffatti interessi, inoltre, induce il legislatore primario ad affidare il potere di provvedere ad articolazioni dell'amministrazione che si assumono dotate di una peculiare legittimazione, alla luce della composizione e qualificazione tecnica. (...) E', infine, univoca la scelta legislativa che, in coerenza col principio di buon andamento dell'attività amministrativa, demanda la valutazione ad un organo che si configura come dotato di una specifica competenza, funzionale alla corretta salvaguardia del vincolo. In questo settore la legge ha assunto al rango di interesse pubblico un interesse che ha anche valenza tecnico-scientifica e ne ha attribuito la cura ad una particolare autorità amministrativa ».

Les considérations institutionnelles qui ont justifié cette restriction juridictionnelle ont été développées dans plusieurs affaires ultérieures. Dans ces affaires, l'argumentation a toujours été dans le sens d'expliquer pourquoi un contrôle déférent serait préférable ou plus opportun²⁷. Il devient donc évident qu'en Italie, le contrôle faible a été créé pour *limiter* l'intervention juridictionnelle sur certaines décisions administratives.

1.2. L'hypothèse contre-intuitive: le modèle déférent pour l'élargissement de l'intervention

La section ci-dessus a démontré que la création d'un modèle de contrôle déférent peut servir à faire passer un mouvement de rétraction juridictionnelle. La perspective du droit français en est totalement distincte. Dans ce pays, le modèle déférent de contrôle juridictionnel (appelé contrôle minimum ou restreint) a été créé pour permettre une intervention juridictionnelle réduite aux matières qui auparavant n'étaient soumises à aucun contrôle juridictionnel. Cela signifie que la fonction historique du contrôle restreint en France est celle de permettre une *augmentation* du contrôle juridictionnel, bien que cette augmentation n'implique pas l'adoption d'un contrôle non déférent. En d'autres mots, la création du modèle de contrôle déférent en France ne traduit pas un mouvement de rétraction, mais d'*avance*, d'*intensification* ou d'*élargissement* du contrôle exercé par le juge sur l'administration publique.

1.2.1. La création du modèle de contrôle restreint en 1961 en France

Le modèle de contrôle restreint a été adopté pour la première fois sous l'affaire *Lagrange*, en 1961²⁸. Sa création a permis au Conseil d'État de soumettre les décisions administratives relatives à l'équivalence de fonctions exercées par des agents publics à un *certain* contrôle juridictionnel. La matière relevait auparavant d'une large discrétionnalité administrative, en n'étant soumise à aucune surveillance juridictionnelle. À partir de l'affaire *Lagrange*, la jurisprudence administrative peut au moins censurer les erreurs les plus grossières ou les plus évidentes de l'administration publiques – appelées « erreurs manifestes d'appréciation ».

²⁷ Voir, par exemple, Cons. St., Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, point 1.3.1, dans lequel le *Consiglio di Stato* affirme que l'autorité de la concurrence a une composition et une qualification technique particulières, outre le fait de bénéficier d'un haut degré d'autonomie et d'indépendance, raisons pour lesquelles le contrôle juridictionnel exercé sur ses évaluations techniques complexes devait se limiter à une évaluation de leur caractère raisonnable. Voir aussi Cons. St., Sez. VI, 01 ottobre 2002, n. 5156, points 6 et 9, dans lesquels le *Consiglio di Stato* reproche au TAR de Lazio d'avoir effectué un contrôle fort sur l'existence de position dominante, évaluation qui doit être réservée à l'autorité de la concurrence, autorité « neutre » et « légitime », dotée de caractéristiques institutionnelles qui la rendent mieux adaptée que les juges pour effectuer des jugements techniques et des pronostics.

²⁸ CE, 15 février 1961, *Lagrange*. R. ODET conteste cette information dominante, en affirmant que ce contrôle avait déjà été appliqué lors de la décision CE 13 novembre 1953, *Denizet* (in *Contentieux administratif*, Paris, Institut d'Études Politiques de Paris, 1971, pp. 1560 et suivantes).

Les deux décennies suivantes ont été marquées par des mouvements similaires dans des divers domaines de l'action administrative. Quelques exemples peuvent illustrer cette affirmation. En 1973, le Conseil d'État a décidé de soumettre à un contrôle restreint les interdictions administratives de publications étrangères²⁹. Ces mesures étaient considérées avant comme l'expression de la *haute police administrative* et, par conséquent, échappaient à tout contrôle juridictionnel. Le changement de cette jurisprudence a suivi l'exhortation du commissaire du gouvernement Braibant. Dans ses conclusions, il a observé qu'à l'époque déjà, le contrôle restreint paraissait totalement disséminé, et a suggéré au Conseil d'État d'étendre cette solution à la police administrative relative aux publications étrangères, notamment en fonction du risque de violation de libertés fondamentales³⁰. Deux années plus tard, le contrôle restreint a également commencé à atteindre les appréciations d'existence d'une menace à l'ordre public dans le cas de la présence d'un étranger, d'origine non communautaire, sur le sol français³¹ – situation qui elle-aussi échappait à la surveillance juridictionnelle³². En 1978, en revenant sur une extensive jurisprudence dans le sens contraire³³, le Conseil d'État admet pour la première fois l'analyse de l'erreur manifeste en cas de sanction disciplinaire³⁴.

²⁹ CE, 2 nov. 1973, SA Librairie François Maspero, Requête n° 82590.

³⁰ Après avoir commenté le stage dans lequel se trouvait la jurisprudence en la matière (échappant jusqu'alors au contrôle juridictionnel), le commissaire du gouvernement M. Braibant a conclu à ceci : « Le moment nous paraît venu d'aller au delà de cette jurisprudence traditionnelle. Sans doute ne peut-il être question pour le juge de substituer son appréciation à celle de l'autorité administrative lorsque cette autorité dispose d'un pouvoir discrétionnaire, que vous définissez précisément comme un pouvoir d'appréciation. Mais il y a déjà douze ans que vous avez étendu votre contrôle en la matière en utilisant la notion d'erreur manifeste d'appréciation : le pouvoir discrétionnaire comporte le droit de se tromper, mais non celui de commettre une erreur manifeste c'est-à-dire à la fois apparente et grave. Le champ d'application de cette jurisprudence nouvelle c'est [sic] peu à peu étendu aux domaines les plus variés, de sorte que l'on peut se demander si elle n'a pas aujourd'hui un caractère général. Vous l'avez appliqué à des appréciations aussi difficiles que celles de la valeur d'un fonctionnaire ou de la nocivité d'un produit. Mais vous ne l'avez pas encore employé dans le domaine des mesures de police sinon seulement vous n'avez jamais annulé une telle mesure sur ce terrain, mais vous n'en avez même pas réservé expressément la possibilité. Seul le tribunal administratif de Paris s'est jusqu'à présent engagé dans cette voie en évoquant l'éventualité d'une annulation pour une erreur manifeste d'appréciation à propos de l'interdiction faite à un étranger de pénétrer sur le territoire français (...) Nous vous proposons de faire vôtre cette solution. Le domaine de la police est sans doute celui dans lequel le contrôle du juge est le plus nécessaire parce qu'il touche à des libertés fondamentales ». V. conclusions du commissaire du gouvernement BRAIBANT sous la décision CE, 2 nov. 1973, SA Librairie François Maspero, Requête n° 82590.

³¹ CE, 3 fév. 1975, Min. intérieur c. Pardov, Requête n° 94108.

³² V., dans ce sens, par exemple, CE 13 juin 1952, Meyer.

³³ L'arrêt de principe était CE 22 nov. 1967, Dlle Chevreau, décidé après la création du modèle de contrôle restreint en 1961. En l'espèce, le Conseil d'État a refusé de vérifier l'adéquation de la sanction disciplinaire maximum appliquée par l'*Assistance Publique de Paris* à une faute prétendument non lourde d'un infirmier. L'application d'un contrôle restreint avait été suggérée par le commissaire du gouvernement Kahn, mais n'a pas été acceptée par le Conseil d'État. L'orientation a été confirmée ultérieurement dans la décision CE 28 avril 1976, Gorin T. ; CE 2 juin 1976, Dame de Robert ; CE 1er octobre 1976, Soucasse.

³⁴ CE Sect. 9 juin 1978, Lebon, Requête n° 05911. Il s'agissait de l'examen de la proportionnalité de la sanction de la mise en retraite obligatoire d'un instituteur accusé de comportements contraires à la morale et aux bonnes moeurs à l'encontre d'élèves de sa classe.

Dans ce cas, le commissaire du gouvernement Bruno Genevois a repris les raisons qui avaient été écartées dans les affaires précédentes par le Conseil d'État, afin d'élargir son contrôle, en suggérant que « le refus d'exercer tout contrôle n'était pas en harmonie avec l'évolution général du [contrôle du Conseil d'État] sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par l'administration³⁵ ».

Dans ces premières affaires, il est possible de voir clairement le penchant historique du modèle de contrôle restreint : une forme de rendre viable l'*élargissement* de la surveillance juridictionnelle. Dans les cas canadien, américain et italien cités ci-dessus, l'adoption d'un modèle de contrôle déferent a exigé de l'effort et de l'énergie des juges afin de justifier *pourquoi un contrôle plus fort, non déferent n'était pas adopté*. Toute l'argumentation des juges a été bâtie dans ce sens. Au contraire, en droit français, le modèle de contrôle restreint a été créé pour permettre une plus grande intervention de juge dans les cas qui échappaient auparavant au contrôle juridictionnel. Pour cette raison, l'effort argumentatif des commissaires du gouvernement était dirigé entièrement vers la fin de *convaincre* qu'il fallait opérer *d'avantage de contrôle*, dès lors que cela était opportun et juridiquement possible. En d'autres mots, au Canada, aux États-Unis et en Italie, il a été nécessaire d'expliquer pourquoi il fallait adopter un contrôle déferent, *au lieu d'un contrôle non déferent* ; en France, il a été nécessaire d'expliquer pourquoi adopter un contrôle déferent, *au lieu d'absence de contrôle*. Dans ce contexte, un modèle de contrôle dans lequel l'intervention des juges est *limitée* sert comme instrument pour faciliter l'introduction de la surveillance juridictionnelle, en la rendant plus légère, moins abrupte – et, donc, plus facilement acceptable. La stratégie s'est révélée couronnée de succès. La surveillance juridictionnelle (par le biais du contrôle normal ou restreint) est aujourd'hui totalement disséminée en droit français. Les cas d'insubordination de décisions administratives au contrôle juridictionnel se trouvent réduits à des hypothèses très rares et quasi anecdotiques³⁶.

³⁵ En affirmant que le modèle de contrôle de l'erreur manifeste se trouvait à stade très généralisé, le commissaire a conclu que le Conseil d'État devait commencer à l'adopter: « Le refus d'exercer tout contrôle n'est pas en harmonie avec l'évolution générale de votre contrôle sur l'exercice par l'administration d'un pouvoir discrétionnaire. (...) À l'époque ou vous avez rendu la décision Demoiselle Chevreau, la notion d'erreur manifeste était encore peu développée. (...) Mais, depuis 1967, la théorie de l'erreur manifeste a été généralisée et s'applique dans les domaines les plus divers (...) On s'explique dès lors assez mal le maintien de votre jurisprudence traditionnelle » (Conclusions du commissaire du gouvernement Bruno GENEVOIS sous la décision CE Sect. 9 juin 1978, Lebon, Requête n° 05911).

³⁶ Le « contrôle infra-minimum » s'applique aujourd'hui à des décisions telles que la concession d'honneurs (CE 27 nov. 2000, Ass. comité tous frères ; CE, 10 déc. 1986, Loredon: AJDA 1987, p.91.) ; le mode de gestion de services publics (CE, 27 nov. 2002, Sté d'intérêt collectif agricole d'électricité (SICAE) de la région de Péronne: AJDA 2003, p. 575 ; CE, 10 jan. 1992, Assoc. des usagers de l'eau de Peyreleau, RFDA 1992, p.346) et les décisions des jurys de concours publics (CE 16 mai 2001, de Nale ; CE 03 nov. 1982, Goure ; CE 15 avril 1983, Bannay ; CE 20 mai 1994, Mlle Semetey ; CE 22 févr. 1995, Girardot).

2. L'ÉVOLUTION HISTORIQUE DU MODÈLE DE CONTRÔLE DÉFÉRENT

La section précédente a examiné les circonstances historiques et les arguments des juges dans des jugements-clé afin d'identifier le penchant historique des modèles déférents de contrôle dans chacun des systèmes juridiques étudiés. Dans ce second pas, l'idée est d'examiner l'évolution connue par chacun de ces modèles au cours des décennies ultérieures à leur création.

Les droits canadien et américain offrent des illustrations du succès du modèle déférentiel (2.1). Au Canada, le modèle du caractère raisonnable a connu une ascension progressive, au point de devenir aujourd'hui le modèle de contrôle le plus commun. Un peu moins clairement, aux États-Unis, l'orientation déférente de *Chevron* subsiste comme règle, même devant des réformes (ou éclaircissements) apportés par la doctrine au jugement de l'affaire *Mead*.

Les droits italien et français, pour leur part, offrent des exemples contraires, de situations dans lesquelles les modèles de contrôle déférentiels ont perdu progressivement leur prestige au fil du temps (2.2). En France, après une phase initiale de diffusion, le modèle de contrôle déférentiel a perdu progressivement son prestige en bénéfice d'un contrôle plus intense, appelé contrôle normal, non déférent. Le cas italien est le paradigme le plus flagrant de l'échec : le contrôle dit faible a été abandonné trois ans seulement après avoir été créé.

1.3. L'hypothèse de dissémination du modèle déférent

Encore une fois, le Canada apporte l'exemple le plus clair d'une tendance. Ici, l'illustration concerne l'ascension du modèle de contrôle déférentiel. Inexistant jusqu'en 1979, l'orientation déférente s'est disséminée rapidement et, malgré les réformes internes, s'est établi comme dominant (2.1.1). Aux États-Unis, l'illustration du succès est moins claire, mais paraît être perceptible aussi (2.1.2).

1.3.1. L'illustration claire du droit canadien: le déclin du modèle de la correction

Au long de son histoire jurisprudentielle, le droit canadien a connu différents modèles déférents de contrôle. Le premier à être créé a été le modèle du caractère manifestement déraisonnable, en 1979, dans le cas CUPE³⁷. Pendant presque 20 ans, les seuls modèles de contrôle ont été le modèle non déférent de la correction et le modèle ultra-déférent du caractère manifestement déraisonnable. En 1997³⁸, un troisième

³⁷ Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 v. New Brunswick (Liquor Corp.), [1979] 2 SCR 227 at 235-236.

³⁸ Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc., [1997] 1 SCR 748, para. 54-56.

modèle de contrôle a été créé, celui du caractère raisonnable simple. Enfin, en 2008³⁹, la Cour suprême a réformé le système, en mélangeant les deux modèles de contrôle restreint en un seul modèle déférentiel, en l'appelant simplement modèle du caractère raisonnable.

Indépendamment d'un tel va-et-vient quant au *nombre* de modèles déférents, la déférence juridictionnelle en soi a fait l'objet d'une forte évolution en droit canadien⁴⁰. Selon les mots de David Mullan, elle est aujourd'hui une « valeur transcendante » en droit administratif canadien⁴¹. Aujourd'hui, il subsiste très peu de choses du contexte fortement interventionniste qui a motivé la révolution sous l'affaire CUPE, en 1979. Les hypothèses d'application des différents modèles déférents de contrôle juridictionnel se sont multipliées et les cas d'application du modèle de la correction ont été drastiquement réduits. Aujourd'hui, ce-dernier ne s'applique que quasi exclusivement pour le contrôle de décisions administratives qui comprennent une forte sensibilité juridiques, comme celles de nature constitutionnelle ou relatives à des droits fondamentaux ou de l'homme⁴².

En tant que l'une des expressions les plus claires du prestige du modèle de contrôle juridictionnel déférent, il est possible de citer la proposition du juge Binnie, de la Cour suprême canadienne, sous l'affaire *Dunsmuir*. De manière générale, la réforme apportée dans cette affaire visait à optimiser le système de contrôle juridictionnel au Canada, en réduisant sa complexité et en élargissant son aspect opérationnel. La réforme a fortement impacté la procédure contextuelle de détermination de l'intensité du contrôle juridictionnel – appelée avant « analyse pragmatique et fonctionnelle » et, à partir de *Dunsmuir*, seulement « analyse du modèle de contrôle juridictionnel ». En tant qu'élément additionnel pour la simplification du système, le juge Binnie a suggéré l'adoption de quelques présomptions. Cela éviterait d'aborder des analyses complexes dans l'ensemble des cas. Ces analyses ne seraient nécessaires que lorsque l'une des

³⁹ *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 45.

⁴⁰ Il ne semble pas correct d'interpréter l'élimination du modèle de contrôle du caractère manifestement déraisonnable comme un pas en direction d'un plus grand interventionnisme juridictionnel. La Cour suprême même a cherché à éviter ce raisonnement. V. *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 48: « The move towards a single reasonableness standard does not pave the way for a more intrusive review by courts and does not represent a return to pre-*Southam* formalism ». Dans le même sens, v. aussi J CRAIG, Jared. *Defending city hall after Dunsmuir*. *Alberta Law Review* Edmonton, v. 46, n. 1, p. 275-297, nov. 2008, p. 292.

⁴¹ MULLAN, David J. Recent developments in administrative law – The apparent triumph of deference! *Canadian Journal of Administrative Law and Practice*, v. 12, n. 2, p. 191-, 1998, p. 192. L'auteur affirme aussi: « the Supreme Court of Canada in a substantial number of its recent prominent administrative law judgments has been prepared to accord a significant degree of autonomy to and respect for the operational imperatives of administrative tribunals. Moreover, this philosophy or approach has extended beyond typical standard of review cases to a broad range of other situations involving the relationship between the courts and the administrative process » (*ibidem*, p. 204).

⁴² V. JACOBS, Laverne. Developments in administrative law: the 2007-2008 term – The impact of *Dunsmuir*. *Supreme Court Law Review*, Ottawa, v. 43, n. 2, p. 1-34, dec. 2008, p. 17.

parties intéressées cherchait à démontrer que la présomption ne s'appliquait pas à l'espèce⁴³.

La présomption principale, conformément à la proposition du juge Binnie, devait être celle prévoyant que le modèle de contrôle serait en général celui du caractère raisonnable, lorsqu'il s'agirait d'une décision d'une autorité administrative spécialisée⁴⁴. La partie qui plaiderait en faveur de l'application du modèle de la correction devrait alors démontrer que la décision contrôlée se revêtait d'une sensibilité juridique particulière⁴⁵.

Bien que cette proposition n'ait pas été adoptée par la majorité de la Cour suprême, il semble légitime d'admettre que, en soi, elle offre déjà un témoignage au sujet de la grande dissémination (et même la prédominance) du modèle du caractère raisonnable. L'idée consistait justement à *officialiser* cette prédominance, avec l'objectif de simplifier la tâche de détermination de l'intensité du contrôle juridictionnel applicable dans un cas concret.

1.3.2. *L'illustration moins claire du droit américain: le mouvement pendulaire*

Dans le cas des États Unis, la dissémination du modèle déférentiel de contrôle juridictionnel n'est pas aussi claire. Dans le cas de la doctrine *Chevron*, le grand point de référence de son évolution jurisprudentielle repose sur la restriction de ses termes originaux sous l'affaire *Mead*. Dans cette affaire, la Cour suprême affirme que le test de *Chevron* est applicable uniquement aux hypothèses dans lesquelles il est possible d'identifier une délégation législative afin que les autorités administratives se prononcent avec force de loi.

⁴³ *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 145: « The present incarnation of the « standard of review » analysis requires a threshold debate about the four factors (non-exhaustive) which critics say too often leads to unnecessary delay, uncertainty and costs as arguments rage before the court about balancing expertise against the « real » nature of the question before the administrator, or whether the existence of a privative clause trumps the larger statutory purpose, and so on. And this is all mere *preparation* for the argument about the actual substance of the case. While a measure of uncertainty is inherent in the subject matter and unavoidable in litigation (otherwise there wouldn't be any), we should at least (i) establish some presumptive rules and (ii) get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case ».

⁴⁴ *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 146: « The going-in presumption should be that the standard of review of any administrative outcome on grounds of substance is not correctness but reasonableness (« contextually » applied). The fact that the legislature designated someone other than the court as the decision maker calls for deference to (or judicial respect for) the outcome, absent a broad statutory right of appeal. Administrative decisions generally call for the exercise of discretion. Everybody recognizes in such cases that there is no single « correct » outcome ».

⁴⁵ *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 147: « An applicant urging the non-deferential « correctness » standard should be required to demonstrate that the decision under review rests on an error in the determination of a *legal* issue not confided (or which constitutionally *could* not be confided) to the administrative decision maker to decide, whether in relation to jurisdiction or the general law. Labour arbitrators, as in this case, command deference on legal matters within their enabling statute or on legal matters intimately connected thereto ».

L'avènement de *Mead* n'a pas besoin nécessairement d'être interprété comme une rétraction de la doctrine Chevron, mais plutôt comme un éclaircissement de ses réelles hypothèses d'application. Dans ce sens, la doctrine Chevron reste en vigueur presque 30 ans après son élaboration. En outre, même dans les cas dans lesquels elle n'a pas à s'appliquer, une autre doctrine issue de l'affaire Skidmore peut s'appliquer, laquelle détermine que soit donné du poids aux décisions administratives dans la mesure de leur pouvoir de persuasion. Cela signifie une expansion de l'orientation déférentielle (selon des gradations variées) pour presque toutes les interprétations législatives réalisées par les autorités administratives.

En dehors du champ étroit des interprétations législatives, l'orientation déférentielle est dominante aussi. L'*Administrative Procedure Act* (APA) réserve à des hypothèses très exceptionnelles le modèle de contrôle non déférentiel (dit *de novo*). Bien plus nombreuses, en revanche, ces sont les hypothèses d'application des modèles d'évidences substantielles et du caractère arbitraire – tous les deux déférents, à un point tel de rendre commun la demande doctrinale pour qu'ils soient fusionnés avec le second pas du test de Chevron.

Il faut en conclure que, bien que n'étant pas aussi claire que le cas canadien, dans l'expérience des États-Unis il paraît exister aussi une dissémination et la prédominance des modèles déférents de contrôle juridictionnel⁴⁶.

⁴⁶ Dans une perspective plus générique, la doctrine américaine souligne le caractère *pendulaire* de la gradation de l'intervention juridictionnelle dans les décisions de l'administration publique. En tournant le regard vers les 100 dernières années du droit administratif de ce pays, il est possible de noter que les mouvements de rétraction juridictionnelle se succèdent à des périodes d'un plus grand activisme. Pour un approfondissement historique, v. WERHAN, Keith. The neoclassical revival in administrative law. **Administrative Law Review**, Washington, v. 44, n. 3, p. 567-628, dec.1992. Dans un résumé rapide, la première mention à faire est celle qu'il appelle « early modern approach ». En vigueur dans les premières décennies du XXème siècle, il se caractérise par le formalisme juridictionnel et par le penchant contraire à l'administration publique – d'où la tendance vers l'accentuation du contrôle juridictionnel. Ce premier moment est dépassé par la suite en fonction de la consolidation du *New Deal*, programme qui multiplie la quantité d'autorités administratives décentralisées, leur importance et leur prestige. En se fondant sur l'institutionnalisme réaliste, a lieu alors le mouvement que Werhan appelle de « Legal Process ». Cette période se caractérise par une forte rétraction juridictionnelle, fondées sur une plus grande expertise et sur l'adaptation institutionnelle des autorités administratives. À partir des années 1960 et pendant environ vingt ans, se produit une nouvelle oscillation du pendule, donnant lieu au mouvement du « Interest Representation ». Caractérisé par une forte méfiance dans un *gouvernement d'experts* et poussé par la grande préoccupation avec le phénomène de la capture des autorités administratives par les industries régulées, le mouvement donne lieu à une nouvelle période d'activisme juridictionnel. Cette orientation est particulièrement visible dans le contrôle procédural, dans lequel il est fait allusion à une « hard look doctrine ». V. GARRY, Patrick M. Judicial review and the 'hard-look' doctrine. **The Nevada Law Journal**, Las Vegas, v. 7, n. 1, p. 151-170, sept./dec. 2006; C. SUNSTEIN, Cass R. Deregulation and the hard-look doctrine. **The Supreme Court Review**, Chicago, v. 24, p. 177-213, 1983. À partir de la fin des années 1970 – et principalement dans les années 1980 – il y a la période néoclassique, qui reprend la distinction entre *law* et *policy* qui était chère au modèle classique et rétablit la tendance déférentielle. Des affaires comme *Chevron* et *Heckler v. Chaney* et les restrictions réalisées dans les règles relatives à l'intérêt à agir sont quelques unes de leurs expressions majeures. Sur la renaissance du néoclassicisme, voir aussi SUNSTEIN, Cass R. Law and administration after Chevron. **Columbia Law Review**, New York, v. 90, n. 8, p. 2071-2120, dec. 1990. À la suite de ce résumé de la nature pendulaire de la rétraction juridictionnelle aux États Unis, il n'est pas totalement clair qu'il soit possible de souligner le succès de l'orientation déférente. Cependant, cette orientation est clairement dominante

1.4. L'hypothèse de déclin ou d'abandon du modèle déferent

Dans d'autres systèmes juridiques, le modèle déferent de contrôle n'a pas mérité un pareil destin. En Italie, le contrôle dit faible n'a duré que trois ans, en étant très vite abandonné par le *Consiglio di Stato* (2.2.1). En France, le contrôle restreint cède progressivement de la place au contrôle normal, même s'il est encore utilisé dans certaines hypothèses (2.2.2).

1.4.1. L'abandon total du contrôle faible en droit italien

Créé en 2001 sous l'influence du droit américain, le modèle de contrôle faible a eu une existence très éphémère en droit italien. Depuis sa conception, il a fait l'objet de fortes critiques de la doctrine, qui y voyait une mise en cause de la protection juridictionnelle. En 2004, avant de compléter ses courts 3 ans, le modèle de contrôle faible a été abandonné par le *Consiglio di Stato*. À partir de la décision du *Consiglio di Stato* sous l'affaire *Buoni Pasto*⁴⁷, les évaluations techniques complexes ont commencé à être soumises non plus à un contrôle « faible », mais à un contrôle « plein et particulièrement pénétrant ». Initialement, la plus haute juridiction administrative italienne a voulu faire croire qu'il s'agissait d'une simple modification nominative : ses décisions précédentes ayant été mal interprétées, le contrôle faible signifierait simplement un contrôle non substitutif. En raison justement d'un tel « malentendu », il serait opportun de ne plus faire référence aux dénominations « fort » et « faible⁴⁸ ».

aujourd'hui. Pour une image pendulaire dans l'histoire jurisprudentiel américain du XIX^e siècle également, v. WOOLHANDLER, Ann. Judicial deference to administrative action – A revisionist history. **Administrative Law Review**, Washington, v. 43, p. 197-223, 1991. Sur le thème du penchant relatif au contrôle juridictionnel, v. aussi L. JAFFE, Louis L. The right to judicial review I. **Harvard Law Review**, New Haven, v. 71, n. 3, p. 401-437.

⁴⁷ Cons. St., Sez. VI, 02 marzo 2004, n. 926, *Buoni Pasto*. Il s'agissait de la condamnation imposée par l'autorité de la concurrence italienne à différentes entreprises du marché du coupon-déjeuner, accusées de former un cartel dans l'appel d'offres réalisé par la Consip (entreprise publique) pour l'achat de tickets pour les agents de l'administration publique. Les entreprises auraient réalisé des ententes afin de fixer le niveau de réduction et la répartition des objets de l'appel d'offres.

⁴⁸ Cons. St., Sez. VI, 02 marzo 2004, n. 926, 3.3: « Tale impostazione esclude ogni vulnus alla tutela giurisdizionale e le stesse censure proposte dalle imprese sembrano incentrarsi maggiormente sulla (criticata) limitazione del controllo giurisdizionale ad un sindacato « di tipo debole », emergente dai principi in precedenza affermati dalla Sezione, senza la verifica in concreto del controllo svolto dal giudice amministrativo. In realtà, con l'espressione sindacato « di tipo debole » la Sezione non ha inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata. Con tale espressione si è inteso porre solo un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere. Il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di « contestualizzazione » della norma posta a tutela della concorrenza che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro « contestualizzato ».

Des décisions ultérieures ont précisé que la rupture était beaucoup plus grave. Tandis qu'auparavant la déférence était justifiée au moyen d'arguments institutionnels (comme la neutralité, l'autonomie et l'indépendance des autorités de régulation), à partir de 2004 les mêmes arguments servent à justifier un contrôle non déférent⁴⁹. Tandis qu'auparavant il était fait mention d'un contrôle limité en fonction de l'interprétation de « concepts juridiques indéterminés », à partir de 2004 il est fait affirmation explicite d'un contrôle plein *aussi* à leur égard⁵⁰. Tandis qu'auparavant il était fait mention d'un contrôle sur le caractère raisonnable, à partir de 2004 il est affirmé que les juges peuvent « *réévaluer les choix techniques réalisés* ». En résumé, l'orientation déférente antérieure est dépassée. Le contrôle restreint redevient applicable uniquement aux décisions administratives prises dans l'exercice d'une *discretionnalité administrative pure* (non technique).

1.4.2. Le modèle de contrôle restreint français comme « rituel de passage »

En droit français, le déclin du modèle de contrôle juridictionnel déférent (appelé restreint ou minimum) est plus subtil, mais non moins intéressant. Au cours des premières décennies de son existence (après la création, sous l'affaire *Lagrange*, en 1961), le modèle de contrôle restreint a connu une grande expansion, en réduisant les cas d'absence de contrôle juridictionnel (appelé *contrôle infra-minimum*) à quelques rares hypothèses. Toutefois, par la suite, le contrôle restreint a cédé peu à peu de la place au contrôle normal. Plusieurs domaines d'action administrative ont fait l'objet d'une intensification du contrôle juridictionnel, en passant sous le régime du contrôle normal. Cela a conduit plusieurs auteurs à soutenir la nature « transitoire » du modèle de contrôle restreint, constituant un premier pas en direction de l'adoption ultérieure d'un contrôle non déférent.

Déjà dans les années 70, ce caractère transitoire du modèle de contrôle restreint s'est fait remarquer. En 1976, le Conseil d'État a transféré vers le modèle de contrôle

⁴⁹ Cons. St., Sez. VI, 02 marzo 2004, n. 926, 3.3: « Il fatto che si tratti di un'Autorità posta al di fuori del circuito dell'indirizzo politico rende ancor più necessario che il sindacato del giudice sia pieno, ma non anche che al giudice sia consentito di sostituirsi all'Autorità nell'esercizio del potere ad essa spettante ».

⁵⁰ V. Cons. St., Sez. VI, 02 marzo 2004, n. 926, 3.3 ; Cons. St., Sez. VI, 03 febbraio 2005, n. 280, point 2.1 ; Cons. St., Sez. VI, 08 febbraio 2007, n. 515, 4. Dans cette dernière décision, il est possible de lire: « Infatti, con riferimento alle valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. « concetti giuridici indeterminati », la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione (Cons. St., VI, n. 2199/2002 Rc Auto ; n. 5156/2002 Enel/Infostrada). Il sindacato del giudice amministrativo, è quindi pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame (Cons. St., VI, n. 926/2004, Buoni pasto Consip) ». Au contraire de ce que les mentions des décisions de 2002 mènent à croire, elles n'appuient pas les affirmations qui y sont exposées.

normal le contentieux relatif aux décisions du ministre ou des inspecteurs du travail d'autoriser le licenciement des salariés qui jouissent d'une stabilité en raison de la fonction représentative qu'ils exercent. Le sujet avait été soumis au contrôle restreint huit années auparavant seulement⁵¹. D'autres cas classiques ont tardé un peu plus. Le contentieux relatif à l'interdiction de publications étrangères, qui avait été déplacé vers le champ du contrôle juridictionnel restreint sous l'affaire *Maspéro*, en 1973⁵², alors qu'auparavant il ne faisait l'objet d'aucun contrôle, a été soumis au modèle de contrôle normal sous l'affaire *Association Ekin*, en 1997⁵³. Il s'agissait d'une évolution surprenante dans une matière considérée auparavant comme relevant de la *haute policedministrative* et, par conséquent, réfractaire à l'intervention juridictionnelle. Un dernier et curieux exemple de la transition du modèle de contrôle restreint vers celui du contrôle normal, est celui de l'équivalence de fonctions publiques – objet de l'affaire *Lagrange*, dans laquelle le modèle de contrôle restreint a été créé. Depuis une décision du Conseil d'État en 1994, cette matière est soumise au modèle de contrôle juridictionnel non déférent, dit normal⁵⁴.

Afin de compléter le tableau, il convient d'ajouter une circonstance surprenante: *dans aucun cas* de l'histoire jurisprudentielle française, le contrôle restreint n'a été adopté dans des domaines qui originellement étaient soumises à un contrôle normal, non déférent. C'est-à-dire : l'adoption d'un contrôle déférent n'a *jamais* signifié, dans l'histoire jurisprudentielle française, un mouvement de rétraction juridictionnelle. Il s'agissait toujours et invariablement d'une action d'intensification du contrôle juridictionnel réalisé antérieurement. Cela démontre que l'évolution historique du contrôle juridictionnel en France est clairement *unidirectionnelle*, en allant toujours dans le sens de l'élargissement de la surveillance des juges⁵⁵. Ce mouvement d'intensification progressive du contrôle a été si intense que des nombreux auteurs commencent à se référer à un déclin ou même à la mort imminente du modèle de contrôle restreint⁵⁶.

De toute façon, l'idée du modèle de contrôle restreint en tant que « rituel de passage », tendant à avoir un aspect temporaire, rencontre toujours une certaine résistance.

⁵¹ V. CE Ass. 29 mars 1968, Manufacture française des pneumatiques Michelin, p. 214, AJ 1968, p. 335.

⁵² CE, 2 nov. 1973, SA Librairie François Maspéro, Requête n° 82590.

⁵³ CE Sect. 9 juill. 1997, Assoc. Ekin, RFDA 1997.1284, concl. Denis-Linton.

⁵⁴ CE 29 avril 1994, Cougrand, p. 219, DA 1994, n. 382.

⁵⁵ Le mouvement exprime le penchant général du droit administratif français vers le renforcement toujours plus grand de la protection juridictionnelle de l'administré. Cela est vérifié dans tous les domaines. Ch. BRÉCHON-MOULÈNES, par exemple, commente la manière par laquelle le juge administratif s'est progressivement senti plus à l'aise pour contrôler les actions administratives en matière économique (v. « La place du juge administratif dans le contentieux économique public », AJDA 2000 p. 679). M. Kalusynski, pour sa part, commente l'avancée juridictionnelle dans le domaine politique également (v. KALUSYNZKI, Martine. La fonction politique de la Justice: regards historiques. Du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation. In: COMMAILLE, Jacques; KALUSZYNSKI, Martine (Dir.). **La Fonction Politique de la Justice**. Paris: Éditions La Découverte, 2007. p. 9-23.

⁵⁶ Cf. TRUCHET, Didier. **Droit Administratif**. 3. ed. Paris: PUF, 2010. p. 217.

Sous l'affaire *Touzard*, en 2006, le commissaire du gouvernement Terry Olson a affronté le thème de manière explicite⁵⁷. Il s'agissait de contrôle juridictionnel de l'adéquation entre une sanction disciplinaire appliquée et la faute commise par un agent public – matière qui, depuis l'affaire *Lebon*, en 1978, était soumise au contrôle restreint. Olson examinait s'il était le moment d'abandonner cette jurisprudence et d'avancer vers un contrôle normal. En répondant négativement à cette question – dans ses conclusions qui ont été suivies par le Conseil d'État – il ratifie les raisons par lesquelles il ne faudrait pas transférer la matière en cause vers le contentieux non déferent. En particulier, le commissaire du gouvernement souligne l'existence d'un fort élément politique ou administratif en matière disciplinaire: il comprend des considérations sur quelles seraient la meilleure organisation du service administratif, la meilleure politique de sanction à un moment donné de l'histoire et même des aspects relatifs à l'historique fonctionnel de l'agent public en cause – toutes ces considérations étant alors envisagées comme pouvant être mieux accomplies par l'autorité administrative, plutôt que par les juges⁵⁸.

Ce qui est plus important ici, le commissaire du gouvernement rejette énergiquement l'idée selon laquelle le contrôle restreint aurait vocation à ne constituer qu'un stage temporaire précédant l'évolution jurisprudentielle en direction d'un contrôle plus intense⁵⁹. Olson promeut ainsi une longue et bien fondée défense d'un modèle de contrôle restreint en tant que modèle intermédiaire entre l'absence totale de contrôle et le modèle de contrôle non déferent. À l'instar de l'adéquation de la sanction disciplinaire aux faits qui la motivent, ce modèle de contrôle serait adéquat pour les cas pour lesquels les juges auraient à effectuer une surveillance quelconque, mais sans devoir

⁵⁷ CE 1er février 2006, *Touzard*, n° 271676.

⁵⁸ Selon les mots du commissaire du gouvernement Terry OLSON: « Un autre élément nous semble militer en faveur d'une certaine retenue dans la matière qui vous occupe. Comme on l'a vu, dans le choix de la sanction disciplinaire, l'administration fait entrer en ligne de compte des facteurs qui vont au-delà des manquements fondant la poursuite : il s'agit des antécédents de l'agent et de son attitude générale dans le service. Ces facteurs peuvent conduire à déplacer le curseur, dans le sens de la rigueur ou de la mansuétude. Il en va de même des considérations tirées de l'intérêt général qui s'attache, à un moment donné, à sanctionner tel manquement avec rigueur ou, au contraire, indulgence. Ces deux séries de facteurs nous semblent avoir en commun de ne pas se prêter aisément à une substitution par le juge de son appréciation à celle de l'administration. Ceci est particulièrement vrai des considérations de politique disciplinaire générale qui, à vrai dire, ne concernent pas directement le juge en ce qu'elles renvoient non à un contrôle de légalité mais à des choix de pure opportunité. Le juge de l'excès de pouvoir est-il vraiment apte et légitime pour se placer sur ce terrain ? A notre avis, rien n'est moins sûr » (in CE 1er février 2006, *Touzard*, n° 271676).

⁵⁹ Le commissaire du gouvernement Terry OLSON affirme: « Tout d'abord l'argument selon lequel le contrôle d'erreur manifeste d'appréciation ne serait qu'une sorte de transition, de « sas » entre une absence de contrôle et un entier contrôle ne nous convainc nullement. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est un type de contrôle qui se veut adapté à ce que le juge de l'excès de pouvoir veut et peut contrôler. Or il existe des cas dans lesquels le juge demeure en deçà d'un contrôle même restreint et l'on parle alors parfois d'un contrôle « infra minimum ». Tel est le cas, par exemple, de certains domaines que le juge entend laisser dans un espace absolument discrétionnaire. (...) Il est donc a fortiori logique et justifiable que certains choix faits par l'administration demeurent régis en excès de pouvoir par un contrôle d'erreur manifeste » (in CE 1er février 2006, *Touzard*, n° 271676).

aller jusqu'au point de refaire le raisonnement réalisé par l'administration. Dans ce sens, il serait voué à la pérennité. D'ailleurs, la solution que le commissaire du gouvernement a proposée et qui a été acceptée par le Conseil d'État est toujours en vigueur, dès lors qu'elle a été confirmée lors de décisions prononcées ultérieurement⁶⁰.

• • •

Cet article a voulu promouvoir un examen de la déférence juridictionnelle dans une perspective *dynamique*. Plutôt que de s'interroger sur la manière par laquelle les modèles de contrôle juridictionnel déferent dans chaque juridiques *sont actuellement*, l'idée était de s'interroger sur *la manière par laquelle ils y sont parvenus*, ou comment ont-ils *évolué* au fil des décennies. Ainsi, ont été analysé le contexte historique et jurisprudentiel de leur création et des aspects relatifs à leur évolution ultérieure.

Cette perspective a révélé des circonstances très intéressantes. La contraposition de l'histoire de la création du modèle de contrôle juridictionnel déferent, avec d'un côté le Canada, les États-Unis et l'Italie, et de l'autre la France, a démontré que la limitation de l'intervention juridictionnelle peut servir à des propos différents. Dans l'hypothèse la plus intuitive, elle implique un mouvement de rétractation juridictionnelle, consistant en l'exhortation de l'auto restriction des juges. Mais, contre-intuitivement, l'initiative peut signifier également un mouvement opposé, dans le sens de l'élargissement de l'intervention juridictionnelle. Ce fût le cas de la France, où les juges administratifs ont fait valoir le modèle de contrôle déferent afin d'introduire une surveillance juridictionnelle *minimum* dans des domaines qui jusqu'alors échappaient à tout contrôle.

Les différences d'approche peuvent être senties clairement à la lecture des jugements les plus importants. Dans ceux relatifs aux trois premiers systèmes juridiques mentionnés plus haut, l'effort argumentatif vise à convaincre qu'il est nécessaire *moins de contrôle*. Une bataille doit être menée contre les partisans d'une intervention juridictionnelle plus large – ces sont eux les perdants au final. Au contraire, dans les jugements français qui ont consacré la création du modèle de contrôle déferent, l'effort argumentatif vise à justifier l'apport de *plus de contrôle*, *plus d'intervention juridictionnelle*, dans des domaines qui avant leur étaient réfractaires.

L'examen de l'évolution des modèles de contrôle juridictionnel déferent, pour sa part, a démontré que, dans quelques systèmes juridiques, ils se sont trouvés en nette ascension ; dans d'autres, en net déclin. Le Canada est le plus grand exemple du premier cas: le modèle de contrôle du caractère raisonnable est aujourd'hui appliqué à la majorité des cas relatifs aux autorités administratives spécialisées. Le modèle non déferent

⁶⁰ V., par exemple, CE 2 sept. 2009, req. n. 310932, Centre hospitalier Fernand-Langlois ; et CE 12 janv. 2011, req. n. 338461, Matelly.

de la correction s'applique uniquement à des hypothèses dans lesquelles la décision administrative contrôlée est particulièrement sensible du point de vue juridique.

Aux États-Unis, la situation n'est pas si claire, mais il paraît exister aussi une dissémination de l'orientation déférentielle. En cas de contrôle d'interprétations législatives, la doctrine *Skidmore* pourra s'appliquer, même à défaut d'application de la doctrine *Chevron* – toutes les deux étant de nature déférentielle. En dehors du champ des interprétations législatives, les hypothèses d'application du contrôle non déférent (sous le modèle *de novo*) sont très rares au sein du règlement générique de l'*Administrative Procedure Act*.

La situation contraire peut être vérifiée dans les systèmes juridiques étudiés en Europe. En Italie, l'un des modèles déférents de contrôle, appelé contrôle faible, n'a duré que trois ans et a été abandonné à la suite de fortes critiques mettant en cause son inefficience juridictionnelle. En France, après avoir été disséminé dans des domaines qui préalablement échappaient à tout contrôle juridictionnel, le contrôle restreint a cédé progressivement de la place en faveur du contrôle non déférent, dit « normal ». La situation a conduit quelques auteurs à décréter la « mort imminente » du modèle de contrôle restreint, tandis que d'autres ont souligné sa prétendue nature transitoire.

Cela paraît constituer une nouvelle évidence de la juridictionnalisation forte et croissante du droit administratif français. Même dans hypothèses de plus en plus rares d'application du contrôle juridictionnel restreint, il pourrait ne pas refléter proprement une attitude respectueuse des juges vis-à-vis de l'administration publique, dans des matières qui lui sont réservées. Au lieu de cela, une telle application du contrôle restreint pourrait indiquer une sorte de mouvement *incomplet* d'intervention. C'est l'idée propagée par certains auteurs, selon laquelle le contrôle restreint en France consisterait en un simple « rituel de passage » en direction d'un contrôle plus intense.

Cette proposition est mise en cause par le fait que quelques matières résistent encore au passage vers un contrôle normal – et d'autres échappent toujours à tout contrôle. Dans ce sens, l'article a présenté aussi les conclusions rendues par le commissaire du gouvernement Terry Olson sous l'affaire *Touzard*, dans lesquelles il a soutenu le maintien d'une alternative intermédiaire entre le contrôle normal et l'absence de contrôle, en fournissant notamment des raisons institutionnelles, selon lesquelles les juges devaient se tenir à distance de certaines matières plus appropriées au corps administratif.

3. RÉFÉRENCES

BONNARD, Roger. **Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration: Étude de Droit Administratif Comparé**. Paris: Dalloz, 2005.

BRÉCHON-MOULÈNES Christine. La place du juge administratif dans le contentieux économique public. **Actualité juridique - Droit Administratif**, Paris, v. 56, n. 9, p. 679-686, sept. 2000.

CRAIG, Jared. Defending city hall after Dunsmuir. **Alberta Law Review** Edmonton, v. 46, n. 1, p. 275-297, nov. 2008.

DYZENHAUS, David. The politics of deference: judicial review and democracy. In: TAGGART, Michael (ed.). **The Province of Administrative Law**. Oxford: Hart Publishing, 1997.

DYZENHAUS, David. The logic of the rule of law: lessons from Willis. **The University of Toronto Law Journal**, Toronto, v. 55, n. 3, p. 691-714, jun./sept. 2005.

DYZENHAUS, David; FOX-DECENT, Evan. Rethinking the process/substance distinction: *Baker versus Canada*. **The University of Toronto Law Journal**, Toronto, v. 51, n. 3, p. 193-242, jun./sept. 2001.

ESSENS, Oda; GERBRANDY, Anna; LAVRIJSSEN, Saskia (Ed.). **National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation**. Groningen: Europa Law Publishing, 2009.

GARRY, Patrick M. Judicial review and the 'hard-look' doctrine. **The Nevada Law Journal**, Las Vegas, v. 7, n. 1, p. 151-170, sept./dec. 2006.

JACOBS, Laverne. Developments in administrative law: the 2007-2008 term – The impact of Dunsmuir. **Supreme Court Law Review**, Ottawa, v. 43, n. 2, p. 1-34, dec. 2008.

JAFFE, Louis L. The right to judicial review I. **Harvard Law Review**, New Haven, v. 71, n. 3, p. 401-437.

KALUSYNZKI, Martine. La fonction politique de la Justice: regards historiques. Du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation. In: COMMAILLE, Jacques; KALUSZYNski, Martine (Dirs.). **La Fonction Politique de la Justice**. Paris: Éditions La Découverte, 2007.

LANGILLE, Brian. Judicial review, judicial revisionism and judicial responsibility. **Revue Générale de Droit**, Ottawa, v. 17, n. 1-2, p. 169-192, 1986.

LI, Zhang. **Le Contrôle Juridictionnel de la Légalité des Actes Administratifs en Chine: Éléments d'Analyse Comparée des Contentieux Administratifs Chinois et Français**. Bruxelles: Bruylant, 2010.

MACKLIN, Audrey. Standard of review: the pragmatic and functional test. In: FLOOD, Coleen; SOS-SIN, Lorne (Eds.). **Administrative Law in Context**. Toronto, Emond Montgomery, 2008.

MARCHETTI, Barbara. **Pubblica Amministrazione e Corti negli Stati Uniti: il Judicial Review sulle Administrative Agencies**. Padova: CEDAM, 2005.

MERRILL, Thomas W. Judicial deference to Executive precedent. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 101, n. 5, p. 969-1041, mar. 1992.

MERRILL, Thomas W. The story of Chevron: the making of an accidental landmark. In: STRAUSS, Peter (Ed.). **Administrative Law Stories**. New York: Thomsom/West, 2006.

MULLAN, David J. Recent developments in administrative law – The apparent triumph of deference! **Canadian Journal of Administrative Law and Practice**, v. 12, n. 2, p. 191-, 1998.

ODENT, Raymond. **Contentieux Administratif**. Paris: Institut d'Études Politiques de Paris, 1971.

RISK, Richard C. B. *In Memoriam: John Willis*. **The University of Toronto Law Journal**, Toronto, v. 47, p. 301-304, 1997.

SUNSTEIN, Cass R. Deregulation and the hard-look doctrine. **The Supreme Court Review**, Chicago, v. 24, p. 177-213, 1983.

SUNSTEIN, Cass R. Law and administration after Chevron. **Columbia Law Review**, New York, v. 90, n. 8, p. 2071-2120, dec. 1990.

TRUCHET, Didier. **Droit Administratif**. 3. ed. Paris: PUF, 2010.

WERHAN, Keith. The neoclassical revival in administrative law. **Administrative Law Review**, Washington, v. 44, n. 3, p. 567-628, dec. 1992.

WILLIS, John. Three approaches to administrative law: the judicial, the conceptual and the functional. **The University of Toronto Law Journal**, Toronto, v. 1, p. 53-81, 1935.

WOOLHANDLER, Ann. Judicial deference to administrative action – A revisionist history. **Administrative Law Review**, Washington, v. 43, p. 197-223, 1991.





El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos*

The conventionality control as expression of the constitutionality control: originality and faults

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE**

Universidad Monteávila (Venezuela)
victorhernandezmendible@gmail.com

Recibido/Received: 14.02.2015 / February 14th, 2015

Aprovado/Approved: 12.03.2015 / March 12th, 2015

Resumen

Este trabajo aborda el origen del control de constitucionalidad concentrado y difuso en Venezuela, así como las primeras sentencias que aplicaron los tratados y convenciones sobre derechos humanos ante de la consolidación del control difuso de convencionalidad, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. No obstante, se explica cómo en un cambio de época, recientemente se ha negado aplicación a las sentencias de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos y se ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte del gobierno, todo ello en contravención a la Constitución de la República de Venezuela.

Palabras-clave: control de constitucionalidad; control de convencionalidad; derechos humanos; Constitución.

Abstract

This paper approaches the origin of the concentrated and diffuse constitutionality control in Venezuela and the first decisions that applied human rights treaties and conventions before the consolidation of the diffuse conventionality control in the Inter-American System of Human Rights. However, it explains how, in a change of period, recently the government has refused the application of the judgments of the Inter-American Court on Human Rights and it has denounced the American Convention on Human Rights, all in disrespect to the Constitution of the Republic of Venezuela.

Keywords: constitutionality control; conventionality control; human rights; Constitution.

Como citar esse artigo/How to cite this article: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 137-168, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44532>

* Este texto constituye la ponencia elaborada para ser presentada en el Foro de Jóvenes Investigadores de Derecho, del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, el día 26 de marzo de 2015.

** Profesor-Director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la Universidad Monteávila (Caracas, Venezuela) y en la Maestría de la Universidad Externado de Colombia, siendo además parte del grupo de investigación en Derecho de la regulación de mercados energéticos del Departamento de Derecho Minero Energético de esta última Universidad. Doctor en Derecho por la Universidad Católica Andrés Bello. Miembro de la Comisión Académica del Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación y de la Red de Investigación de Derecho de los Bienes Públicos. Página web: www.hernandezmendible.com.

SUMARIO

1. Introducción; **2.** El origen y evolución del control de la constitucionalidad; **3.** El control de la constitucionalidad en la Constitución de 1999; **4.** El deber de la Administración Pública de garantizar la supremacía de la Constitución y el principio de legalidad administrativa; **5.** Los tipos de control de la constitucionalidad; **6.** Los mecanismos procesales de control de la constitucionalidad; **7.** El control difuso de convencionalidad como expresión del control de la constitucionalidad; **8.** El novedoso control de la constitucionalidad de los fallos que interpretan y aplican la convencionalidad; **9.** Consideraciones finales; **10.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

Quizás uno de los temas más apasionantes de los actuales tiempos en Iberoamérica, en tanto implican el perfeccionamiento de los medios de protección de los Derechos Humanos, lo constituye el estudio del control de la constitucionalidad y el control de la convencionalidad.

En la Venezuela contemporánea, todas las manifestaciones de control jurisdiccional del actos jurídicos del gobierno y la Administración Pública experimentan una merma importante, al igual que la efectiva protección jurisdiccional de los Derechos Humanos, como consecuencia de la delicada situación que se atraviesa al haberse roto el hilo constitucional y disolverse la institucionalidad democrática¹, lo que hace que el estudio de estos temas desde sus orígenes históricos resulten de mayor interés para la comprensión de la realidad.

Conforme a este contexto se debe comenzar señalando que el desarrollo normativo de la jurisdicción constitucional tiene su origen en la fundación constitucional de la República de Venezuela y su evolución va a ir acompañada de los procesos políticos y constitucionales que durante los últimos 200 años han signado la vida institucional del país.

El estudio científico del Derecho Procesal Constitucional tiene como precursor a José Guillermo Andueza Acuña, quien a comienzos de la segunda mitad del siglo XX, publicaba su tesis doctoral titulada “La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano”². Al estudio académico de la jurisdicción constitucional o justicia constitucional, -términos que han llegado a ser empleados como sinónimos por algunos autores-, se incorporarán Allan R. Brewer-Carías, Humberto J. La Roche, Gustavo Planchart Manrique, Ambrosio Oropeza, Orlando Tovar Tamayo, Humberto Briceño León, Josefina

¹ BREWER-CARÍAS, Allan R. **El golpe de Estado en diciembre de 2014, con la inconstitucional designación de las altas autoridades del Poder Público**. Disponible en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/I.2.108.pdf>. Consultado el 3 de enero de 2015

² ANDUEZA, José Guillermo. **El control jurisdiccional en el derecho venezolano**. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1954.

Calcaño de Temeltas, Román J. Duque Corredor, Alberto Blanco-Urbe, Carlos Ayala Corao, Jesús María Casal y Gonzalo Pérez Salazar, entre otros.

No corresponde hacer un recuento de los aportes al estudio científico efectuado por cada uno de estos autores, pues ello excede el objeto de este trabajo, sino colocar en perspectiva el surgimiento del Derecho Procesal Constitucional, que cuenta con amplios y longevos antecedentes normativos constitucionales, legales, jurisprudenciales y de la doctrina científica que han contribuido a lograr un importante desarrollo jurídico, en medio de múltiples vicisitudes.

Cabe destacar que el presente estudio tiene por objeto presentar la originalidad y los aciertos en la creación, el desarrollo y la evolución del control de la constitucionalidad y en el control de la convencionalidad en Venezuela, así como la originalidad y los desaciertos recientes en los mismos.

En aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas, el presente trabajo se dividirá en los siguientes aspectos a saber: El origen y evolución del control de la constitucionalidad (2), el control de la constitucionalidad en la Constitución de 1999 (3), el deber de la Administración Pública de garantizar la supremacía de la Constitución y el principio de legalidad administrativa (4), los tipos de control de la constitucionalidad (5), los mecanismos procesales de control de la constitucionalidad (6), el control difuso de convencionalidad como expresión del control de la constitucionalidad (7), el novedoso control de la constitucionalidad de los fallos que interpretan y aplican la convencionalidad (8), y, las consideraciones finales (9).

2. EL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

El acervo constitucional que permite conocer el actual sistema de control de la constitucionalidad es producto de dos siglos de evolución³, que ameritan una referencia sucinta pero insoslayable, teniendo en consideración que la Capitanía General de Venezuela, fue la primera de los antiguos territorios españoles que luego de independizarse y establecer la República, expidió una Constitución política, en la que se sitúan tales orígenes del control de la constitucionalidad.

Los inicios del control de la constitucionalidad en Venezuela se ubican en los comienzos de la República, pues será a partir de la primera Constitución de 21 de diciembre de 1811, que se establecerá el principio de supremacía constitucional y una especie de control "implícito"⁴ -no se le reconoce valor a las leyes que se expidan en contra de

³ Todos los textos constitucionales de 1811 a 1961, han sido consultados en BREWER-CARÍAS, Allan R. **Las Constituciones de Venezuela**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

⁴ La Roche, Humberto J., **Instituciones Constitucionales del Estado venezolano**. Maracaibo: Editorial Metas, 1984.

la Constitución- de la constitucionalidad de las leyes⁵ e incluso dicho texto dispuso las consecuencias del desconocimiento de los derechos del hombre reconocidos por la propia Constitución⁶.

Luego que transcurrieron 28 años de la separación de Venezuela de la Gran Colombia, se dictó la Constitución de 31 de diciembre de 1858, en la que se estableció expresamente el control de la constitucionalidad de las leyes de las provincias⁷.

La Guerra federal o Revolución federal, que se inició en 1859 y finalizó en 1864, dará lugar a la Constitución de 22 de abril de 1864, en la que se establece el control de la constitucionalidad de los actos del Congreso Federal y del Ejecutivo Nacional que violen derechos o desconozcan la independencia de los Estados que integran la Federación⁸.

Transcurrieron 29 años para que la Constitución de 5 de julio de 1893, viniese a reconocer el control general de la constitucionalidad, tanto de los actos jurídicos del Poder Federal como de los Estados, cuando ellos contraviniesen la Constitución⁹.

Sin extender las referencias sobre los avances y retrocesos experimentados en las constituciones posteriores, procede destacar la Constitución de 23 de enero de 1961, la de más larga vigencia y en democracia, -lo que la constituye en un hito en la historia constitucional venezolana-, que recoge el desarrollo constitucional precedente estableciendo el control de constitucionalidad de las leyes nacionales, leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos legislativos nacional, de los estados y los municipios¹⁰, así como de los reglamentos y demás actos del Ejecutivo Nacional que contraviniesen la Constitución¹¹.

A ello se sumará el establecimiento del amparo constitucional¹² y el restablecimiento del habeas corpus¹³-desaparecido durante la precedente dictadura-, como medios procesales para que las personas pudiesen solicitar protección ante la lesión o amenaza de lesión de derechos constitucionales en general, así como de la libertad individual y seguridad personal en particular¹⁴.

⁵ Artículo 227 de la Constitución de 1811.

⁶ Artículo 199 de la Constitución de 1811.

⁷ Artículo 113.8 de la Constitución de 1858.

⁸ Artículo 92 de la Constitución de 1864.

⁹ Artículos 17 y 110.8 de la Constitución de 1893.

¹⁰ Artículos 215.3 y 215.4 de la Constitución de 1961.

¹¹ Artículo 251.6 de la Constitución de 1961.

¹² Artículo 49 de la Constitución de 1961.

¹³ Disposición Transitoria Décima Quinta de la Constitución de 5 de julio de 1947, que luego sería eliminado en la Constitución de 14 de abril de 1953.

¹⁴ Disposición Transitoria Quinta de la Constitución de 1961.

Estos constituyen los antecedentes constitucionales más relevantes del control de la constitucionalidad, antes de la aparición de la Constitución de 30 de diciembre de 1999.

3. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

El principio de supremacía de la Constitución, se proyecta sobre el bloque de la constitucionalidad¹⁵, conformado éste por la Constitución, los principios constitucionales¹⁶, las leyes constitucionales¹⁷, los tratados, pactos y convenios internacionales relativos a Derechos Humanos suscritos y ratificados por la República¹⁸, que se encuentran revestidos de jerarquía constitucional¹⁹⁻²⁰, prevaleciendo éstos últimos sobre la propia Constitución y demás disposiciones del ordenamiento jurídico, en la medida que contengan normas sobre goce y ejercicio de tales derechos, más favorables a las establecidas en ésta y en las leyes²¹.

Todas estas disposiciones que integran el bloque de la constitucionalidad tienen rango, valor y fuerza constitucional, constituyéndose en normas supremas que fundamentan el resto del ordenamiento jurídico²².

Ahora bien, el bloque de la constitucionalidad puede ser modificado a través de los mecanismos de revisión constitucional, conocidos como la enmienda²³, la reforma²⁴

¹⁵ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 1077, de 22 de septiembre de 2000 y sentencia 1860, de 5 de octubre de 2001.

¹⁶ Artículo 335 de la Constitución.

¹⁷ Sobre las leyes constitucionales como integrantes del bloque de la constitucionalidad, se han pronunciado HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. ¿Es posible hablar de leyes constitucionales en el ordenamiento jurídico venezolano? **Revista de la Fundación Procuraduría General de la República N° 7**. Caracas: Fundación Procuraduría General de la República, 1993, p. 93-125; MÁRQUEZ CABRERA, Juan Carlos. Controversias en torno al tipo normativo de la ley constitucional en el sistema de fuentes de la Constitución de 1999, **Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 Autores en Homenaje al posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello**. Tomo I. Caracas: Ediciones Paredes, 2007, p. 341-364.

¹⁸ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 1077, de 22 de septiembre de 2000.

¹⁹ AYALA CORAO, Carlos. **La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias**. Querétaro: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (FUNDA), 2004, p. 91-94.

²⁰ Con total convicción sostiene Duque Corredor, Román José que el sistema de derechos humanos es parte fundamental del bloque de la constitucionalidad en Venezuela. Postulados y Principios. El sistema constitucional de los derechos humanos en la Constitución venezolana, **Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 Autores en Homenaje al posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello**. Tomo I. Caracas: Ediciones Paredes, 2007, p. 155-156.

²¹ Preámbulo de la Constitución y artículos 2, 22 y 23 de la Constitución.

²² Artículo 7 de la Constitución.

²³ Artículos 340 y 341 de la Constitución.

²⁴ Artículos 342 al 346 de la Constitución.

o la asamblea nacional constituyente²⁵, debiendo considerarse cualquier otro mecanismo destinado a modificarlo, desconocerlo o derogarlo nulo y sin valor jurídico alguno, en cuyo caso el bloque de la constitucionalidad no perderá su vigencia²⁶.

Este principio de supremacía del bloque de la constitucionalidad se garantiza de varias maneras: La primera es mediante el ejercicio de la denominada acción popular de constitucionalidad, que habilita a todas las personas a formular pretensiones de inconstitucionalidad contra los actos jurídicos de los órganos que ejercen el Poder Público, que dictados en ejecución directa e inmediata del bloque de la constitucionalidad, lo vulneren o desconozcan. En este caso, el control de conformidad a la Constitución, se denomina control concentrado que ejerce actualmente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su carácter de máximo y último intérprete de la Constitución, garantizando su supremacía y efectividad, velando por la aplicación e interpretación uniforme del contenido y alcance de los valores, los principios y las normas constitucionales, fijando criterios que serán vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales y por supuesto, para el resto de los órganos que ejercen el Poder Público²⁷.

La segunda es mediante la potestad otorgada a todos los jueces, en la tradición constitucional republicana²⁸, para asegurar la supremacía de la Constitución y la integridad de la constitucionalidad en todos aquellos casos de su competencia que les corresponda sentenciar. En atención a ello, los jueces actuando de oficio o a instancia de parte interesada, en caso de apreciar incompatibilidad o colisión entre una ley u otra norma jurídica que deba aplicarse para resolver un asunto determinado, con alguna disposición que integre el bloque de la constitucionalidad, deberán aplicar éste con preferencia, salvaguardando así la supremacía de la constitucionalidad, en lo que se conoce como el control difuso²⁹.

Estando considerada la Constitución como la norma suprema y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a ella, lo que reitera la propia Constitución en el capítulo de los deberes, al señalar que todas las personas tienen el deber de cumplirla y acatarla³⁰.

Mención aparte merece el polémico tema, respecto a la posibilidad que las autoridades ejecutivas o administrativas, -quienes al igual que los tribunales, tienen el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley-, al momento de resolver un

²⁵ Artículos 347 al 349 de la Constitución.

²⁶ Artículo 333 de la Constitución.

²⁷ Artículos 334 y 335 de la Constitución.

²⁸ Aunque el origen del control difuso de la constitucionalidad ha sido ubicado en el artículo 227 de la Constitución de 1811, BREWER-CARÍAS, Allan R. **La acción de inconstitucionalidad en Venezuela**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1989, p. 11- su reconocimiento expreso positivo se producirá por vez primera en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil de 1897.

²⁹ Artículo 334 de la Constitución.

³⁰ Artículo 131 de la Constitución.

asunto de su competencia puedan considerar la posibilidad de desobedecer o desacatar deliberadamente la aplicación de aquellos textos jurídicos que consideren contrarios a la Constitución. A esto se dedicará el siguiente subepígrafe.

4. EL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE GARANTIZAR LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

En el marco del Estado constitucional se ha considerado que la Constitución es la norma de normas, la norma suprema y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, en virtud de lo cual todos los órganos que ejercen el Poder Público tienen el deber de cumplirla y hacerla cumplir de manera directa y preferente respecto a cualquier otra norma infraconstitucional y en caso que por algún acto de fuerza o por cualquier otro medio distinto de los que ella contempla, se intentase su modificación, fuese reformada, derogada o dejare de aplicarse, todos los ciudadanos quienes también tienen el deber de cumplirla y acatarla, se encuentren investidos o no de autoridad, así como tienen el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia y aplicación³¹.

Configurada la cláusula de primacía de la Constitución en los términos señalados, cabe mencionar que todos los órganos que ejercen el Poder Público se encuentran igualmente sujetos al principio de legalidad, -entendida esta expresión en el sentido expuesto por Hauriou, de bloque de la legalidad³²- o principio de juridicidad³³, en virtud del cual se exige que todas las funciones estatales deban ejercitarse con sujeción a la ley, entendida ésta en sentido amplio, es decir, que deben realizarse conforme a las reglas del Derecho³⁴.

En tales términos, aparece el principio de legalidad desde la perspectiva de la teoría de la vinculación positiva y a partir de ella se reconoce que únicamente la norma jurídica habilita y condiciona a los órganos que ejercen el Poder Público para que expidan actos jurídicos válidos, tanto para alcanzar eficazmente sus cometidos -la consecución del interés general-, como para regular, limitar o restringir los derechos y las

³¹ Artículos 7, 131 y 333 de la Constitución.

³² HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 12 ed. Paris: Sirey, 1933, p. 577-578.

³³ La expresión principio de juridicidad la empleó por vez primera MERKL, Adolf. **Teoría General del Derecho Administrativo**. Granada: Comares, 2004.

³⁴ Se ha señalado que "... el término legalidad ha recibido una acepción más amplia y ha pasado a ser sinónimo de regularidad jurídica, de juridicidad; el 'bloque de legalidad' (Hauriou) abarca hoy día el conjunto de reglas de derecho que limitan la acción administrativa". WEIL, Prosper. **Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1986, p. 138.

libertades públicas, siempre que actúen con plena sujeción a la norma preexistente atributiva de competencia y al fin que la misma establece³⁵.

Tal principio admite las siguientes manifestaciones: El principio de legalidad sancionatoria³⁶, el principio de legalidad tributaria³⁷, el principio de legalidad presupuestaria³⁸ y el principio de legalidad administrativa³⁹.

Este último, el principio de legalidad administrativa, -utilizada la expresión en sentido restringido-, se traduce en la subordinación de toda la función administrativa al Derecho y en lo que concierne a los actos jurídicos de las autoridades públicas, que actúan en ejercicio de tal función administrativa, una de cuyas expresiones lo constituyen los actos administrativos, conlleva a que estos deben emitirse conforme a la Ley y al Derecho -según la fórmula empleada en la Constitución⁴⁰-, lo que supone que tanto en su expedición como en su ejecución se actúe con apego a los principios generales y las normas jurídicas preexistentes, lo que lleva a que se presuman válidos y productores de su natural eficacia jurídica⁴¹.

³⁵ El Máximo Tribunal de la República, desde la sentencia de 17 de julio de 1953, de la Corte Federal ha sostenido que la autoridad administrativa debe "ceñirse a reglas o normas preestablecidas. De ahí que el principio de legalidad de los actos administrativos, según el cual éstos carecen de vida jurídica no sólo cuando les falta como fuente primaria un texto legal, sino también cuando no son ejecutados en los límites y dentro del marco señalado de antemano por la ley".

³⁶ Artículos 49.6 de la Constitución, 89 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

³⁷ Artículos 317 de la Constitución, 89 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

³⁸ Artículos 314 de la Constitución.

³⁹ Artículos 141 de la Constitución, 4 y 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

⁴⁰ Esta expresión tiene como antecedentes, los artículos 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn y 103.1 de la Constitución Española.

⁴¹ En la doctrina científica nacional existe un intenso debate sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos. Han reconocido la existencia de la presunción de legalidad, BREWER-CARÍAS, Allan R. **Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana**. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1964, p. 131; y el mismo autor, **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, tomo III, La Actividad Administrativa, Vol. 1, Reglamentos, Procedimientos y Actos Administrativos**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1976, pp. 100-102; más recientemente, **Tratado de Derecho Administrativo: Derecho Público en Iberoamérica. Tomo III**. Madrid: Fundación Editorial Jurídica Venezolana y Civitas-Thomson Reuters, 2013; desde comienzos de los setenta, LARES MARTÍNEZ, Eloy. **Manual de Derecho Administrativo**. 2ª ed. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1970, p. 157; ARAUJO-JUÁREZ, José. **Derecho Administrativo General, Acto y Contrato Administrativo**. Caracas: Ediciones Paredes, 2011, pp. 78-84; en contra de la existencia de la presunción de legalidad se han pronunciado dentro de los administrativistas PÉREZ LUCIANI, Gonzalo. La llamada presunción de legitimidad de los actos administrativos. In: **Escritos del Doctor Gonzalo Pérez Luciani**. Caracas: Fundación Bancaribe, 2013, pp. 443-489; entre los tributaristas ABACHE ABASCAL, Serviliano. **La atipicidad de la presunción de legalidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012; y, RUÁN SANTOS, Gabriel. La presunción de legitimidad de los actos administrativos. In: **La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantes de los derechos humanos. Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA**. Caracas: Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios de Derecho Público y Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila-FUNEDA, 2013, pp. 85-118.

a) La imposibilidad de la Administración Pública de realizar el control difuso de constitucionalidad

Así las cosas, partiendo del deber de la Administración Pública de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, es decir, al bloque de la legalidad, al no existir una disposición en el ordenamiento jurídico que le atribuya competencia expresa a ésta para ejercer el control difuso de la constitucionalidad, en caso de enfrentarse a una ley o norma legal que le lleve a cuestionar su validez constitucional para resolver un asunto concreto, la Administración Pública estaría impedida de ejercer el referido control difuso de constitucionalidad, so pena de incurrir en usurpación de funciones del Poder Judicial⁴² y por ende en incompetencia manifiesta, lo que de producirse constituiría una expresión del vicio de nulidad absoluta del acto jurídico, que hubiese materializado tal declaración de control difuso de la constitucionalidad.

Esta ha sido la posición histórica de la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la República⁴³, que al analizar el control de la constitucionalidad de las leyes vigentes y calificarlo como mixto, es decir, concentrado y difuso, ha señalado que éste se encontraba atribuido a todos los jueces de la República y en consecuencia, son únicamente los funcionarios que integran la rama del Poder Judicial, los guardianes de la Constitución y quienes deben aplicarla prevalentemente a las leyes ordinarias.

Más recientemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, consideró que la Administración Pública no puede ejercer el control difuso de la constitucionalidad de una norma legal y resolver desaplicarla, porque al hacerlo incurría en una flagrante violación del artículo 334 de la Constitución, que le atribuye competencia exclusiva a los jueces de la República, para que al momento de resolver un asunto concreto, verifiquen la compatibilidad o no con la Constitución de la norma legal que debería ser aplicada a tal caso y de apreciar lo segundo, deben proceder a desaplicarla en el caso concreto y darle preeminencia a la norma suprema⁴⁴.

Ello así, el tema que se plantea es el siguiente: Ante la ausencia de competencia expresamente establecida a la Administración Pública en el ordenamiento jurídico para ejercer el control difuso de la constitucionalidad, qué podrá hacer ésta para cumplir con su deber de garantizar la preeminencia de la Constitución, cuando se encuentre con una norma legal que según su parecer pudiera ser inconstitucional.

⁴² Artículo 138 de la Constitución.

⁴³ Corte Federal y de Casación, sentencia de 19 de junio de 1953.

⁴⁴ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 331, de 13 de marzo de 2001; ratificado en sentencias 833, de 25 de mayo de 2001 y 752, de 5 de mayo de 2005.

b) La Administración Pública ante la incompatibilidad constitucional sobrevenida de las leyes preexistentes

Hipotéticamente los casos de inconstitucionalidad de normas jurídicas, pueden producirse como consecuencia de una modificación constitucional, que provoque que aquellos textos considerados conformes a la Constitución preexistente, una vez entrada en vigor tal modificación, puedan ser considerados incompatibles con el nuevo ordenamiento constitucional.

Allí se plantearían dos posibles soluciones: La primera sería, que la Administración Pública invocase la cláusula derogatoria única de la Constitución, que declara derogado tanto el precedente texto constitucional como todo el ordenamiento jurídico preexistente que lo contravenga y en consecuencia al entenderse derogada por la propia Constitución las normas infraconstitucionales, únicamente se estaría limitando a ejecutar la Constitución vigente y las leyes posteriores que la desarrollan, que resulten aplicables al momento de resolver el asunto sometido a su consideración, dando por cierto, que las normas legales preexistentes que considera incompatibles con la Constitución, se encuentran expresamente derogadas por la norma de superior jerarquía y temporalmente posterior contenida en la Constitución⁴⁵.

La segunda consistiría en la operación jurídica de realizar una valoración y aplicación del ordenamiento jurídico existente, en armonía o conformidad con la Constitución, es decir, que la Administración Pública al analizar el caso, cuando llegue el momento de exponer las razones que la llevan a adoptar la resolución del asunto concreto, explique porqué le otorga tal interpretación a la norma legal preconstitucional aplicable, pero analizada y valorada en atención a las previsiones del nuevo texto constitucional, es decir, que deberá exponer de manera razonada, en una suerte de interpretación progresiva de la norma y al amparo de los postulados contemplados en la Constitución, porqué se impone esa interpretación para la resolución adoptada en el caso concreto.

c) La Administración Pública ante la incompatibilidad constitucional de leyes expedidas bajo la vigencia de la Constitución

Otra hipótesis sería aquella en que vigente la Constitución, posteriormente se expiden normas legales que al momento de aplicarlas para resolver un asunto determinado, presenten dudas sobre su validez constitucional.

Aquí también se podrían considerar varios escenarios: En el primero, la Administración Pública se encuentra en la imposibilidad de aplicar el control difuso de inconstitucionalidad por no tener competencia expresamente atribuida para ello, pero

⁴⁵ Sobre esta solución, resulta valioso considerar lo expuesto por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencias 1307 de 22 de junio de 2005 y 877 de 11 de julio de 2007.

tampoco puede desatender el deber de cumplir la Constitución⁴⁶. Por ello, al observar que una norma jurídica infraconstitucional o todo un texto legal en su criterio no luce compatible con la Constitución, podría actuar como si no existiera, es decir, ignorar o abstenerse de aplicar la norma o el texto legal que considera contraviene la norma constitucional y proceder a resolver el asunto de su competencia conforme a la propia interpretación y valoración que hace de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico que considera compatible con la norma suprema.

Esta actuación sin duda resultaría altamente compleja, porque cualquier funcionario administrativo con responsabilidad de tomar decisiones, por más calificado que sea, -aunque carezca de la debida formación jurídica-, se sentirá habilitado para hacer un juicio de valor sobre las normas y leyes que considera constitucionales y aquellas que no, en cuyo caso procedería a ignorarlas o abstenerse de aplicarlas en la resolución de los asuntos que tenga legalmente atribuidos.

En esencia, lo que sucedería es que la Administración Pública al proceder de la manera antes mencionada, estaría incurriendo en una suerte de desobediencia a la ley, en el entendido que de aplicarla le conduciría a desconocer la vigencia de la Constitución, pero que al ignorarla o abstenerse de aplicarla en el caso concreto con fundamento en la supuesta o aparente inconstitucionalidad, lo que estaría realizando es la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico en auténtico desacato de la ley, aunque aparentemente amparado en el deber de garantizar la supremacía de la Constitución.

No obstante, esta aparente solución de que la Administración Pública justifique su actuación de ignorar o abstenerse de aplicar una ley o algunas normas para resolver un asunto concreto, en el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución por encima de cualquier texto infraconstitucional, conlleva a un problema adicional, pues ésta al no exponer las razones para ignorar o abstenerse de aplicar los textos legales en la resolución del caso particular, no incurriría en un ejercicio expreso de control de la constitucionalidad -aunque podría alegarse que es un ejercicio tácito, pues el efecto final sería el mismo-, pero en cambio, sin duda incurriría en la violación del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, pues los destinatarios de tal decisión, desconocerían las razones por las que existiendo una ley o normas aplicables a su asunto, no fueron consideradas o tenidas en cuenta para solucionar el caso planteado.

⁴⁶ Este tema ha sido objeto de un intenso debate en la doctrina científica GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009; MARIENOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: T. I, 1977, p. 455; BIDART CAMPOS, Germán. **Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino**. Buenos Aires: T. I., 1986, p. 102; SARMIENTO GARCÍA, Jorge. La jefatura administrativa del Presidente de la Nación. In: **Atribuciones del Presidente Argentino**. Buenos Aires: Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Buenos Aires, 1986, p. 233; COMADIRA, Julio Rodolfo. La posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional. **Derecho Administrativo**. 2ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, p. 733-746.

Como se puede apreciar, este escenario no brinda una solución clara al problema planteado, pues no se puede garantizar la supremacía de la Constitución, amparándose en la aplicación de unas normas constitucionales cuya preservación conduce necesariamente al desconocimiento, violación o menoscabo de otras de idéntica jerarquía.

El segundo escenario, tiene su fundamento en la tesis de la garantía universal e indivisible de los Derechos Humanos establecida en el sistema constitucional, -en esencia del denominado nuevo constitucionalismo democrático-, que ha llevado a sostener que la Administración Pública con fundamento en los artículos 7, 19, 25 y 137 de la Constitución en concordancia con los artículos 1, 2, 5, 8 y 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública pueden desaplicar en un caso concreto, de manera temporal, una norma que viole de manera ostensible los Derechos Humanos, sin que pueda argumentarse jerarquía alguna superior, presunción de legalidad o de legitimidad, frente a los derechos que pueden ser violados o menoscabados por la actuación administrativa, en virtud de ser éstos preeminentes⁴⁷.

No obstante se advierte, que a los fines de ser congruentes con el principio de división del Poder Público y del respeto a las competencias constitucionalmente atribuidas al Poder Judicial, la Administración Pública al momento de desaplicar una disposición que puede violar o desconocer los Derechos Humanos, con fundamento en el principio de supremacía de la Constitución, debe plantear el incidente de inconstitucionalidad ante los tribunales con competencia constitucional y suspender el respectivo procedimiento administrativo, hasta que se produzca la sentencia sobre la validez o invalidez constitucional.

En razón de ello se sostiene, de no admitirse que la Administración Pública se encuentra facultada al igual que los otros órganos que ejercen el Poder Público, para garantizar la supremacía de la Constitución y la preeminencia de los Derechos Humanos, se tendría que concluir que el artificio de la presunción de legalidad y de legitimidad de los actos de los órganos que ejercen el Poder Público ha contribuido a evaporizar la garantía universal e indivisible de los Derechos Humanos establecida en el sistema constitucional, cuya protección y vigencia es una obligación y una facultad de la Administración Pública, que no exclusiva del Poder Judicial.⁴⁸

El tercer escenario, que resulta ser el más ortodoxo y en principio es el que disfruta de mayor tradición constitucional, implica que si la Administración Pública al momento de resolver un asunto aprecia una duda sobre la compatibilidad con la Constitución de un texto o de determinadas normas legales, puede dirigirse a la Procuraduría

⁴⁷ DUQUE CORREDOR, Román J. **Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 Autores en Homenaje al posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello**. Tomo I. Caracas: Ediciones Paredes, 2007, pp. 169-170.

⁴⁸ DUQUE CORREDOR, Román J., Ob. cit., pp. 170-171.

General de la República⁴⁹, solicitarle que analice el asunto y de ser procedente, que ejerza la demanda de inconstitucionalidad que activaría el control concentrado que es competencia exclusiva del Tribunal Supremo de Justicia, pudiendo fundamentar su actuación en el artículo 333 de la Constitución e incluso contando con la posibilidad de formular una pretensión de medidas cautelares⁵⁰, para lograr el mandamiento provisional de no aplicación de las normas presuntamente inconstitucionales⁵¹, mientras se resuelve la demanda de inconstitucionalidad.

En tal caso, la Administración Pública actuaría tanto en cumplimiento del deber de garantizar la supremacía de la Constitución, como de sujetar estrictamente su actuación al principio de legalidad administrativa.

5. LOS TIPOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Conforme a la evolución constitucional antes mencionada, se reconoce la existencia de dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad: El primero conocido como control difuso y el segundo denominado control concentrado, es decir, en Venezuela coexisten el sistema de control de constitucionalidad difuso nacido en América⁵² y de preeminente aplicación en este continente; con el sistema de control de constitucionalidad concentrado, que aunque tiene su origen también en América y en particular en las normas de las constituciones venezolanas del siglo XIX antes citadas, posteriormente aparecerá en algunos países de Europa y será allí donde adquirirá gran reputación y desarrollo a partir de la segunda década del siglo XX⁵³, al extremo que se ha considerado que su origen es europeo.

Esto ha llevado a entender que en Venezuela se tiene un sistema mixto de control de la constitucionalidad, donde concurren por una parte el control concentrado, que también es calificado como abstracto, directo u objetivo; y por la otra el control difuso, que es considerado como concreto, indirecto y subjetivo⁵⁴⁻⁵⁵.

⁴⁹ Artículos 247 de la Constitución y 9.8 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

⁵⁰ Artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

⁵¹ PÉREZ SALAZAR, Gonzalo. Las medidas cautelares en los procesos constitucionales: balance a un año de vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. In: **I Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. Los Retos del Derecho Procesal Constitucional en Latinoamérica en Homenaje al Dr. Román Duque Corredor**. Caracas: Universidad Monteávila y FUNEDA, 2011, p. 219-246.

⁵² Suprema Corte de Estados Unidos de América, caso Marbury vs. Madison, de 24 de febrero de 1803.

⁵³ Constitución Austriaca de 1° de octubre de 1920, que crea el Tribunal Constitucional.

⁵⁴ BREWER-CARÍAS, Allan R. **Justicia Constitucional, Las Instituciones Políticas y Constitucionales**. 3ª ed. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1996, p. 81-86.

⁵⁵ BLANCO GUZMÁN, Armando L. El control de constitucionalidad y la Administración Pública. In: **La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantes de los derechos humanos: homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA**. Caracas: Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios de Derecho Público y Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila-FUNEDA, 2013, p. 49-69.

El control difuso de la constitucionalidad le otorga poderes constitucionales a todos los jueces para proceder, bien por su propia iniciativa o bien a instancia de cualquier persona involucrada en un proceso concreto, a evaluar la sujeción a la Constitución de una disposición o de un texto normativo en su integridad, que deba ser aplicado en ese asunto determinado y en caso de llegar a la conclusión de que es compatible, deberá aplicar la disposición o texto infraconstitucional para resolver el asunto específico; pero de apreciar que existe una desconformidad entre aquella y éstos, entonces debe proceder a la desaplicación de tal disposición o texto a los fines de resolver el caso concreto, debiendo darle aplicación directa y preeminente a la Constitución.

Es pertinente destacar que el control difuso de la constitucionalidad ha sido atribuido a cualquier juez de la República, sin importar su jerarquía y competencia dentro de la organización del Poder Judicial, se puede aplicar en procesos de toda naturaleza, la sentencia que resuelve el asunto tiene efectos únicamente entre las partes involucradas en el conflicto y en teoría otros tribunales podrían resolver asuntos similares que contuviesen el mismo planteamiento de naturaleza constitucional, de manera diferente.

El control concentrado de la constitucionalidad le atribuye poderes constitucionales expresos al Tribunal Supremo de Justicia, para actuar a instancia de cualquier persona en virtud de una acción popular y en principio, proceder a la constatación de que las leyes y demás actos jurídicos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, por los órganos que ejercen el Poder Público, han sido expedidos en apego o conformidad a la Constitución. En caso de corroborar tal sujeción deberá declarar la constitucionalidad de aquellos; pero de verificar la incompatibilidad con la Constitución, deberá ejercer el control de la constitucionalidad declarando de manera permanente en el tiempo la nulidad de dichos actos y restableciendo la efectividad y vigencia plena de la Constitución.

Es importante tener en cuenta que el control concentrado no se limita a verificar la constitucionalidad de las leyes y de los actos jurídicos de similar jerarquía, sino también las omisiones legislativas y es competencia exclusiva y excluyente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que puede ejercerlo tanto en procesos constitucionales contra actos jurídicos de jerarquía legislativa o de equivalente naturaleza, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como en el caso de omisiones legislativas que aparentemente hayan materializado una ausencia o abstención absoluta o parcial del desarrollo de la Constitución. La sentencia que resuelva positivamente el asunto tiene efectos frente a todos, es decir, incluso ante quienes no participaron en el proceso y por mandato constitucional los demás tribunales deben asumir lo resuelto con carácter vinculante.

6. LOS MECANISMOS PROCESALES DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

La doctrina científica atendiendo a las recientes reformas legislativas ha clasificado los mecanismos procesales de control de la constitucionalidad, teniendo en consideración las distintas demandas que el legislador reconoce se pueden formular ordinariamente ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y excepcionalmente ante otros tribunales de la República⁵⁶.

No obstante, a los fines del presente estudio, los mecanismos procesales de control de la constitucionalidad pueden ser catalogados en dos grandes categorías: Unos son los procesos constitucionales que no requieren mayor tramitación, si se prefiere no contenciosos, pues se pretende un pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que constate el sometimiento pleno al bloque de la constitucionalidad de los actos legislativos, los actos de gobierno o los actos jurisdiccionales. En esta categoría se encuentran los siguientes:

1. *Los procesos de solicitudes de constatación de sujeción a la Constitución de textos legislativos.*
 - 1.1. *Solicitud de constatación previa de conformidad a la Constitución, del carácter orgánico de las leyes.*
 - 1.2. *Solicitud de declaración de constitucionalidad de una ley sancionada, antes de su promulgación.*
2. *Los procesos de solicitudes de sujeción a la Constitución de los actos de gobierno.*
 - 2.1. *Solicitud de constatación de conformidad a la Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República.*
 - 2.2. *Solicitud de constatación de conformidad a la Constitución de los decretos que declaran estados de excepción.*
3. *Los procesos de revisión constitucional de sentencias.*
 - 3.1. *Revisión de sentencias definitivamente firmes dictadas por los tribunales que desconozcan o ignoren la Constitución, los principios constitucionales o los precedentes de la Sala Constitucional.*

⁵⁶ BREWER-CARÍAS, Allan R. **Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2010, p. 105-140; Sobre la Justicia Constitucional y la Justicia Contencioso Administrativo. A los 35 años del inicio de la configuración de los procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos (1976-2011), **El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 35-57.

3.2. Revisión de sentencias dictadas por otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia que desconozcan la Constitución, los tratados internacionales o los precedentes de la Sala Constitucional.

3.3. Revisión de sentencias definitivamente firmes en las que se haya producido pronunciamiento de control difuso de la constitucionalidad.

En los procesos antes mencionados, en principio, la resolución del asunto se encuentra prevista que se produzca sin mayor tramitación, sin contención, aunque la ley admite una posibilidad excepcional, en caso que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia lo estime pertinente puede dictar un auto para mejor proveer o convocar una audiencia⁵⁷⁻⁵⁸.

Los otros son los procesos constitucionales que requieren tramitación, realmente contenciosos, que tienen como finalidad el control de la constitucionalidad de los actos u omisiones de los órganos que ejercen el Poder Público⁵⁹. En esta categoría se encuentran los procesos siguientes:

1. Los procesos comunes para distintas demandas sobre asuntos constitucionales.

1.1. El proceso de demandas contra los actos de los órganos que ejercen el Poder Público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

1.2. El proceso de demandas frente a las omisiones legislativas de ejecutar o cumplir la Constitución.

1.3. El proceso de demandas de interpretación constitucional.

1.4. El proceso de demandas de controversia constitucional.

2. Los procesos para resolver conflictos de derechos constitucionales colectivos.

⁵⁷ Artículo 145 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

⁵⁸ Es importante tener presente, que en virtud de la remisión expresa que realiza el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia al Código de Procedimiento Civil, en los procesos constitucionales no contenciosos se puede aplicar el artículo 11 del citado Código, que dispone en la parte pertinente lo siguiente: "En los asuntos no contenciosos, en los cuales se pida alguna resolución, los jueces obrarán con conocimiento de causa, y, al efecto, podrán exigir que se amplíe la prueba sobre los puntos en que la encontraren deficiente, y aún requerir otras pruebas que juzguen indispensables; todo sin necesidad de las formalidades de juicio".

⁵⁹ En la doctrina científica se sostiene que "En efecto, Latinoamérica tiene explicaciones distintas sobre el significado de "proceso constitucional", porque algunos lo reducen a los procedimientos destinados a concretar el control de constitucionalidad, y otros lo afincan en procesos especiales como el amparo, el hábeas data o el hábeas corpus.

No faltan quienes haciendo una lectura expansiva del concepto lo encolumnan con los procesos colectivos, y particularmente, en los que tutelan los derechos e intereses de usuarios y consumidores; la protección del ambiente; o la justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales". GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. La prueba en los procesos constitucionales. In: **Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo**. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2010.

- 2.1. *El proceso de demandas frente a servicios públicos*⁶⁰.
- 2.2. *El proceso de demandas cuando se trate de asuntos de trascendencia nacional.*
- 2.3. *El proceso de demandas cuando se trate de asuntos que no son de trascendencia nacional.*
3. *Los procesos para resolver conflictos de derechos constitucionales individuales.*
 - 3.1. *El proceso de amparo.*
 - 3.2. *El proceso de hábeas corpus.*
 - 3.3. *El proceso de hábeas data.*
4. *Los procesos contencioso administrativo de anulación de actos administrativos contrarios a la Constitución.*

Los procesos que se mencionan en esta segunda categoría son competencia de distintos órganos jurisdiccionales como la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (demandas contra actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, frente a las omisiones legislativas, de interpretación constitucional, de controversia constitucional, de derechos colectivos frente a asuntos que son de trascendencia nacional), los tribunales de primera instancia civil (derechos colectivos frente a asuntos que no son de trascendencia nacional), los juzgados municipales contencioso administrativos (hábeas data⁶¹ y derechos colectivos frente a servicios públicos), todos los tribunales de la República (amparo constitucional⁶²), los tribunales penales (hábeas corpus⁶³) y los tribunales contencioso administrativos (anulación de actos administrativos contrarios a la Constitución) y todos tienen en común que durante la tramitación de la audiencia -salvo el proceso contencioso administrativo de anulación-, las partes además de exponer sus alegatos, pueden producir los medios probatorios que sean legales y pertinentes para llevar a la convicción del órgano jurisdiccional, que el asunto controvertido está ajustado o no al bloque de la constitucionalidad.

⁶⁰ Resulta necesario aclarar que por la actividad material involucrada “los servicios públicos” y conforme al artículo 259 de la Constitución, este debería ser catalogado como un proceso administrativo, pero en el caso de encontrarse afectados “derechos constitucionales colectivos”, también podría ser ubicado entre los procesos constitucionales. Dado que el tema presenta un carácter complejo en la realidad venezolana se ha incluido en esta clasificación con fines meramente didácticos, sin con ello pretender dar por zanjado un debate en pleno desarrollo.

⁶¹ PÉREZ SALAZAR, Gonzalo. Naturaleza jurídica del hábeas data. In: **La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p. 697-721.

⁶² KIRIAKIDIS L., Jorge C. **El amparo constitucional venezolano: mitos y realidades**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, 2012.

⁶³ PÉREZ SALAZAR, Gonzalo. Naturaleza jurídica del hábeas corpus. In: **II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. La Justicia Constitucional en el Estado social de Derecho en Homenaje al Dr. Néstor Pedro Sagües**. Caracas: Universidad Monteávila y FUNEDA, 2012, p. 263-298.

No se puede soslayar que luego de entrada en vigencia la Constitución de 1999, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, fue declarada virtualmente inconstitucional por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en la sentencia de 1 de febrero de 2000, oportunidad en la cual se estableció cómo se debía tramitar el proceso de amparo, mientras se adoptaba un nuevo texto jurídico acorde a los principios constitucionales.

Sin embargo, al expedirse la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se regularon de manera transitoria los procesos constitucionales, mientras se dicta la Ley de la Jurisdicción Constitucional⁶⁴, pero no se hizo referencia alguna al proceso de amparo y al proceso de hábeas corpus, aun cuando ambos deben estar regulados en un texto legal, por ser materia de expresa reserva legal, en virtud de lo establecido en los artículos 26, 27, 137, 156.32, 253, 257, 261 y 269 de la Constitución.

De allí que ante la presencia de una demanda de amparo o de hábeas corpus, que deben tramitarse cumpliendo con las referidas disposiciones constitucionales, el operador jurídico debía auxiliarse del artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual dispone expresamente que “... cuando en el ordenamiento jurídico no se preceptúe un proceso especial a seguir se podrá aplicar el que las Salas juzguen más conveniente para la realización de la Justicia, siempre que tenga fundamento legal”⁶⁵, es decir, la norma no hace otra cosa que habilitar al órgano jurisdiccional para que en aplicación de la analogía, no cree, sino que elija uno de los procesos legalmente establecidos, por lo que en ausencia de una norma jurídica que regulase expresamente el proceso de amparo y de hábeas corpus, y hasta tanto se dictase la susodicha Ley de la Jurisdicción Constitucional, el órgano jurisdiccional competente podía utilizar alguno de aquellos establecidos en la propia Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, siendo quizás el más idóneo para tramitar y resolver tales asuntos, por su semejanza o similitud, el regulado para el proceso de hábeas data⁶⁶.

Sin embargo, luego de 15 años de vigencia de la Constitución, se ha expedido la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en 2015, quedando regulado los procesos de amparo constitucional y hábeas corpus o amparo a la libertad personal en el texto recién entrado en vigencia y en consecuencia resueltas todas las discusiones sobre las leyes que se podían aplicar y los procesos que se debían seguir para tramitar el amparo constitucional⁶⁷.

⁶⁴ Artículo 127 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

⁶⁵ El antecedente de esta norma es el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

⁶⁶ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 952, de 20 de agosto de 2010.

⁶⁷ BREWER-CARÍAS, Allan R.; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. **Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2015.

Finalmente cabe mencionar, que el proceso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos contrarios a Derecho, se encuentra regulado en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁶⁸⁻⁶⁹.

7. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD COMO EXPRESIÓN DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

El bloque de la constitucionalidad ha experimentado una importante y positiva ampliación luego de las reformas constitucionales que se desarrollaron progresivamente a partir de 1990, en los distintos países del continente americano y sin duda que Venezuela no ha sido la excepción.

En lo que atiene al asunto que ocupa este estudio, cabe destacar que la reforma constitucional de 1999 comienza por proclamar la preeminencia de los Derechos Humanos como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico y de la actuación de los órganos que ejercen el Poder Público⁷⁰, ratifica la cláusula innominada de Derechos Humanos de dilatado arraigo en la tradición constitucional venezolana, mediante la que se reconoce que la enunciación de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos no deben ser interpretados o entendidos como negación de otros, que siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente reconocidos en ellos⁷¹.

Seguidamente, estableció la Constitución que los tratados, pactos y convenciones relativos a Derechos Humanos, suscritos y ratificados por el Estado, quedan incorporados al derecho interno con "jerarquía constitucional" y prevalecen frente al derecho de origen nacional, en la medida que contemplen normas sobre el goce y ejercicio de tales derechos, más favorables a las establecidas en la propia Constitución o en las leyes, resultando en esos casos de aplicación inmediata y directa por todos los tribunales y los demás órganos que ejercen el Poder Público⁷².

Esto lleva a la concluyente afirmación que el *corpus iuris* de la convencionalidad⁷³ ha sido constitucionalizado y se ha integrado al resto de las normas de jerarquía constitucional, para pasar a constituir formalmente parte del bloque de la constitucionalidad.

⁶⁸ BREWER-CARÍAS, Allan R. Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. In: **Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa**. 2ª ed. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 9-151.

⁶⁹ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Venezuela. **Revista de Administración Pública** N° 182. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 255-282.

⁷⁰ Artículo 2 de la Constitución.

⁷¹ Artículo 22 de la Constitución.

⁷² Artículo 23 de la Constitución.

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999.

Sin embargo, luce pertinente aclarar que aunque se interrelacionan e incluso pueden llegar a yuxtaponerse, resulta perfectamente posible diferenciar el bloque de la convencionalidad del bloque de la constitucionalidad.

En efecto, el bloque de la convencionalidad puede ser identificado, por el origen internacional de todos los tratados, pactos, convenciones, protocolos o resoluciones, así como de los principios generales y la jurisprudencia; por el ámbito de regulación, fundamentalmente de garantía y protección de los Derechos Humanos en ellos reconocidos; y por el contenido de los instrumentos que lo integran, que al constituir un *numerus apertus*, quedan comprendidos tanto los existentes actualmente, como todos aquellos instrumentos que inspirados en el principio de progresividad puedan ser suscritos y ratificados futuramente por el Estado.

En tanto, tradicionalmente se ha identificado el bloque de la constitucionalidad, con aquel cuyo origen es nacional, comprendido por la Constitución, los principios constitucionales y las leyes constitucionales; que su ámbito de regulación abarca los valores y aspectos dogmáticos, los aspectos orgánicos y los medios internos o nacionales de garantía y protección de los Derechos Humanos; en tanto que su contenido siendo estable, goza de cierta flexibilidad, que permite su modificación, bien mediante la incorporación de nuevas disposiciones en leyes de jerarquía constitucional o a través de los mecanismos contemplados en la propia Constitución.

Según esto, se ha producido un doble fenómeno, el que se ha experimentado en clave internacional, ha sido la internacionalización del ordenamiento constitucional y legal; mientras que desde la perspectiva nacional, es de constitucionalización del ordenamiento de origen internacional en materia de Derechos Humanos, pasando a integrar el bloque de la constitucionalidad.

Es así como Venezuela se hizo miembro de la Organización de Estados Americanos a partir de 1951, suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969, reconoció la competencia de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos en 1977 y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1981.

Ahora bien, con fundamento en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el resto de las convenciones y protocolos que integran el bloque de la convencionalidad, los órganos del Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos, desde que entraron en funcionamiento han venido velando por la protección de los Derechos Humanos y el cumplimiento de tales convenciones y protocolos.

Esto permite afirmar, en lo que respecta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que a partir de su primera decisión en función jurisdiccional, comenzó a realizar el denominado control concentrado de convencionalidad y con ello a construir los

criterios jurisprudenciales que desarrollan los estándares de protección de los Derechos Humanos y que deben cumplir las autoridades nacionales en cada país⁷⁴.

No obstante ello, se ha puesto sobre el tapete el denominado control difuso de convencionalidad⁷⁵, que impone a los jueces nacionales en sus respectivos países, la obligación de aplicar y resolver conforme a las convenciones, pactos o protocolos, aquellos asuntos de su competencia en que se puedan haber lesionado o desconocido Derechos Humanos reconocidos, protegidos o garantizados por tales textos internacionales, a través de actos jurídicos u omisiones imputables a los órganos que ejercen el Poder Público en un determinado país. Dicho control tiene una doble finalidad, por una parte, restablecer la efectiva aplicación y vigencia de las disposiciones convencionales que han sido desconocidas por la actividad e inactividad de las autoridades nacionales; y por la otra, de resultar procedente, garantizar la protección y eventual reparación e indemnización de los daños causados a las víctimas.

Esta evolución del Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos no reporta mayor novedad en el caso venezolano, pues tanto los tribunales de instancia⁷⁶ como la Corte Suprema de Justicia⁷⁷ venían cumpliendo esa tarea de control difuso de la convencionalidad, -aunque sin emplear ésta afortunada expresión- a partir del progresivo reconocimiento de la incorporación de los pactos, convenciones y tratados sobre Derechos Humanos al derecho interno a través de la leyes de aprobación, que fue realizando la jurisprudencia⁷⁸.

⁷⁴ STEINER, Christian; URIBE, Patricia (eds.). **Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario**, Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2014.

⁷⁵ Los antecedentes referenciales del control difuso de convencionalidad efectuados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se encuentran en las sentencias de 25 de noviembre de 2003, *Mack Chang vs Guatemala*; de 7 de septiembre de 2004, *caso Tibi vs Ecuador*. El precedente donde se asume plenamente fue la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 26 de septiembre de 2006, *caso Almonacid Arellano vs Chile*.

⁷⁶ El Juzgado Superior en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal, caso *La Rondalera*, sentencia de 10 de febrero de 1983 fue pionero en mencionar entre las "...leyes vigentes en Venezuela los Tratados Internacionales cuya normativa transcribimos en materia de derechos humanos, políticos, civiles y penales...", a los fines de admitir la protección a través del amparo constitucional, lo que lleva a considerar con absoluta propiedad, que esta sentencia "... puede considerarse, en Venezuela, como el antecedente remoto del control de convencionalidad que permitió, con base en las disposiciones de la Convención Americana, que se generalizara la admisión de las acciones de amparo aún sin que se hubiese dictado la ley que la regulara...". BREWER-CARÍAS, Allan R. **Algunos antecedentes de la protección del derecho convencional en el ámbito interno**. Ponencia elaborada para el IV Congreso Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo, organizado por la Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo, Prof. Jesús González Pérez, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, días 22 al 25 de octubre de 2013.

⁷⁷ La Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, caso *Andrés Velázquez*, sentencia de 20 de octubre de 1983, como máxima instancia del Poder Judicial abandona expresamente la tesis del carácter programático de los derechos constitucionales que no habían sido regulados por vía legal, "... desde el momento en que por Ley se habían aprobado Convenciones Internacionales sobre derechos humanos que exigían la garantía del amparo".

⁷⁸ BREWER-CARÍAS, Allan R. **El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los Derechos**

No corresponde analizar cada uno de estos casos por exceder los límites de este trabajo, pero lo que interesa destacar es que a través de ellos la Corte Suprema de Justicia de Venezuela efectuó tanto el control difuso de convencionalidad, como la equiparación de los tratados, convenciones y protocolos sobre Derechos Humanos a las disposiciones constitucionales, para que en ausencia de reconocimiento expreso por éstas, se les pudiesen brindar plena protección a determinados derechos expresamente reconocidos en el *corpus iuris* o bloque de la convencionalidad.

En tales casos, la Corte Suprema de Justicia procedió a contrastar si a través de la actividad o inactividad imputable a los órganos que ejercen el Poder Público, se habían desconocido o lesionado Derechos Humanos no expresamente reconocidos o protegidos por el ordenamiento jurídico nacional y al advertir dicha situación, procedió a ordenar su restablecimiento inmediato, mediante la aplicación del bloque de la constitucionalidad (convencionalidad más constitucionalidad).

Ello permite apreciar que la Corte Suprema de Justicia fue pionero en efectuar lo que en el actual Sistema Interamericano de Derechos Humanos se conoce como control difuso de convencionalidad y que a nivel nacional no es otra cosa que una expresión de control del bloque de la constitucionalidad—concentrado o difuso—, lo que en la actualidad resulta perfectamente posible, en la medida que la propia Constitución le otorga de manera expresa, aplicación directa y preferente a las convenciones, pactos, tratados y protocolos internacionales sobre Derechos Humanos⁷⁹, que conforme al principio de progresividad deberán ser aplicados en tanto reconozcan mayor garantía y protección a dichos derechos, que los brindados por la misma Constitución o el resto del ordenamiento jurídico nacional; pero si el ordenamiento jurídico nacional brinda igual o mayor garantía y protección a los Derechos Humanos, el asunto se resolverá aplicando éste, sin necesidad de acudir a las normas convencionales, tal como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia⁸⁰.

8. EL NOVEDOSO CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS FALLOS QUE INTERPRETAN Y APLICAN LA CONVENCIONALIDAD

En el Derecho Constitucional venezolano, el control *ex ante* de constitucionalidad de los tratados internacionales es posible dentro del denominado control preventivo, es decir, que éstos pueden y deben ser objeto de control de constitucionalidad

Humanos. Conferencia preparada para la jornada organizada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sobre El control de convencionalidad y su aplicación, San José, Costa Rica, días 27-28 de septiembre de 2012.

⁷⁹ Artículo 23 de la Constitución.

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia en Pleno, sentencia de 16 de marzo de 1993.

antes de su ratificación⁸¹, a los fines de evitar que una vez que se produzca ésta, se pueda ver comprometida en el futuro la responsabilidad internacional de la República.

Por otro lado, conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados aprobada en 1969 y vigente desde 1980, que recoge la aplicación del principio *pacta sunt servada*, todos los tratados en vigor obligan a las partes y deben ser cumplidos de buena fe y con efecto útil, sin que sea posible invocar normas de derecho interno como justificación para el incumplimiento de los mismos⁸².

En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estableció dos disposiciones que no requieren de ninguna interpretación, respecto a su aplicación. Es así como el artículo 2 dispone:

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

La otra norma, es el artículo 68, que obliga a las partes a ejecutar las sentencias adoptadas en aplicación de la Convención. Esta cláusula señala:

- 1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.*
- 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.*

Conforme a esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al precisar la manera como debe operar el control difuso de la convencionalidad por los tribunales nacionales, ha sostenido que:

...los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la

⁸¹ Artículo 336.5 de la Constitución.

⁸² Artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

*Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*⁸³

En esta línea argumentativa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos luego estima que:

*... los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.*⁸⁴

Posteriormente, la misma Corte ha ratificado aunque refiriéndose a todas las autoridades internas u órganos del Estado signatario de la Convención, que:

*...es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.*⁸⁵

No obstante, el Tribunal Supremo de Justicia en manifiesto desconocimiento de las disposiciones de la Convención Americana que tienen jerarquía constitucional y de la interpretación realizada por la Corte Interamericana, así como de la parte final del artículo 31 de la Constitución, que obliga al Estado conforme a los procedimientos constitucionales y legales, a adoptar “*las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales*” sobre protección de Derechos Humanos, ha venido construyendo una teoría que termina invocando normas de derecho interno –mal interpretadas y peor aplicadas-, para concluir desconociendo las obligaciones del Estado, contraídas conforme al Derecho Internacional y en especial de las normas de *ius cogens*, que le imponen cumplir de buena fe y con efecto útil, tanto con

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de junio de 2006, caso Almonacid Arellano vs Chile.

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de noviembre de 2006, caso Aguado Alfaro y otros vs Perú.

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de noviembre de 2010, caso Cabrera García y Montiel Flores vs México; y sentencia de 24 de febrero de 2011, caso Gelman vs Uruguay.

la Convención Americana sobre Derechos Humanos como con la interpretación que de la misma ha hecho la Corte Interamericana, en su condición de último y auténtico intérprete de dicho instrumento internacional⁸⁶.

Es así como paulatinamente el Tribunal Supremo de Justicia ha ido construyendo jurisprudencialmente la tesis del control *ex post* de constitucionalidad de la Convención y de los fallos de la Corte Interamericana que interpretan y aplican la convencionalidad⁸⁷, basada en su particular explicación de la supremacía de la Constitución⁸⁸ y en una interpretación y aplicación decimonónica de los principios de soberanía nacional y de no intervención, llegando al extremo de declararlos inejecutables por el Estado venezolano y de exhortar la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸⁹.

El Tribunal Supremo de Justicia de manera desafortunada ha creado un control posterior de constitucionalidad de la Convención y ha promovido el desacato de las sentencias de la Corte Interamericana, en evidente desconocimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado en la propia Convención⁹⁰.

Ello ha comprometido tanto la responsabilidad internacional de la República⁹¹⁻⁹², como la responsabilidad personal de cada uno de los jueces que conforman las salas del Tribunal Supremo de Justicia que han emitido estos fallos y de los jueces de

⁸⁶ AYALA CORAO, Carlos. **Del diálogo jurisprudencial al control de la convencionalidad**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p. 19.

⁸⁷ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencias 1013, de 12 de junio de 2001; 1942 de 15 de julio de 2003; 1265, de 5 de agosto de 2008; 1939, de 18 de diciembre de 2008; 1542, de 17 de octubre de 2011 y de la Sala Política Administrativa, sentencia 165, de 6 de marzo de 2012.

⁸⁸ La doctrina científica se ha pronunciado en España sobre el carácter relativo de la soberanía nacional, tal como lo sostiene CARRILLO, Juan Antonio. **Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo**. Madrid: Tecnos, 2001, p. 107-111; en América se ha señalado que el “control de la convencionalidad implica la necesidad de despojarse de una serie importante de lastres histórico-dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica, derribar una serie de mitos (v. gr. la supremacía exclusiva de la Constitución) y, en definitiva, un nuevo paradigma del Derecho Público de los países del sistema interamericano”. JINESTA LOBO, Ernesto. Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas constitucionales. In: **La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantes de los derechos humanos. Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA**. Caracas: Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios de Derecho Público y Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila-FUNEDA, 2013, p. 262, así como pp. 272-273.

⁸⁹ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 1939, de 18 de diciembre de 2008, declaró la inejecución de la sentencia de la Corte Interamericana y se exhortó la denuncia de la Convención; y, sentencia 1542, de 17 de octubre de 2011, se volvió a declarar la inejecución de otra sentencia.

⁹⁰ BREWER-CARÍAS, Allan R. **El carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su desprecio por los tribunales nacionales: los casos del Perú, Venezuela y de República Dominicana**. Texto de la conferencia dictada en el Quinto Coloquio Iberoamericano: Estado Constitucional y Sociedad, organizado por la Universidad Veracruzana y Poder Judicial del Estado de Veracruz, Xalapa, el 6 de noviembre de 2014.

⁹¹ AYALA CORAO, Carlos. **Del diálogo jurisprudencial al control de la convencionalidad**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p. 164.

⁹² BREWER-CARÍAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Control de convencionalidad y Responsabilidad del Estado**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

instancia que asuman como válida esta teoría contraria al Derecho Internacional general, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a la propia Constitución, o si se prefiere, contraria al Derecho de los Derechos Humanos.

Sin duda, el Tribunal Supremo de Justicia en un ejercicio de regresividad en materia de Derechos Humanos nunca visto en el país y contrario a la tendencia continental que ha supuesto incluso las reformas constitucionales necesarias para eliminar los obstáculos jurídicos que impedían tanto cumplir la Convención como aceptar y ejecutar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha involucionado la protección de los mencionados derechos en al menos tres décadas.

9. CONSIDERACIONES FINALES

Aunque pareciera que la lamentable situación en que el Tribunal Supremo de Justicia había colocado al Estado venezolano ante el Sistema interamericano de protección sobre Derechos Humanos, podía ser reflexionada y corregida mediante una revisión y enmienda de los inconvenientes criterios establecidos en los fallos nacionales, se ha producido una situación sobrevenida y adicional que contribuye a abonar la precariedad en que se encuentran los venezolanos para solicitar protección ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuando éstos una vez violados por el Estado, no son protegidos y reparados a través de los mecanismos internos.

El gobierno nacional asumió la exhortación del Tribunal Supremo de Justicia y el Ministerio de Relaciones Exteriores, cumpliendo las instrucciones de la Presidencia de la República, mediante comunicación de 6 de septiembre de 2012, dirigida al Secretario General de la Organización de Estados Americanos, procedió a denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹³, con la pretendida aspiración de que cesaren sus efectos y sustraerse de la jurisdicción de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana.

Esta declaración desconoce varias disposiciones de la Constitución cuya supremacía el gobierno nacional sostiene defender, pues mediante un mecanismo distinto de los que ella misma contempla⁹⁴, tanto el Presidente de la República⁹⁵ como el Ministro de Relaciones Exteriores cumpliendo órdenes de aquél –sin que ello le sirva de excusa⁹⁶– han pretendido derogar parcialmente los artículos 2 (preeminencia de los Derechos Humanos como valor superior del ordenamiento jurídico), 19 (principio de pro-

⁹³ Artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁹⁴ Artículo 333 de la Constitución.

⁹⁵ Artículo 236.4 de la Constitución.

⁹⁶ El artículo 25 de la Constitución señala que “Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados en esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores”.

gresividad), 23 (jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y 339 (obligación de cumplimiento de las exigencias, principios y garantías establecidos en la Convención, en caso de que se decretase un estado de excepción), así como también derogar totalmente el artículo 31 (derecho de acceso y solicitud de protección y amparo de los Derechos Humanos ante los órganos internacionales), todos de la Constitución.

Según esto, desde la perspectiva del Derecho constitucional venezolano, sin una reforma constitucional no podía darse una modificación y separación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y ello en todo caso no podía constituir una regresión de los mecanismos de protección de Derechos Humanos, por lo que debían reforzarse en el orden interno. Es más, una reforma constitucional que suprimiese Derechos Humanos o pretendiese desconocerlos sería tanto inconstitucional como inconvencional por violación del principio de progresividad reconocido en el bloque la constitucionalidad (Constitución y *corpus iuris* de la convencionalidad).

Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho internacional, la Organización de Estados Americanos entiende que luego de transcurrido el año de formulada la denuncia por el gobierno, Venezuela ha quedado formalmente separada del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, quedando únicamente bajo su jurisdicción los asuntos ocurridos con anterioridad a esa fecha y por tanto siendo igualmente responsable el Estado, se encuentra obligado a cumplir las decisiones o recomendaciones de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana, que versen sobre violaciones ocurridas con anterioridad al retiro, aunque unas y otras se produzcan con posterioridad al mismo.

Por supuesto, también desde la perspectiva internacional el Estado sigue obligado a respetar y garantizar los derechos humanos y los mecanismos de protección y reparación contenidos en los Pactos, Protocolos y Convenciones sobre Derechos Humanos que tiene válidamente suscritos y ratificados como miembro de la Organización de Naciones Unidas.

La precedente exposición ha puesto de manifiesto como la República de Venezuela luego de haber sido un país pionero en control de la constitucionalidad concentrado y difuso, así como de control de convencionalidad, se ha colocado a la zaga de todos los países democráticos de América⁹⁷ y al nivel de los países más atrasados del mundo, gracias al gobierno nacional y a los jueces de las salas del Tribunal Supremo de

⁹⁷ Es preciso señalar que aunque la Organización de Estados Americanos cuenta en la actualidad con 34 Estados miembros, únicamente 24 Estados son signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero asombrosamente solo la Cancillería de los Estados Unidos Mexicanos, elaboró un comunicado el día 13 de septiembre de 2012, en que manifestó su preocupación por la denuncia efectuada por Venezuela, lo que además ha puesto en evidencia el auténtico compromiso de la gran mayoría de los Estados con la Carta Democrática Interamericana.

Justicia cuyas sentencias han sido referidas, en lo que respecta tanto al control de la constitucionalidad como del control de la convencionalidad.

Aunque la sociedad civil representada por organizaciones no gubernamentales y abogados que defienden los derechos humanos, profesores universitarios, universidades y colegios de abogados a través de sus centros de derechos humanos, así como representantes de la Iglesia Católica ha demandado la nulidad por inconstitucionalidad del acto jurídico que materializa la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el día 27 de septiembre de 2012, -igual que ha sucedido con todas las demandas intentadas contra las violaciones de la Constitución en que han incurrido los órganos que actualmente ejercen el Poder Público en Venezuela-, este caso no ha sido tramitado, ni menos aun resuelto y lo tienen “engavetado”⁹⁸ a la espera de que transcurra el tiempo para declarar su inadmisibilidad por pérdida de interés o la perención, inactividad jurisdiccional que dista notablemente de la agilidad con la que se resuelven las demandas que se formulan a favor del gobierno nacional, las cuales sin tramitación del respectivo proceso constitucional son decididas incluso en escasas horas, concediendo todo lo solicitado *in limine litis*⁹⁹.

Solo resta esperar que muy pronto se restituya la democracia en Venezuela y un nuevo y legítimo gobierno asuma una posición más responsable de cara al Derecho Internacional, retire la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y proceda a cumplir tanto la propia Convención, como las sentencias de la Corte Interamericana, en demostración de auténtico compromiso con los Derechos Humanos, aunque claro está, el real compromiso será que el Estado no viole o desconozca tales derechos de los venezolanos y en que aquellos casos en que excepcionalmente ello ocurra, funcionen los mecanismos internos de protección, identificación y sanción de

⁹⁸ Esta expresión es utilizada por el personal de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, para referirse a los casos que colocan en los estantes de los archivos de la secretaría o de los despachos de los jueces, a la espera de que transcurra el tiempo y luego proceder a declarar la pérdida de interés de los demandantes o la perención por inactividad de los interesados, según el momento que haya alcanzado la tramitación. Aunque hay que reconocer que la tendencia decisoria actual ni siquiera se molesta en darle trámite a estos expedientes, sino que declara inadmisibles *in limine litis* las demandas.

⁹⁹ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 937 de 25 de julio de 2014, concedió en apenas 6 horas un insólito amparo a la libertad personal, a favor de un supuesto funcionario diplomático venezolano detenido por la policía de un gobierno extranjero fuera de Venezuela; la misma Sala Constitucional, sentencia 1759 de 15 de diciembre de 2014, resuelve sin que haya mediado demanda alguna, de oficio, -en virtud del reclamo efectuado por el Presidente de la República el día 12 de diciembre de 2014, en un programa de televisión-, menos de 36 horas después, la “suspensión cautelar” de la sentencia 1609 de 3 de noviembre de 2014, de la Sala de Casación Social, que anuló un acto administrativo del Instituto Nacional de Tierras; y más reciente, la Sala Constitucional, sentencia 1865 de 26 de diciembre de 2014, sin proceso judicial previo y en contravención de los artículos 25.7 y 128 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, luego de declarar el asunto de mero derecho, se pronunció declarando una supuesta omisión en que habría incurrido del Poder Legislativo Nacional, de designar a los integrantes del Consejo Nacional Electoral, gracias a una demanda contra el mencionado órgano legislativo intentada por el presidente del mismo, el día 22 de diciembre de 2014.

los responsables, así como la indemnización integral de las víctimas, para evitar verse sometido tanto a demandas en el orden internacional, como a las respectivas condenas y reparaciones.

10. REFERENCIAS

ABACHE ABASCAL, Serviliano. **La atipicidad de la presunción de legalidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

ANDUEZA, José Guillermo. **El control jurisdiccional en el derecho venezolano**. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1954.

ARAUJO-JUÁREZ, José. **Derecho Administrativo General, Acto y Contrato Administrativo**. Caracas: Ediciones Paredes, 2011.

AYALA CORAO, Carlos. **Del diálogo jurisprudencial al control de la convencionalidad**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

AYALA CORAO, Carlos. **La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias**. Querétaro: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (FUNDA), 2004.

BIDART CAMPOS, Germán. **Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino**. Buenos Aires: T. I., 1986.

BLANCO GUZMÁN, Armando L. El control de constitucionalidad y la Administración Pública. In: **La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantes de los derechos humanos: homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA**. Caracas: Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios de Derecho Público y Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila-FUNEDA, 2013.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, tomo III: La Actividad Administrativa. Vol. 1**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1976.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **Tratado de Derecho Administrativo: Derecho Público en Iberoamérica. Tomo III**. Madrid: Fundación Editorial Jurídica Venezolana y Civitas-Thomson Reuters, 2013.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **Algunos antecedentes de la protección del derecho convencional en el ámbito interno**. Ponencia elaborada para el IV Congreso Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo, organizado por la Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo, Prof. Jesús González Pérez, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, días 22 al 25 de octubre de 2013.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **El carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su desprecio por los tribunales nacionales: los casos del Perú, Venezuela y de República Dominicana.** Texto de la conferencia dictada en el Quinto Coloquio Iberoamericano: Estado Constitucional y Sociedad, organizado por la Universidad Veracruzana y Poder Judicial del Estado de Veracruz, Xalapa, el 6 de noviembre de 2014.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales.** Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los Derechos Humanos.** Conferencia preparada para la jornada organizada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sobre El control de convencionalidad y su aplicación, San José, Costa Rica, días 27-28 de septiembre de 2012.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **El golpe de Estado en diciembre de 2014, con la inconstitucional designación de las altas autoridades del Poder Público.** Disponible en <http://www.allanbrewer-carias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/l.2.108.pdf>. Consultado el 3 de enero de 2015.

BREWER-CARÍAS, Allan R. Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. In: **Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.** 2ª ed. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **Justicia Constitucional, Las Instituciones Políticas y Constitucionales.** 3ª ed. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1996.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **La acción de inconstitucionalidad en Venezuela.** Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1989.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **Las Constituciones de Venezuela.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana.** Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1964.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.** Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2010.

BREWER-CARÍAS, Allan R.; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. **Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.** Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2015.

BREWER-CARÍAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Control de convencionalidad y Responsabilidad del Estado.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

CARRILLO, Juan Antonio. **Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo.** Madrid: Tecnos, 2001.

COMADIRA, Julio Rodolfo. La posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional. **Derecho Administrativo**. 2ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003.

DUQUE CORREDOR, Román J. **Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 Autores en Homenaje al posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello**. Tomo I. Caracas: Ediciones Paredes, 2007.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. La prueba en los procesos constitucionales. In: **Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo**. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2010.

HAURIUO, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 12 ed. Paris: Sirey, 1933.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. ¿Es posible hablar de leyes constitucionales en el ordenamiento jurídico venezolano? **Revista de la Fundación Procuraduría General de la República N° 7**. Caracas: Fundación Procuraduría General de la República, 1993.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Venezuela. **Revista de Administración Pública N° 182**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 255-282.

JINESTA LOBO, Ernesto. Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas constitucionales. In: **La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantes de los derechos humanos. Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA**. Caracas: Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios de Derecho Público y Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila-FUNEDA, 2013.

KIRIAKIDIS L., Jorge C. **El amparo constitucional venezolano: mitos y realidades**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, 2012.

La Roche, Humberto J., **Instituciones Constitucionales del Estado venezolano**. Maracaibo: Editorial Metas, 1984.

LARES MARTÍNEZ, Eloy. **Manual de Derecho Administrativo**. 2ª ed. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1970.

MARIENFOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: T. I, 1977.

MÁRQUEZ CABRERA, Juan Carlos. Controversias en torno al tipo normativo de la ley constitucional en el sistema de fuentes de la Constitución de 1999, **Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 Autores en Homenaje al posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello**. Tomo I. Caracas: Ediciones Paredes, 2007.

MERKL, Adolf. **Teoría General del Derecho Administrativo**. Granada: Comares, 2004.

PÉREZ LUCIANI, Gonzalo. La llamada presunción de legitimidad de los actos administrativos. In: **Escritos del Doctor Gonzalo Pérez Luciani**. Caracas: Fundación Bancaribe, 2013.

PÉREZ SALAZAR, Gonzalo. Las medidas cautelares en los procesos constitucionales: balance a un año de vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. In: **I Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. Los Retos del Derecho Procesal Constitucional en Latinoamérica en Homenaje al Dr. Román Duque Corredor**. Caracas: Universidad Monteávila y FUNEDA, 2011.

PÉREZ SALAZAR, Gonzalo. Naturaleza jurídica del hábeas corpus. In: **II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. La Justicia Constitucional en el Estado social de Derecho en Homenaje al Dr. Néstor Pedro Sagües**. Caracas: Universidad Monteávila y FUNEDA, 2012.

PÉREZ SALAZAR, Gonzalo. Naturaleza jurídica del hábeas data. In: **La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

RUÁN SANTOS, Gabriel. La presunción de legitimidad de los actos administrativos. In: **La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantes de los derechos humanos. Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA**. Caracas: Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios de Derecho Público y Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila-FUNEDA, 2013.

SARMIENTO GARCÍA, Jorge. La jefatura administrativa del Presidente de la Nación. In: **Atribuciones del Presidente Argentino**. Buenos Aires: Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Buenos Aires, 1986.

STEINER, Christian; URIBE, Patricia (eds.). **Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario**, Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2014.

WEIL, Prosper. **Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1986.



La interpretación de la Constitución en sede administrativa

The interpretation of the Constitution in the administrative field

AFONSO BUTELER*

Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)
alfonsobuteler@hotmail.com

Recibido/Received: 30.05.2015 / May 30th, 2015
Aprovado/Approved: 28.06.2015 / June 28th, 2015

Resumen

En el presente trabajo nos proponemos distinguir entre cuatro figuras jurídicas, cuyo tratamiento suele ser englobado dentro de la temática referida a la posición de la administración pública ante la ley inconstitucional. Lo que pretendemos poner de resalto es que no siempre que la administración pública deba valorar el alcance o sentido de la Ley Fundamental estaremos frente a un problema de control de constitucionalidad, sino que se presentan diversas variantes y problemas que trataremos de explicitar. Es que en nuestra opinión -y ello constituye el nudo gordiano de esta investigación- debe distinguirse entre las siguientes cuatro atribuciones de la administración pública: a) la declaración de inconstitucionalidad; b) la interpretación constitucional; c) la inaplicación de normas generales y d) objeción de inconstitucionalidad.

Palabras-clave: ley inconstitucional; control de constitucionalidad; administración pública; interpretación constitucional; objeción de inconstitucionalidad

Abstract

In this paper we intend to distinguish among four legal figures, which are generally treated as part of the theme concerning the position of the public administration before the unconstitutional law. What we attempt to highlight is that not all the cases requiring an analysis of the constitutional meaning by public administration involve the problem of constitutionality control, because those situations present different variants and problems that we will try to explain. In our view – and this is the Gordian knot of this research – it is necessary to distinguish between the following four functions of public administration: a) declaration of unconstitutionality; b) constitutional interpretation; c) refusal of application of general standards and d) objection of unconstitutionality.

Keywords: unconstitutional law; control of constitutionality; public administration; constitutional interpretation; objection of unconstitutionality

Como citar esse artigo/How to cite this article: BUTELER, Alfonso. La interpretación de la Constitución en sede administrativa. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 169-182, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44533>

* Docente de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Córdoba, Argentina) y de la Universidad Empresarial Siglo 21 (Córdoba, Argentina). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales - Universidad Nacional de Córdoba. Abogado.

SUMARIO

1. La declaración de inconstitucionalidad por la Administración Pública; **2.** La interpretación de la Constitución en sede administrativa; **3.** Inaplicación de leyes por la Administración Pública; **4.** Objeción de inconstitucionalidad; **5.** Conclusiones; **6.** Referencias.

1. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

a) Introducción: En este supuesto se plantea la siguiente situación: la administración pública debe dictar un acto administrativo y existe una ley que se considera inconstitucional. Es ahí, justamente, cuando aparece el interrogante acerca de cuál es la atribución o deber que pesa sobre la administración pública. Existen dos posibilidades: el dictado de un acto administrativo en conformidad con lo que prescribe la ley, es decir, un acto administrativo ilegítimo, o la declaración de inconstitucionalidad de la misma y el dictado del acto administrativo desobedeciendo su contenido pero adecuando al marco de la Ley Fundamental.

Ello implica, entonces, que en el supuesto de declaración de inconstitucionalidad de leyes por la administración pública estamos frente a un conflicto entre dos normas: una constitucional y otra legal.

Sin dudas que se trata de un problema complejo y que ha motivado, como veremos, distintas opiniones de los diversos operadores jurídicos. Incrementa la dificultad para darle una respuesta a ese asunto la circunstancia de que la Constitución Nacional no regula de manera expresa el sistema de control de constitucionalidad en la órbita federal sino que éste ha sido el producto de una creación pretoriana de la Corte Suprema Nacional a partir de los casos “Sojo” (1887)¹ y “Municipalidad c. Elortondo”² (1888) tomando como base a su par de los Estados Unidos de América³. Sobre este punto, cabe hacer la salvedad que recién a partir de 1994 la Carta Magna aborda este aspecto expresamente ya que el nuevo artículo 43 autoriza a los jueces a declarar la inconstitucionalidad dentro del cauce del amparo.

No puede pasarse por alto, tampoco, que la respuesta que le demos a ese interrogante tiene directa influencia sobre dos cuestiones basales del derecho administrativo: el procedimiento y el proceso. Es que si sostenemos la postura de que la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las normas es exclusiva del Poder Judicial, cuando se suscite un planteo de inconstitucionalidad en sede administrativa no podrá exigirse el agotamiento de la vía a través de los recursos, ni reclamos administrativos

¹ Fallos, 32:120.

² Fallos, 33:162.

³ Vid. Caso *Madbury vs. Madison* (1803) en MILLER, Jonathan; GELLI, María Angélica; CAYUSO, Susana. **Constitución y Poder Político**. Astrea: Buenos Aires, 1987. p. 3 y ss.

previos quedando expedita la vía judicial ya sea por vía contencioso administrativa o través de la acción de amparo, según corresponda.

Esta cuestión que apuntamos, fue abordada expresamente por la Cámara en lo Contencioso administrativo federal al señalar que “no parece en modo alguno razonable pretender que se cuestione la constitucionalidad del acto en sede administrativa, toda vez que no puede considerarse del resorte del poder administrador declarar la inconstitucionalidad de las leyes, porque ello importaría desconocer que el Poder Judicial es en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo” para concluir, por ello que “no empece a la admisibilidad de la vía la falta de impugnación en sede administrativa del acto mencionado en atención a que –en definitiva– se pretende obtener la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal”⁴.

En idéntico sentido, Soria ha señalado que si “el objeto perseguido por la pretensión se circunscribe al planteo de inconstitucionalidad de una norma legal sobre cuya base se fundamenta el obrar administrativo, exigir la vía previa también fue considerado ritual, por cuanto, se entiende, esas cuestiones no pueden ser dirimidas por la Administración, sino, exclusivamente, por el órgano jurisdiccional”⁵.

La misma línea ha seguido la Corte Suprema de los EE.UU. disponiendo la imposibilidad de exigir el agotamiento de la vía administrativa en aquellos supuestos en donde la inconstitucionalidad de la ley sea flagrante sin referencia alguna a la interpretación y aplicación que de la norma efectúa la administración demandada (Moore v. East Cleveland, 432 US 494, 1977)⁶.

Es que, tanto el modelo de control de la administración pública como el sistema de control de constitucionalidad son datos muy relevantes de un ordenamiento jurídico y que, lógicamente, son determinantes del papel de la administración pública y del juez que tiene a su cargo el escrutinio de aquella.

Así, actualmente los jueces en lo contencioso administrativo de Alemania⁷, España e Italia⁸ al haber control de constitucionalidad concentrado (y a veces previo y

⁴ CNac.Cont.Adm.Fed., Sala IV, 06/03/2001, “Romani Hugo H. c/ Secretaria de Turismo de la Nación”, DT, 2002-A, 805.

⁵ SORIA, Daniel Fernando (Org.). **Las vías administrativas previas en el contencioso federal contra la administración - Derecho Procesal Administrativo**: Homenaje a Jesús González Pérez. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 836.

⁶ Cfr. CUCHILLO FOIX, Monserrat. **Jueces y administración en el federalismo norteamericano (el control jurisdiccional de la actuación administrativa)**. Civitas: Madrid, 1996. p. 229.

⁷ Así, por el art. 40 de la Ley de Jurisdicción Alemana se le atribuye a la justicia contenciosa administrativa el conocimiento de todos los asuntos de naturaleza jurídica pública, excepto los que tengan naturaleza constitucional.

⁸ Se trata de un sistema mixto y, por ende, solo cuando hay un derecho subjetivo en juego interviene un magistrado judicial pues frente a un interés legítimo corresponde el control a un tribunal administrativo. (FALCON, Giandomenico. La justicia administrativa. In: VÁZQUEZ, Javier Barnes (Org.). **La justicia administrativa en el derecho comparado**. Madrid: Civitas, p. 207 y ss.)

abstracto) no pueden –al resolver un caso– inaplicar una ley por inconstitucional sino que están subordinados a su contenido. También, es particular la situación de los magistrados de tribunales administrativos franceses o italianos –en los casos de intereses legítimos– ya que el control de los actos de la administración es interno. Esto que marcamos, evidentemente, no es un dato menor habida cuenta que “Un poder Judicial impedido de declarar la inconstitucionalidad de una ley, está claramente subordinado al Poder Legislativo”.⁹

En la República Argentina, entonces, –al menos desde un plano potencial– los jueces en lo contencioso administrativo tienen más poder que sus pares del derecho comparado: que los de Italia y Francia por que en nuestro país los magistrados integran un poder distinto al que controla a la administración y que los de España y Alemania dado que esos magistrados no tienen la atribución de realizar el control de constitucionalidad. Incluso, podríamos llegar a la conclusión que nuestros jueces son mas poderosos que los de EE.UU. ya que éstos por la aplicación del *stare decisis* deben seguir obligatoriamente los precedentes de los tribunales federales superiores, en cambio, aquí los precedentes de la Corte Nacional sólo obligan moralmente a los tribunales inferiores.

Como puede advertirse, es llamativo este dato de que los jueces argentinos tienen más poder. Sería interesante encarar esa cuestión desde la estadística para ver si ese mayor poder se ha traducido en mayor deferencia hacia la administración o ha provocado más activismo judicial.

b) Las diversas posturas: La discusión acerca de si la administración pública se encuentra facultada para pronunciarse sobre si una ley emanada del Congreso o un decreto de naturaleza legislativa se halla en pugna con la Ley Fundamental posee larga *data* en nuestro ámbito jurídico, habiéndose esbozado argumentos valederos en ambos sentidos.

Entre los argumentos a favor de la posibilidad de realizar ese control, se ha destacado que la autoridad pública en el ejercicio de sus cometidos se encuentra vinculada al principio de juridicidad, lo que le impone la carga no solo de respetar el marco legal vigente sino también el bloque constitucional integrado por la Ley Fundamental y los tratados internacionales incorporados a ella por vía del art. 75 inc. 22, tal como lo prescribe el art. 31 de la C.N.¹⁰

Más recientemente, se ha comenzado a hablar de la conversión del juez administrativo en un juez que ejercita una jurisdicción mas bien plenaria, que incluye el despacho de medidas cautelares, la ejecución de sus sentencias, admisión en éstas de contenidos de condena, resarcibilidad plena de los “intereses legítimos”, aspectos todos que excluía la vieja concepción objetivista de la jurisdicción sobre dichos intereses (Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **La justicia administrativa en el cambio de siglo**. [s.l.]: Acad. Nac. de Derecho, 2000. p. 121 y ss.)

⁹ MAIRAL, Héctor A. Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino. **Estudios de Derecho Administrativo**, Mendoza, Ciencias de la Administración, 1999, p. 47.

¹⁰ Cfr. COMADIRA, Julio R. La posición de la administración pública ante la ley inconstitucional. In: _____. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996. p. 410. Ese mandato no se cumple, según Bianchi,

De este modo, el principio de jerarquía que rige el mundo jurídico exige que toda disposición se adecue a las normas superiores sean éstas constitucionales, legales o reglamentarias. Desde esta atalaya, parecería incuestionable que la administración pública se halla compelida a respetar la aludida pirámide normativa y, por tal razón, no debe aplicar una ley si la misma es inconstitucional.

En consonancia con ello, la Procuración del Tesoro de la Nación¹¹ ha sido de la opinión que la administración puede declarar la inconstitucionalidad de una ley cuando ésta sea manifestamente inconstitucional¹², en aquellos supuestos en donde exista una tendencia jurisprudencial emanada de tribunales inferiores contraria a la validez constitucional de una ley¹³ o frente a un pronunciamiento de la Corte Suprema en tal sentido¹⁴, siempre y cuando esa decisión judicial se encuentre firme y consentida; postura también compartida por algunos autores¹⁵.

Bianchi, por su parte, ha sujetado el ejercicio de dicho control por la administración pública a aquellas hipótesis en que ésta lleve adelante funciones jurisdiccionales siempre y cuando se trate de tribunales administrativos formalmente constituidos como tales y que tengan las mismas garantías que el Poder Judicial¹⁶, a lo que Álvarez¹⁷ ha agregado que su constitución debe haber sido instrumentada por ley y que su decisión esté sometida a control judicial posterior¹⁸.

cuando juzga la ley sino cuando la aplica y ordena que se cumpla pues esa es su función constitucional (BIANCHI, Alberto B. **Control de Constitucionalidad**. Buenos Aires: Abaco, 2002. p. 262 y ss.)

¹¹ En adelante PTN.

¹² P.T.N., 176:116.

¹³ P.T.N. 101:87.

¹⁴ P.T.N., 159:83; 168:23.

¹⁵ Cfr. COMADIRA, Julio R. La posición de la administración pública ante la ley inconstitucional. In: _____. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996. p. 410.

¹⁶ BIANCHI, Alberto B. **Control de Constitucionalidad**. Buenos Aires: Abaco, 2002. p. 262. En contra se ha manifestado Sola quien considera que los tribunales administrativos no pueden ser considerados como cortes de justicia en el sistema argentino de división de poderes (SOLA, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001. p. 451)

¹⁷ Cfr. ALVAREZ ALVAREZ, Fernando A. **La cuestión del control de constitucionalidad por la administración pública**. Disponible en: <www.eldial.com/suplementos/administrativo>.

¹⁸ A los fines de convalidar el ejercicio de facultades jurisdiccionales por las autoridades administrativas, la Corte Federal exigió como recaudo ineludible que contra esa decisión se autorice un control judicial suficiente que permita una revisión tanto de los aspectos fácticos como jurídicos tal como lo estableció en el recordado *leading case* "Fernández Arias" (Fallos, 247:646, 1960) cuya doctrina fue reiterada en casos posteriores ("Medella" Fallos, 305:129, 1983, "Cabrera", Fallos 305:1937, 1983, "Casa Enrique Shuster S.A.", Fallos 310:2159, 1987, "Di Salvo", Fallos, 311:344, 1988, "Litoral Gas S.A.", Fallos, 321:776, 1998, "Gador S.A.", Fallos, 327:367, 2004) Más recientemente, al resolver la causa "Ángel Estrada" exigió la presencia de nuevos recaudos para convalidar la constitucionalidad de la jurisdicción administrativa. Pues, en esta oportunidad requirió: 1) Que los organismos administrativos dotados de jurisdicción hayan sido creados por ley; 2) Que su independencia e imparcialidad estén aseguradas; 3) Que el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para su creación haya sido razonable y 4) Que sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente. (Fallos, 328:651, 2005)

Bidegain¹⁹, por su lado, entiende que el Poder Ejecutivo puede prescindir de una ley que invada su competencia constitucional con la finalidad de ejercer sus funciones. También, según el citado autor, se encuentra habilitado a hacerlo en aquellos casos en que a partir de la aplicación de la ley, puedan derivarse perjuicios graves e irreparables o se den circunstancias extraordinarias.

A esa causa, Comadira le adiciona la hipótesis en que el vicio de la ley provenga de un indebido cercenamiento de las facultades pertenecientes al Poder Ejecutivo, o cuando se afecte algún derecho o garantía constitucional, siempre que la inconstitucionalidad surja de manera razonadamente evidente²⁰.

Bidart Campos entiende que la imposibilidad de que un tribunal administrativo se pronuncie acerca de la inconstitucionalidad de una ley cede en aquellos casos en que una ley así lo autorice, concesión del Congreso, que según su opinión, debe ser reputada constitucional por no existir obstáculo para ello²¹.

Los que se manifiestan en contra de la posibilidad de que la administración pública pueda declarar la inconstitucional de una ley, fundamentan su posición en el principio de la división de poderes que –según argumentan– atribuye la función de control con la Ley Fundamental al Poder Judicial, relegando al Poder Ejecutivo a su función de ejecutor de leyes del órgano legisferante²², tal como lo ha entendido la Corte Suprema²³, algunos tribunales inferiores²⁴ y parte de la doctrina²⁵.

A partir de ello, se ha sostenido que la administración pública debe aplicar la ley aún en el caso de que la misma fuera inconstitucional hasta tanto el Congreso la derogue²⁶, tal como también lo marcan algunos dictámenes de la PTN²⁷.

¹⁹ BIDEGAIN, C. El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro. *Revista 120 años de la Procuración del Tesoro*, 1863-1983, 1983, p. 34 y ss.

²⁰ COMADIRA, Julio R. La posición de la administración pública ante la ley inconstitucional. In: _____. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996. p. 410.

²¹ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1996.

²² Cfr. ALVAREZ ALVAREZ, Fernando A. *La cuestión del control de constitucionalidad por la administración pública*. Disponible en: <www.eldial.com/suplementos/administrativo>.

²³ Fallos, 269:243, "Ingenio y Refinería San Martín" (1967), Fallos, 311:460, "Bruno" (1988); Fallos, 319:1420, "Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación" (1996); Fallos, 298:511 "Provincia de Mendoza", (1977). En el primero de dichos precedentes, el por entonces Gobernador de la Provincia de Salta había revocado una resolución de la Dirección General de Rentas por medio de la cual se había otorgado una exención fiscal a la actora por entender que base legislativa de esa exención era inconstitucional. La Corte Nacional al resolver dicha contienda entendió que si bien debía reconocerse al Poder administrador la atribución de dejar sin efecto los actos contrarios a las leyes no cabía asignarle la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pues una postura contraria implicaría aceptar que el poder puede concentrarse en una sola sede.

²⁴ CNac.Contadm.Fed., Sala IV, 06/03/2001, "Romani Hugo H. c/ Secretaría de Turismo de la Nación", DT, 2002-A, 805; *Idem*, Sala II, 03/08/2000, "Aguirre Miguel Ángel y otros c. M.T. y S.S. y otro.

²⁵ Cfr. GIALDINO, Rolando E. *El Poder judicial y los jueces en la república representativa*. Buenos Aires: El Derecho, 2009.

²⁶ SAGÜES, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional*. 5 ed. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 231.

²⁷ P.T.N., 64:100; 70:118; 84:102; 236:25.

Ante esa situación, Gordillo²⁸ entiende que el Poder Ejecutivo no puede apartarse de esa ley y ejecutar directamente la Constitución sino que tiene que escoger entre las siguientes alternativas: a) Ejercer el derecho a veto²⁹; 2) plantear su inconstitucionalidad ante el Poder Judicial y, 3) Promover su derogación ante el órgano legisferante.

En este orden de ideas, resulta muy interesante la posición de Álvarez quien rechaza la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad por el Poder Ejecutivo en virtud del argumento del carácter contramayoritario de los funcionarios públicos, en tanto los mismos no han sido elegidos por el pueblo como si acontece con los creadores de la ley³⁰.

Por último, cabe destacar la opinión de Marienhoff, quien a los efectos del tema que venimos tratando efectúa una distinción entre la declaración de inconstitucionalidad de una ley por la administración -facultad que se encuentra vedada- y la abstención de aplicar una ley repugnante a la Carta Magna, lo cual si estaría permitido a los fines de garantizar la supremacía constitucional³¹. Esta postura, ha sido criticada por Bianchi en tanto entiende que esa diferenciación carece de importancia práctica ya que cuando un juez declara inconstitucional una norma ello trae aparejado su no aplicación al caso concreto³².

c) Derecho comparado: Amén de las diferencias en la organización del poder que puedan existir en otros sitios encontramos algunas regulaciones que merecen atención.

El Tribunal Constitucional de Perú por sentencia del 14/11/05 en autos "Ramón Hernando Salazar Yariénque" no solo ha admitido la posibilidad de que los tribunales administrativos declaren la inconstitucionalidad de las normas sino que entiende que debe hacerse de oficio bajo dos requisitos: 1) que dicho examen de constitucionalidad

²⁸ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 5 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000. Debe destacarse que este autor había planteado anteriormente una posición contraria en la obra **Introducción al derecho administrativo**, 1ª Ed. p. 64 y ss. En el mismo sentido, lo ha entendido Roberto Dromi al señalar que si bien el Poder Ejecutivo no puede derogar las leyes ni declarar su inconstitucionalidad se encuentra habilitado para no aplicarlas en virtud de una desobediencia razonada de los funcionarios, ante vicios graves de constitucionalidad (**Derecho administrativo**. Buenos Aires: Astrea, 1992. p. 98)

²⁹ A esos efectos podría pensarse, que una vez que el Poder Ejecutivo ha dejado pasar la posibilidad de vetar la ley por inconstitucional, precluye la oportunidad de controlar constitucionalmente la leyes del Congreso de la Nación. Sin embargo, consideramos que este argumento pierde fuerza frente a la figura de la inconstitucionalidad sobreviniente, en tanto, una norma que no era contraria a la Ley Fundamental al momento de ejercer el derecho a veto puede serlo a *posteriori* por el cambio de circunstancias fácticas.

³⁰ Cfr. ALVAREZ ALVAREZ, Fernando A. **La cuestión del control de constitucionalidad por la administración pública**. Disponible en: <www.eldial.com/suplementos/administrativo>. Discrepamos con la aplicación de ese argumento para el Poder Ejecutivo ya que el Presidente, (el Gobernador o el Intendente, según se trate) es, por lo general, elegido por el pueblo con lo cual si representa a la mayoría.

³¹ MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 430. De igual modo, lo ha entendido Roberto Dromi (**Derecho administrativo**. Buenos Aires: Astrea, 1992. p. 98)

³² BIANCHI, Alberto B. **Control de Constitucionalidad**. Buenos Aires: Abaco, 2002. p. 262 y ss.

sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de proceso administrativo; 2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

El fundamento está dado en que dicho tribunal entiende que en la discusión está en juego la eficacia vertical de los derechos fundamentales; es decir, su eficacia en particular frente a todos los poderes y órganos del Estado, lo que incluye a la administración pública. Según se afirma, en el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado –eficacia vertical– como de los particulares –*eficacia horizontal*–; sobre todo cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no sólo de un derecho subjetivo individual –dimensión subjetiva–, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora –dimensión objetiva–.

En un precedente aclaratorio de ese pronunciamiento emitido con posterioridad³³, agregó que esa facultad debe ser ejercida de oficio cuando exista una disposición que vaya en contra de una interpretación realizada por el Tribunal Constitucional o cuando se cuestione un precedente vinculante de dicho tribunal.

En algunos países como México, en donde hay un sistema de control de constitucionalidad concentrado, se está planteando la posibilidad que los jueces que no tienen esa facultad puedan hacerlo de igual manera cuando se afectan derechos humanos. La construcción de ese argumento ha llevado también a extender esa posibilidad a la administración pública.

En el caso del ordenamiento chileno, se admite, por ejemplo, que un órgano constitucional como la Contraloría General de la República³⁴ realice el control constitucional de las normas en sede administrativa. Esta entidad de la administración efectúa un control jurídico de la actividad administrativa singular o de naturaleza reglamentaria con el ordenamiento jurídicos en su conjunto, haciendo primar este último por sobre aquélla, como consecuencia del principio general de legalidad. Sin embargo, es en el control de los aspectos constitucionales de la actuación administrativa donde la actividad fiscalizadora de la Contraloría adquiere mayor entidad, en la medida que su pronunciamiento no puede ser “salvado” mediante la insistencia gubernamental, ya que –se considera al estar el decreto o resolución en pugna con la Constitución, pone en peligro valores, principios o derechos de la más alta consideración en el ordenamiento.

d) Nuestra opinión: Ahora bien, el abordaje de este tema por demás complejo ofrece dos posturas bien marcadas y contrarias pero que a su vez tienen sentido desde el plano jurídico.

³³ Dictado el trece de octubre de 2006.

³⁴ Arts. 87/89 de la Constitución de la Republica de Chile de 1988 con las reformas del año 2000.

Por un lado, parece irrazonable que la administración pública al momento de tomar una decisión se encuentre obligada a aplicar una ley contraria a la Carta Magna por encontrarse impedida de efectuar el control de constitucionalidad. De negarse esa posibilidad, se estaría obligando al Poder Ejecutivo a dictar actos administrativos ilegítimos al tener que aplicar una norma contraria a la Carta Magna.

Pero desde otro miraje, vedar esa atribución resulta más conveniente para la seguridad jurídica pues a la gran prerrogativa que detenta la administración de poder ejecutar sus propias decisiones (Principio de ejecutoriedad), asignarle la posibilidad de efectuar el control de constitucionalidad de las leyes del órgano legisferante aparece, como peligroso para el esquema de división de funciones entre los diversos poderes estatales.

Desde nuestra perspectiva, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las normas es una atribución del resorte exclusivo del Poder Judicial y que, incluso, ha sido considerada por la Corte Suprema como la más delicada de las funciones encomendadas a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última *ratio* del orden jurídico. Por tales motivos, la utilización de esa facultad por el Poder Ejecutivo solo puede tener lugar cuando existe una autorización legislativa y el propósito perseguido al otorgarla es razonable.

2. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA

Como dijimos con anterioridad, debemos diferenciar los supuestos de control de constitucionalidad de la interpretación constitucional. En el primer caso, siempre hay un conflicto normativo mientras que cuando hablamos de interpretación constitucional se trata de determinar el sentido y el alcance de un precepto constitucional, con la tecnicidad y complejidad que ello presupone³⁵ y según las técnicas existentes³⁶; cuestiones cuyo desarrollo desborda el objeto de este trabajo.

Como se sabe, la norma constitucional es abierta, dúctil, general y con vocación permanencia; está compuesta fundamentalmente por principios y valores, lo que la diferencia de las disposiciones con rango legal o reglamentario. Ello implica, entonces, que al momento de decidir la administración pública puede encontrarse frente a la necesidad de determinar el sentido o alcance de un mandato constitucional.

Así como la declaración de inconstitucionalidad es exclusiva del Poder Judicial, salvo que el Poder Legislativo le autorice esa atribución a otro poder de manera razonable, no existe obstáculo alguno para que la administración pública interprete el alcance

³⁵ Ver, entre muchos otros, SAGÜES, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. Buenos Aires: Depalma, 1998.

³⁶ BADENI, Gregorio. **Tratado de derecho constitucional**. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 2010.

y sentido de la Ley Fundamental. Se trata del ejercicio de una atribución totalmente legítima, que puede ser llevada adelante tanto cuando dicta un acto administrativo, cuando resuelve un recurso o cuando ejerce la potestad revocatoria.

Debe tenerse presente que, en muchos casos, también se presentan vacíos o lagunas en las cláusulas constitucionales o en normas inferiores como leyes o reglamentos que deben ser completadas por la administración y, para ello, puede ser necesario interpretar la Ley Fundamental. Se trata, entonces, de hacer frente al caso construyendo una respuesta a partir de la interpretación constitucional.

3. INAPLICACIÓN DE LEYES POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

a) Introducción: También pueden diferenciarse los supuestos ya tratados de la posibilidad de que la administración pública decida no aplicar normas generales en seguimiento de lineamientos jurisprudenciales de tribunales de justicia que han declarado la inconstitucionalidad de las mismas.

En esta hipótesis puede adquirir importancia la postura de Marienhoff, cuando diferencia entre la declaración de inconstitucionalidad de una ley por la administración y la abstención de aplicar una ley repugnante a la Carta Magna³⁷. Queremos decir con esto, que en el supuesto que venimos analizando la administración se abstiene de aplicar una ley que ha sido declarada inconstitucional.

En esta tesitura parece haberse enrolado la PTN permitiendo a la administración pública inaplicar las leyes a los casos concretos cuando exista una tendencia jurisprudencial emanada de tribunales inferiores³⁸ o de la Corte Suprema³⁹ contraria a su validez constitucional⁴⁰, siempre y cuando esa decisión judicial se encuentre firme y consentida.

b) El caso del Tribunal Fiscal de la Nación⁴¹: La posibilidad de inaplicar normas de carácter general ha sido expresamente contemplada para el Tribunal Fiscal de la Nación en el art. 185 de la Ley 11.683⁴² y por el art. 1164 del Código Aduanero, donde luego de vedarle la posibilidad de expedirse acerca de la "validez constitucional de las leyes tributarias o aduaneras y sus reglamentaciones"⁴³ se le permite no aplicarlas

³⁷ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 430.

³⁸ P.T.N. 101:87.

³⁹ P.T.N., 159:83; 168:23.

⁴⁰ P.T.N. 101:87.

⁴¹ En adelante TFN.

⁴² T.O. 1998.

⁴³ En tal sentido, el TFN ha sostenido que no puede pronunciarse respecto del planteo de inconstitucionalidad del decreto 1998/92 formulados por los contribuyentes, salvo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hubiere declarado la inconstitucionalidad de las mismas, en cuyo caso podrá seguirse la interpretación de la Corte. ("VOLKSWAGEN ARGENTINA S.A."; Expte. N° 18.289-A., 17.04.09")

cuando “la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya declarado la inconstitucionalidad de las mismas, en cuyo caso podrá seguirse la interpretación efectuada por ese Tribunal de la Nación”.

Sobre esa atribución legislativa, se ha señalado que no se trata de un juzgamiento constitucional realizado por la administración a título propio y derivado de su competencia, sino de la aplicación de los criterios jurisprudenciales por la autorización legislativa⁴⁴.

Esa regulación aparece como interesante por varias razones. En primer lugar, porque pone en evidencia que no estamos frente a una cuestión meramente teórica sino se presentan problemas prácticos de suma actualidad. En segundo término, porque es llamativo el establecimiento de esa prohibición por el Congreso Nacional dado que si se trata de una potestad exclusiva del Poder Judicial la restricción es injustificada.

Para Corti⁴⁵ la prohibición del aludido art. 185 para declarar la inconstitucionalidad de las normas ha quedado derogada por la reforma del 94 cuando establece el derecho a la doble instancia. Pues entiende que ambas instancias deben ser plenas y, por lo tanto, no puede haber una limitación al respecto, esto es, de controlar la constitucionalidad de las normas.

c) Reflexiones: Se advierte claramente que los patrones previstos por la PTN no son muy precisos pues alude a “tendencia jurisprudencial” de tribunales inferiores o frente a decisiones de la Corte Suprema que se encuentren firmes y consentidas. Ello nos obliga a preguntarnos acerca sobre qué debemos entender por “tendencia jurisprudencial” ya que su alcance es por demás impreciso.

También, plantea dudas el tema de la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema habida cuenta que si éstos obligan moralmente a los jueces inferiores con mayor razón deberían vincular a la administración pública.

Como se sabe, los fallos plenarios pues conforme el art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación son obligatorios para los jueces inferiores y para el Tribunal de Alzada de donde emana. Esa situación nos obliga a preguntarnos si aquellos son igualmente obligatorios para la administración pública.

En definitiva, consideramos que la atribución de la administración pública de no aplicar normas generales en seguimiento de lineamientos jurisprudenciales es totalmente válida con independencia de que exista o no autorización legislativa, siempre que tales decisiones emanen de la Corte Suprema o de un máximo tribunal de provincia y se hallen firmes y consentidas.

⁴⁴ BIDART CAMPOS, Germán J. **Manual de la Constitución reformada**. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1996.

⁴⁵ CORTI, Arístides, “Competencia del TFN para declarar la inconstitucionalidad de leyes y reglamentos”, IMP 2007-17 (septiembre) 1623.

4. OBJECCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

También puede acontecer que la administración pública se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de una determina ley pero decida no declararla inválida sino aplicarla al caso por entender que carece de competencia para actuar de ese modo.

Con esa orientación el TFN se pronunció en la causa “Pascuzzi”⁴⁶ en donde en virtud de la prohibición del art. 185 de la ley 11.683 dos vocales dejaron en claro “las objeciones de orden constitucional que les merece la presunción instrumentada mediante el artículo 2 de la ley 25345”⁴⁷. Ya en otro fallo anterior⁴⁸ habían señalado que “en lo que hace al concreto planteo de inconstitucionalidad formulado por la recurrente, con fundamento en la afectación del derecho de propiedad y el principio de legalidad en materia fiscal y el derecho de defensa protegidos por los artículos 4 y 75, 17 y 18 de la Constitución Nacional, los suscriptos no pueden dejar de poner de manifiesto las objeciones constitucionales que les merece el mecanismo instrumentado por la ley 25.345”⁴⁹.

Si bien, en el caso, el uso de esta técnica de la objeción de inconstitucionalidad obedeció a la prohibición normativa de efectuar una declaración de inconstitucionalidad, creemos que esa opción puede ser realizada válidamente por la administración pública. Es que esta al tomar una decisión y teniendo en cuenta que la declaración de inconstitucionalidad es una atribución exclusiva del Poder Judicial, la administración pública puede dejar sentado su postura en cuanto a la invalidez constitucional.

5. CONCLUSIONES

La potestad de declarar la inconstitucionalidad de las normas sigue siendo una atribución exclusiva del Poder Judicial salvo que exista una autorización legislativa del Congreso Nacional a la administración pública para que desempeñe esa actividad.

Nada obsta a que la administración pública pueda interpretar la Ley Fundamental en un caso concreto siempre teniendo como norte la salvaguarda de los derechos fundamentales del administrado.

Constituye una buena práctica que la administración pública inaplique normas generales en seguimiento de los lineamientos jurisprudenciales ya sea de los máximos tribunales de provincia como de la Corte Suprema, siempre que se trate de decisiones que se hallen firmes y consentidas.

⁴⁶ TFN, Sala A, 21/11/2005, “Miguel Pascuzzi”.

⁴⁷ *Vid.* considerando N° VII. 14/9/2004

⁴⁸ TFN, Sala A, 14/9/2004, “Miguel Pascuzzi”.

⁴⁹ *Vid* considerando n° XVII.

Creemos que la temática referida al control de constitucionalidad por la administración pública es un tema que invita a la reflexión y, que en una primera aproximación, nos convence de que lo correcto es otorgarle la facultad a la administración para que declare la inconstitucionalidad de las normas para poder proteger al administrado de violaciones a sus derechos fundamentales. Sin embargo, creo que esa visión puede ser solo un espejismo ya que detrás de ello se esconde un mal mayor que es la violación del equilibrio entre los diversos poderes del Estado pues, de otro modo, a la gran prerrogativa que detenta la administración pública a partir del principio de ejecutoriedad le sumamos otra que es la última *ratio* del ordenamiento jurídico y las más delicada de las funciones en un Estado de Derecho, colocando al Poder Ejecutivo en una posición rayana a la suma del poder público que nuestros Constituyentes originarios quisieron evitar al incluir el art. 29 CN.

6. REFERENCIAS

ALVAREZ ALVAREZ, Fernando A. **La cuestión del control de constitucionalidad por la administración pública**. Disponible en: <www.eldial.com/suplementos/administrativo>.

BADENI, Gregorio. **Tratado de derecho constitucional**. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 2010.

BIANCHI, Alberto B. **Control de Constitucionalidad**. Buenos Aires: Abaco, 2002.

BIDART CAMPOS, Germán J. **Manual de la Constitución reformada**. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1996.

BIDEGAIN, C. El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro. **Revista 120 años de la Procuración del Tesoro**, 1863-1983, 1983.

COMADIRA, Julio R. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.

CUCHILLO FOIX, Monserrat. **Jueces y administración en el federalismo norteamericano (el control jurisdiccional de la actuación administrativa)**. Civitas: Madrid, 1996.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **La justicia administrativa en el cambio de siglo**. [s.l.]: Acad. Nac. de Derecho, 2000.

GIALDINO, Rolando E. **El Poder judicial y los jueces en la república representativa**. Buenos Aires: El Derecho, 2009.

GORDILLO, Agustín. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Astrea, 1992.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 5 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

MAIRAL, Héctor A. Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino. **Estudios de Derecho Administrativo**, Mendoza, Ciencias de la Administración, 1999.

MARIENHOFF, Miguel S. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Astrea, 1992.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 430.

MILLER, Jonathan; GELLI, María Angélica; CAYUSO, Susana. **Constitución y Poder Político**. Astrea: Buenos Aires, 1987.

SAGÜES, Néstor Pedro. **Derecho Procesal Constitucional**. 5 ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.

SAGÜES, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. Buenos Aires: Depalma, 1998.

SOLA, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.

SORIA, Daniel Fernando (Org.). **Las vías administrativas previas en el contencioso federal contra la administración - Derecho Procesal Administrativo**: Homenaje a Jesús González Pérez. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

VÁZQUEZ, Javier Barnes (Org.). **La justicia administrativa en el derecho comparado**. Madrid: Civitas.



Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade

Institutional dialogues: structure and legitimacy

CLÊMERTON MERLIN CLÈVE*

Universidade Federal do Paraná (Brasil)
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil (Brasil)
cleve@uol.com.br

BRUNO MENESES LORENZETTO**

Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil (Brasil)
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil)
bruno_lorenzetto@yahoo.com.br

Recebido/Received: 08.07.2015 / July 8th, 2015

Aprovado/Approved: 05.08.2015 / August 5th, 2015

Resumo

O artigo versa sobre a tese dos diálogos institucionais como alternativa para a legitimação do controle de constitucionalidade. Apresenta uma visão crítica sobre a dicotomia entre direito e política e sobre a proposta de separação rígida entre os poderes. Expõe a gênese da teoria dos diálogos institucionais no Canadá e traça a diferença entre os casos em que o diálogo efetivamente acontece e quando ele se torna uma demanda normativa. Trata dos questionamentos que foram apresentados às teorias do diálogo e apresenta qual seria sua versão teórica mais

Abstract

The article talks about the thesis of the institutional dialogues as an alternative to the judicial review legitimacy. It presents a critical view on the dichotomy between law and politics and on the proposal for strict separation of powers. Exposes the genesis of the theory of institutional dialogues in Canada and traces the difference between cases where dialogue actually occurs and when it becomes a normative demand. It deals with questions that were presented to the theories of dialogue and presents the one that would be its most promising theoretical version. Reports the

Como citar esse artigo/How to cite this article: CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>

* Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná e do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil (Curitiba-PR, Brasil). Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduado em Direito Público pela Université Catholique de Louvain - Bélgica. Professor Visitante do Máster Universitario en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo e do Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas da Universidad Pablo de Olavide, em Sevilha, Espanha. Líder do NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção da UFPR. Foi Procurador do Estado do Paraná e Procurador da República. Atualmente, é sócio fundador do escritório Clémerson Merlin Clève Advogados Associados, em Curitiba.

** Professor de Direito do Programa de Mestrado em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil e da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia (2010-2014). Mestre em Direito pela UFPR na área de Direito das Relações Sociais (2008-2010). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-2008). Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York (2013-2014). Bolsista pela CAPES durante o Mestrado na UFPR.

promissora. Relata os mecanismos para a realização dos diálogos institucionais no Brasil e, por fim, retoma a dicotomia entre direito e política para sugerir a manutenção das instituições em que os desacordos possam continuar a acontecer.

Palavras-chave: Diálogos Institucionais; Jurisdição Constitucional; Legitimidade.

mechanisms for achieving the institutional dialogue in Brazil and, at last, returns to the dichotomy between law and politics to suggest the maintenance of the institutions in which disagreements can continue to happen.

Keywords: Institutional Dialogues; Constitutional Jurisdiction; Legitimacy.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A estrutura dos diálogos: o início da conversa; 3. A promessa (normativa) do diálogo; 4. Diálogos institucionais no Brasil; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Perante o questionamento sobre qual instituição possui as melhores condições para responder casos controvertidos foi formulada a resposta que propugna a manutenção de uma conversa produtiva entre os Poderes. A busca por soluções de casos complexos, os quais demandam respostas institucionais elaboradas, precisa ser estabelecida de modo dialógico, como uma conversa contínua entre as partes envolvidas na sua confecção e na sua fiscalização posterior.

Tal solução está respaldada nas preocupações atinentes à legitimação das atividades realizadas pelos Poderes. O conjunto de fatos históricos arbitrários que marcaram o século XX conformam sinalizadores fundamentais para indicar que quaisquer decisões proferidas por órgãos públicos precisam de algum respaldo democrático. A edificação de um Estado Democrático de Direito realiza-se “tijolo por tijolo”, em uma contínua construção, numa orquestração social que não tem em seu horizonte um final pré-definido, mas, possui como cerne o necessário intercâmbio entre os aspectos potenciais e as limitações de cada ramo do governo.

A proposta por diálogos tem seu início teórico na separação das atividades pertinentes a cada ramo do Poder. Sob influência dessa ideia, a cisão clássica entre direito e política foi articulada da seguinte maneira: a esfera política seria determinada pela soberania popular e pelo princípio majoritário, enquanto a esfera jurídica seria determinada pela ideia de *rule of law* (primado da lei) e pela observância aos direitos fundamentais.¹

¹ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 252. Nos termos de Clèmerson Clève: “A tentativa de recuperar o político para o direito é a proposta epistêmica mais interessante, embora ambiciosa, do pensamento crítico voltado para o ‘jus’: Não se trata de fazer nova teoria jurídica com pretensão de substituir as escolas jurídicas tradicionais. Do contrário, procura-se criar renovada dimensão para o discurso jurídico, de tal modo que, além das preocupações instrumentais, possa ele conhecer o seu objeto como algo inserido na história.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 139).

No plano da sua produção o direito não pode ser separado da política, pois é fruto da vontade majoritária da sociedade e de disputas políticas que são estabilizadas através da formulação de normas com pretensão de universalidade. No âmbito da aplicação, contudo, a separação entre o direito e a política é defendida como possível e tem como finalidade a não colonização do jurídico pelo político.² A cisão na aplicação procura resguardar, por exemplo, o princípio da legalidade. Porém, ela não deve ser absolutizada, a ponto de ser defendida certa “neutralidade” de magistrados ou a pura instrumentalização do fenômeno jurídico, como se fosse possível afastar por completo a presença de elementos ideológicos no processo de tomada de decisão.

Também auxilia na compreensão da proposta dos diálogos institucionais a definição do conceito de supremacia da Constituição. Sem referido predicado a tensão entre constitucionalismo e democracia perderia sua força. A supremacia da Constituição é um “traço distintivo” que a posiciona em hierarquia superior em relação às demais normas do sistema.³ Espera-se que ela seja o resultado da confluência de uma manifestação política superqualificada da vontade popular,⁴ e se coloque para além da vontade majoritária estabelecida regularmente. Trata-se de um momento constituinte originário, ou de uma produção constitucional “elevada” (higher lawmaking).⁵

De outra sorte, a supremacia constitucional é o fator inicial que habilita a realização da fiscalização de constitucionalidade. Isso ocorre pelo fato de que as normas precisam guardar compatibilidade com os preceitos insculpidos na Carta Magna,⁶ a qual teve papel renovado na definição da organização do Estado:

² BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. p. 252-253.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 299.

⁴ A afirmação é feita em sentido normativo, pois, não se desconsidera que mudanças constitucionais possam ocorrer via golpe ou outras formas não democráticas: “As Constituições (...) são elaboradas em quatro grandes cenários: criação ou emancipação de um Estado, reestruturação do Estado após uma guerra, na sequência de movimento revolucionário ou culminando algum processo de transição política negociada.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p. 161).

⁵ “The Founders were clever fellows, but they made serious mistakes, moral no less than instrumental. And so will every generation. In a democracy, the People of today must have the chance to change their minds about the fundamental choices made by preceding generations. The object of higher lawmaking design is not to frustrate this process, but structure it – so that it occurs when a mobilized citizenry wants it to occur, so that it will proceed in a deliberate and focused fashion, so that changes in constitutional identity will occur, when they occur, in a deliberate and weighty fashion that will gain respect as a *considered* judgment of We the People.” (ACKERMAN, Bruce. **We the People: foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 279).

⁶ “No Brasil, esse controle é desempenhado por meio de dois ritos diversos: a) a via *incidental*, pela qual a inconstitucionalidade de uma norma pode ser suscitada em qualquer processo judicial, perante qualquer juízo ou tribunal, cabendo ao órgão judicial deixar de aplicar a norma indigitada ao caso concreto, se considerar fundada a arguição; b) a via *principal*, pela qual algumas pessoas, órgãos ou entidades, constantes no art. 103 da Constituição Federal, podem propor uma ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, na qual se discutirá a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, em tese, de determinada lei ou ato normativo.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p. 299).

As Constituições, agora, são documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando a potestas em auctoritas, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os Poderes Públicos. Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do Legislador.⁷

Por isso, a concepção que localiza a Constituição como a Lei Fundamental demanda o reconhecimento da sua posição privilegiada no ordenamento jurídico, mas, igualmente, de instrumentais jurídicos que garantam a manutenção de referida qualidade.⁸ Tais mecanismos se colocam em relação com a busca por instituir um Estado Democrático de Direito, com a garantia de direitos fundamentais para os cidadãos e de estruturas procedimentais que estabeleçam condições democráticas de deliberação.

Para tanto, entende-se que o governo precisa tratar a todos com igual consideração e respeito. A concepção liberal de igualdade defende o *igual tratamento*, compreendido como a mesma distribuição de bens e oportunidades para todos, e que *todos sejam tratados como iguais*, ou seja, igual consideração e respeito no que tange à decisão política que promove a distribuição de bens e oportunidades.⁹ Nesse contexto, as decisões em casos controvertidos passam a dispor de faróis normativos que orientam os atores políticos na definição de respostas institucionais dotadas de legitimação.¹⁰

Percebe-se, com isso, que as Constituições acabam por criar instituições que possam implementar os fundamentos basilares do constitucionalismo. Dentre tais ideias está a de que o governo precisaria operar de acordo com um rol previamente

⁷ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 22.

⁸ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. p. 29.

⁹ “O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e igual respeito.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 419).

¹⁰ “No contexto plural em que vivemos, a comunidade política só se legitima plenamente quando assegura o igual direito de cada indivíduo de viver de acordo com os seus próprios projetos e escolhas existenciais; quando proporciona os meios materiais básicos para isso; quando respeita e valoriza as identidades particulares de cada um dos seus membros. É papel das constituições democráticas garantir esses elementos, que são vitais para a generalização entre os cidadãos do sentimento de pertencimento à comunidade política.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 238).

estabelecido de regras e princípios e que estes deveriam ter como conteúdo a proteção de direitos fundamentais.

Diferentes arranjos institucionais podem ser utilizados para observar as características principais do constitucionalismo, as quais costumam estar dispostas no texto constitucional. Este, por sua vez, é o suporte muitas vezes utilizado para barrar escolhas democráticas majoritárias. Logo, a guarda da Constituição e um conjunto de decisões majoritárias que definem o autogoverno de um povo são os elementos binários da tensão entre constitucionalismo e democracia.

Percebe-se, com isso, que os questionamentos a respeito da legitimidade da fiscalização de constitucionalidade não são mais uma “questão estrangeira”. Vive-se no Brasil uma crescente vaga crítica ao ativismo judicial.¹¹ Contudo, parte dessas considerações acaba por reproduzir o mesmo equívoco da aposta em uma “última palavra” e olvida a estrutura institucional em que os poderes estão inseridos.

De uma parte, afirma-se que o Executivo possui melhores condições para avaliar casos concretos e que o Judiciário deveria prestar deferência a decisões das agências do governo.¹² Do lado do constitucionalismo popular, o Povo seria o agente ideal para a solução de conflitos.¹³ Há ainda quem defenda que o controle de constitucionalidade devesse ser reduzido ao máximo em favor de debates realizados nas casas do Parlamento.¹⁴ Tais construções, feitas a partir de diferentes referências ideológicas, as quais

¹¹ Ver sobre o ativismo judicial: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹² VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006; ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O Argumento das “Capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de. **Tratado de direito constitucional: constituição no século XXI: v.2**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

¹³ KRAMER, Larry D. **The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review**. Oxford: Oxford University Press, 2004; WILLEMAN, Marianna Montebello. Revisão parlamentar no controle de constitucionalidade, constitucionalismo popular e humildade institucional. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 43, 2013; CARDOSO, Rodrigo Mendes. As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **RECHTD - Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 6, n. 2, 2014. Para uma perspectiva crítica ver: LORENZETTO, Bruno Meneses. **Os Caminhos do Constitucionalismo para a Democracia**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

¹⁴ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999; WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, v. 115, 2006. “Para Waldron, contudo, justificar o controle judicial de constitucionalidade a partir de que direitos devem funcionar como trunfo contra decisões legislativas majoritárias ignoraria o desacordo moral existente em sociedades plurais, ou seja, ignoraria o fato de que as pessoas têm concepções diferentes acerca dos seus direitos mais básicos (da mesma forma que têm concepções diferentes sobre justiça social e políticas públicas). Em decorrência disso, isto é, em face da existência de um amplo desacordo acerca dos direitos fundamentais, a decisão sobre a questão ‘quem deve decidir sobre esses direitos?’ deve ser tomada em igualdade de condições pelos cidadãos em uma comunidade, algo que não ocorre quando se reserva essa decisão a uma elite judiciária.” (SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, 2009. p. 204).

buscam potencializar modos diversos de arranjos institucionais, dirigem-se pela preocupação a respeito da legitimidade da prática da jurisdição constitucional.

Ao invés de romantizar ou pintar uma caricatura inadequada de algum dos Poderes (ou dos agentes políticos) envolvidos nos processos de disputa sobre temas que promovem grandes divergências, entende-se que, nos passos sugeridos pela Justice Ruth Bader Ginsburg, os juízes tem um papel interdependente na democracia, eles sozinhos não definem a doutrina jurídica, mas, participam em um diálogo com outros órgãos do governo, e também com o povo.¹⁵ Por isso, o presente artigo procura analisar as teorias do diálogo institucional e a contribuição que elas podem fornecer para a legitimação da jurisdição constitucional.

2. A ESTRUTURA DOS DIÁLOGOS: O INÍCIO DA CONVERSA

A prática da reprodução de categorias antigas que procuram justificar o atual estado da arte das instituições possui, no campo jurídico, um velho e recorrente autor. Montesquieu e sua doutrina sobre a separação de poderes constitui alicerce para discursos dos mais variados matizes e foi utilizado em diferentes contextos históricos e culturais.¹⁶ O imprescindível filósofo do século XVIII e os avanços que o mesmo realizou nas formulações aristotélicas a respeito das formas de governo não devem ser olvidados, mas, refinados e testados perante uma realidade na qual as instituições de governo passam a adquirir funções híbridas e múltiplas como forma de responder ao aumento da complexidade do mundo social.¹⁷

A partir das lições de Jorge Miranda é possível denotar que a separação de poderes foi consagrada em todas as Cartas constitucionais dos séculos XVIII e XIX, em virtude do artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sua adoção, porém, não foi uniforme. Enquanto na França acabou por prevalecer uma perspectiva mecanicista e a recusa da fiscalização constitucional, nos Estados Unidos, a separação de poderes adquiriu um sentido “coordenador”, de freios e contrapesos, ao que se admitiu, desde o início, o controle de constitucionalidade: “Não por acaso tem-se dito que a Constituição de 1787 é a que melhor tem levado à prática a distinção de um *pouvoir de statuer* e de um *pouvoir d’empêcher*.”¹⁸

¹⁵ GINSBURG, Ruth Bader. Speaking in a Judicial Voice. **New York University Law Review**, v. 67, 1992. p. 1198.

¹⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁷ “Uma ‘nova separação de poderes’ está emergindo no século XXI. A compreensão de suas características distintas requer o desenvolvimento de um modelo conceitual que contenha cinco ou seis categorias – ou talvez mais. E, assim, nós podemos dar um carinhoso adeus a Montesquieu (...)” (ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, v. 265, 2014. p. 15). A expansão institucional que pode ser observada na breve história do CNJ no Brasil é um exemplo da insuficiência do cânone da tripartição para explicar fenômenos contemporâneos.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III, 5. ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 383.

Pensa-se, por isso, na contemporânea questão dos desenhos institucionais e não mais na simples replicação da fórmula da tripartição de poderes. A criação de novas instâncias de poder não pode ser feita de maneira inadvertida sobre sua estrutura e suas diretrizes normativas, ou seja, seus poderes dentro do governo e suas finalidades. Ademais, tratar de um poder é também versar sobre seus limites, com a lembrança de que, em termos gerais, se a um poder é conferida determinada competência, aquilo que se espera é que ele venha a exercê-la para justificar sua existência e sua continuidade, mas, além disso, devem-se considerar as possíveis consequências do mau funcionamento de determinada instituição.¹⁹

Para Conrado Mendes, a distribuição das faculdades de instituir e de vetar em diferentes agentes públicos conduz a um desenho institucional, no qual é feita a distribuição de poderes, a determinação dos objetivos e dos canais de comunicação entre eles, até que uma decisão venha a ser tomada, após o crivo de diferentes agentes. Nessa arquitetura, a fiscalização de constitucionalidade comporia mais um veto na rede de faculdades que perfaz a separação de poderes.²⁰

Os processos de modelagem das instituições representam um importante passo na definição não apenas teórica e normativa de quais deveriam ser as funções idealizadas de cada um dos poderes. Apresentam um convite para a reflexão a respeito da insuficiência da visão tradicional sobre a separação de poderes e indicam que a busca por determinar fronteiras intransponíveis entre eles não apenas é pouco prática, mas, indesejável.

Em substituição a uma leitura tradicional da separação dos poderes, a prática dos diálogos institucionais procura evidenciar pelo menos dois aspectos a respeito da formulação de decisões de casos controvertidos. Primeiro, as decisões, tomadas em qualquer um dos poderes, passam a ter um caráter *parcialmente* definitivo, pois, podem ser contestadas em outras instâncias públicas. Segundo, cada espaço de poder possui características que o potencializam ou o inibem para a realização de tomada de decisões. Isso reafirma a necessidade de canais de diálogo entre as instituições, pois, uma pode ter melhores condições que outra para lidar com o caso concreto em apreço. Destarte, do mesmo modo que o Legislativo costuma adotar um discurso político para a formação de consenso, o Judiciário precisa traduzir demandas políticas em termos

¹⁹ De acordo com Jorge Miranda: "O princípio da separação de poderes vai, pois, permanecer como princípio de organização ótima das funções estatais, de estrutura orgânica funcionalmente adequada, de legitimação para a decisão e de responsabilidade pela decisão. Daí uma dimensão *positiva*, a par de uma dimensão *negativa*, de controlo e limitação de poder. E, consequentemente, reconhece-se a necessidade de um *núcleo essencial* de competência de cada órgão, apurado a partir da adequação da sua estrutura ao tipo ou à natureza de competência de que se trata." (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. p. 385).

²⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 132.

jurídicos. Tais diferenças irão complementar o conjunto de discursos produzidos sobre o tema até o momento e conferir novas rodadas deliberativas sobre a matéria.

A fiscalização de constitucionalidade é uma estrutura que está inserida na tensão e no diálogo entre os poderes e pode ser justificada desde uma perspectiva institucional, que procura apontar os aspectos positivos de ela atuar na ordem da separação dos poderes como um “contrapoder”,²¹ ou em termos da proteção de um conjunto de direitos fundamentais, em que os direitos funcionariam como “trunfos” contra práticas políticas majoritárias inadequadas.²²

Tome-se o emblemático caso canadense, sublinhado como importante marco no que tange à prática dos diálogos institucionais. Diante da edição da “Carta de Direitos e Liberdades” em 1982 o problema da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade foi suscitado. A resposta para tal dificuldade foi a de que o controle seria parte do *diálogo* entre juízes e legisladores;²³ por isso, nos casos em que a decisão judicial se abre para correções pelo Legislativo, pode-se dizer que se está a estabelecer um diálogo interinstitucional.

Em solo canadense é possível observar a continuidade de decisões institucionais nas quais a decisão judicial pode ser revertida, modificada ou evitada por uma nova lei. Os diálogos institucionais poderiam substanciar uma restrição ao processo democrático. Entende-se, todavia, que as práticas de revisão das leis editadas e do acomodamento das decisões da jurisdição constitucional são características importantes do próprio jogo democrático.²⁴

Nesse sentido, a Carta de Direitos canadense acabou por agir como catalisadora dos intercâmbios entre o Judiciário e o Legislativo, ao não erguer uma barreira intransponível para as decisões tomadas pelas instituições. A ideia de diálogo institucional, por isso, não teve uma de suas gêneses sobre uma demanda normativa para que as instituições dialogassem. No Canadá, elas de fato trocavam experiências e isso se deve aos casos em que o controle de constitucionalidade foi seguido por uma ação providenciada pelo corpo legislador responsável.²⁵

²¹ “Esse veto se justifica não pelo seu conteúdo, que será necessariamente controverso, mas pela razão prudencial de acautelar o sistema política contra sobressaltos majoritários. O que ele faz, portanto, não é assegurar o mínimo ético do regime democrático, mas retardar o processo decisório, esperando que o tempo possa contribuir para uma decisão de maior densidade deliberativa.” (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27).

²² DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984.

²³ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, 1997. p. 79.

²⁴ “The dialogue that culminates in a democratic decision can only take place if the judicial decision to strike down a law can be reversed, modified, or avoided by the ordinary legislative process.” (HOGG, Peter W.; BUSH-ELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures. p. 80).

²⁵ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures. p. 82.

A realização da jurisdição constitucional no Canadá é amparada por um conjunto de níveis de escrutínio ou de fiscalização (*standards of review*), pois, a Carta de Direitos, em sua seção 1, estabelece que os direitos garantidos precisam observar os limites razoáveis definidos pela lei e que possam ser justificados em uma sociedade livre e democrática.

Os níveis de escrutínio da seção 1 foram estabelecidos no caso *R v. Oakes* (1986), o qual dispõe que: 1) a lei deve perseguir um objetivo importante; 2) a lei precisa estar racionalmente conectada com seu objetivo; 3) a lei não pode limitar o direito para além do necessário para atingir o seu objetivo; 4) a lei não deve ter um efeito desproporcionalmente severo quando aplicada em seus destinatários.²⁶ Boa parte das disputas jurídicas acaba por se centrar no ponto 3, ou seja, a lei é declarada inconstitucional por não buscar seu objetivo pelos meios menos restritivos de um direito protegido pela Carta.²⁷ Ainda, a seção 1 possibilita a resposta institucional por parte do legislador, que pode defender a manutenção da lei com base no ponto 4, ao argumentar que a legislação procura atingir determinados objetivos através dos meios menos restritivos possíveis.

A solução buscada pelos canadenses não consiste em apostar na participação popular direta como corretora das decisões tomadas pelas Cortes, mas, na própria estrutura institucional e na contínua tradição dialógica estabelecida entre os Poderes.²⁸ As decisões advindas da jurisdição constitucional são observadas como provocações para o diálogo, pois, trazem para a arena pública temas controvertidos que poderiam ficar adormecidos e, além disso, forçam a realização de uma nova discussão a respeito da matéria. No caso de leis antigas, a nova rodada de debates serve para restaurar a legitimação em torno da lei eventualmente declarada inconstitucional.²⁹

A ideia de diálogo interinstitucional não procura impedir que as discussões venham a extravasar o âmbito da jurisdição constitucional, logo, o diálogo pode ter continuidade para além das Cortes. No caso canadense as decisões abrem espaço para uma resposta legislativa; nesse cenário, o controle de constitucionalidade não se torna um veto sobre as decisões políticas, mas o *início da conversa* no sentido da busca pela

²⁶ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures. p. 84-85. RODRIGUES, Saulo Tarso; BONAVIDES, Paulo; MARTÍN, Nuria Belloso; SILVA, Alexandre Fernandes. **Teoria da decisão judicial e teoria da justiça:** jusfilosofia e novos paradigmas constitucionais. Curitiba: Juruá, 2015. p. 624.

²⁷ Ver sobre o caso dos níveis de escrutínio nos Estados Unidos: CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, Governo Democrático e Níveis de Intensidade do Controle Jurisdicional. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 1, 2015.

²⁸ Tanto que os casos em que não foi possível o diálogo entre a Corte e o Legislativo são excepcionais. HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures. p. 96.

²⁹ A respeito da cláusula não-obstante (*notwithstanding clause*) ver: LORENZETTO, Bruno Meneses; MELLO, Tanya Kozicki de. Revisão legislativa dos atos jurisdicionais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. v. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

reconciliação entre os valores da Carta de Direitos e as políticas sociais e econômicas editadas pelo Parlamento.³⁰

A tese dos diálogos institucionais atravessou os muros das universidades e passou a ser efetivamente utilizada em decisões de Cortes Constitucionais. Diante do modelo fraco de controle de constitucionalidade adotado no Canadá, o mesmo não significa a *última palavra* e, sob este viés, a ideia de diálogo consistiria em abrir espaço depois da decisão judicial para respostas pelo Legislativo.

No caso *Vriend v. Alberta* (1998) o Justice Iacobucci fez menção expressa à tese dos diálogos: “Como eu vejo a questão, a *Carta* tem dado origem a uma interação mais dinâmica entre os Poderes. Esta interação foi apropriadamente descrita como um ‘diálogo’ (...)”.³¹ Além disso, o Justice procurou afastar a leitura simplista da democracia como a regra da maioria, especialmente nos casos em que interesses de grupos minoritários são afetados.³²

O apelo democrático do controle de constitucionalidade realizado Canadá tem sua lógica específica. Uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei o papel de reconstrução cabe ao Legislativo – esta é a ideia de diálogo. O parlamento possui em seu favor o fato de ser democraticamente eleito e detentor da possibilidade de impedir a fiscalização constitucional através do uso da seção 33 da Carta de Direitos, a qual anula qualquer controle de constitucionalidade ao suspender as proteções da própria Carta por um período de tempo limitado. A forma final da lei cabe ao legislador, caso esse assim o queira.³³

A tese do diálogo apresenta, por isso, uma série de razões para repensar a legitimidade do controle de constitucionalidade e o papel das Cortes na fiscalização legislativa. Nos casos em que a Corte entende que o Legislativo está em uma posição institucional mais vantajosa para decidir a questão controvertida, ela pode abrir uma

³⁰ HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures. p. 105. A tese foi mantida pelos autores em artigo posterior: HOGG, Peter; THORNTON, Alisson A. Bushell; WRIGHT, Wade K. *Charter Dialogue Revisited – or ‘much ado about metaphors’*. **Osgoode Hall Law Journal**. v. 45, 2007.

³¹ “In reviewing legislative enactments and executive decisions to ensure constitutional validity, the courts speak to the legislative and executive branches. As has been pointed out, most of the legislation held not to pass constitutional muster has been followed by new legislation designed to accomplish similar objectives (see Hogg and Bushell, *supra*, at p. 82). By doing this, the legislature responds to the courts; hence the dialogue among the branches.” *Vriend v. Alberta* (1998).

³² O caso tratava de uma omissão legislativa da província de Alberta. O código da província incluía todas as proteções típicas dos códigos canadenses de proteção de direitos fundamentais, mas era omissa no que tratava da proteção contra discriminação com base na orientação sexual. Delwin Vriend apresentou o caso perante a Corte Constitucional por ter sido demitido de uma faculdade em razão da sua orientação sexual e não encontrar respaldo na legislação de Alberta para o seu pleito. A decisão da Corte foi no sentido de que a omissão legislativa representava uma violação à garantia da igualdade protegida pela Carta de Direitos e Liberdades.

³³ HOGG, Peter; THORNTON, Alisson A. Bushell; WRIGHT, Wade K. *Charter Dialogue Revisited*. p. 13.

oportunidade para a manifestação do Parlamento ou assumir posição deferente perante a lei estabelecida pela via democrática tradicional.³⁴

Isso, porém, não quer dizer que a Corte está a renunciar sua responsabilidade fiscalizatória perante os outros Poderes, apenas decide que outros poderes podem primeiro apresentar remédios para corrigir a violação Constitucional. Caso essa oportunidade ofertada pelo Judiciário não seja utilizada, a declaração de inconstitucionalidade toma lugar e afasta a lei do ordenamento jurídico.

A postura dialógica ou preventiva, que garante a oportunidade para a manifestação do Legislativo, também foi encampada no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal. O Ministro Luís Roberto Barroso endossa explicitamente essa mudança de racionalidade na postura do Tribunal.³⁵ Isso pode ser observado em diferentes ocasiões em que o Ministro demandou a manifestação do legislador, ao garantir determinados períodos para que este se pronunciasse.

No julgamento sobre a perda do mandato de parlamentares, Questão de Ordem na Ação Penal 606, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 12.08.2014, DJe 18.09.2014, o Ministro asseverou que:

Por todas essas razões, é boa hora para se renovar uma prática desejável de diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo. Relembre-se que, recentemente, diante das dificuldades trazidas pelo texto constitucional com relação à perda de mandato pelo parlamentar condenado criminalmente, o Senado Federal, em boa hora, aprovou proposta de emenda constitucional superando o confuso tratamento que a Constituição dá à matéria.

No RE 661.256, em 09 de outubro de 2014, o Ministro afirmou que:

Por fim, a decisão aqui lançada, sem abdicar do papel próprio dos tribunais, que é a tutela de direitos, fez questão de abrir um diálogo institucional e respeitar a separação de Poderes. A solução aqui alvitrada decorre da interpretação sistemática e teleológica da Constituição e da legislação, mas é certamente inovadora, na medida em que supre uma lacuna referente ao tratamento jurídico da desaposentação. Nessa linha, fixou-se um prazo de 180 (cento e oitenta) dias para o início de sua aplicação, facultando-se ao Legislativo e ao Executivo prover acerca da matéria, sanando a lacuna de maneira diversa, se assim entenderem.

³⁴ HOGG, Peter; THORNTON, Alisson A. Bushell; WRIGHT, Wade K. *Charter Dialogue Revisited*. p. 15-16.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2014. **Consultor Jurídico**, 31 dez. 2014. <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-31/roberto-barroso-ano-sinaliza-mudancas-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em 07.07.2015. No mesmo sentido: “Em alguns casos, tenho adotado uma posição doutrinária que se denomina de ‘diálogos institucionais’, que é uma interação entre o Judiciário e o Poder Legislativo, o chamado apelo ao legislador.” (BARROSO, Luís Roberto. Óleo na engrenagem. **Consultor Jurídico**, 02 jul. 2015. <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf-parte>>. Acesso em 07.07.2015).

No julgamento da ADI 4357, Rel. Min. Ayres Britto, j. 14.03.2013, DJe 26.09.2014, que trata do regime especial de pagamento de precatórios pelos estados, Distrito Federal e municípios, o Ministro Luiz Fux já havia arrazoado o seguinte:

(...) parece-me que esta Suprema Corte não pode se arvorar à condição de juiz da robustez do debate parlamentar para além das formas expressamente exigidas pela Constituição Federal. No que excede os limites constitucionais, há que se reconhecer uma espécie de deferência à atuação do Poder Legislativo no campo dos atos formais que se inserem no processo político, dotadas de um valor intrínseco pelo batismo democrático também no que concerne à interpretação da Constituição. É ténue, com efeito, o limite entre a defesa judicial dos valores da Constituição, missão irrenunciável deste Supremo Tribunal Federal por força da própria Carta de 1988 (CF, art. 102, caput), e uma espécie perigosa de supremacia judicial, através da qual esta Corte acabe por negar qualquer voz aos demais poderes políticos na construção do sentido e do alcance das normas constitucionais.

Porém, deve-se perceber que a diferença entre as culturas jurídicas brasileira e canadense são significativas. Enquanto no Brasil, em decorrência da opção teórica de certos Ministros do Supremo Tribunal Federal para a promoção da conversa institucional, pode-se dizer que os diálogos ocupam um espaço de uma meta a ser buscada para o aprimoramento dos arranjos institucionais. No Canadá, os diálogos fazem parte da prática contínua da atuação limitada da Corte Constitucional, a qual espera respostas por parte do legislador e inclusive, decide sobre leis que já foram corrigidas pelo parlamento após o controle de constitucionalidade (*second look cases*).³⁶

A diferença seria, por isso, que no Brasil o diálogo institucional adota um caráter normativo enquanto no Canadá ele se transformou em um instrumental recorrente na interação entre os Poderes.³⁷ Ademais, a tese dos diálogos sozinha não é suficiente para justificar a fiscalização constitucional. Logo, trata-se na sequência da perspectiva normativa do diálogo e das críticas que a teoria recebeu.

3. A PROMESSA (NORMATIVA) DO DIÁLOGO

³⁶ "(...) the notion of dialogue that we proposed in 'Charter Dialogue' was descriptive rather than normative. We described how legislatures *did* behave – rather than how they *should* behave – following a court decision striking down one of their laws on *Charter* grounds." (HOGG, Peter; THORNTON, Alisson A. Bushell; WRIGHT, Wade K. *Charter Dialogue Revisited*. p. 26).

³⁷ "No Brasil, houve a tentativa de aprovação da PEC 33, que facultaria ao legislativo a possibilidade de superar as decisões do Supremo Tribunal Federal, em modelo muito parecido com o estabelecido no Canadá. Todavia, os efeitos no Brasil, para nosso entendimento, seriam nefastos (...)" (RODRIGUES, Saulo Tarso; BONAVIDES, Paulo; MARTÍN, Nuria Belloso; SILVA, Alexandre Fernandes. **Teoria da decisão judicial e teoria da justiça**. p. 624).

A justificação para o controle de constitucionalidade – se há alguma preocupação com a legitimidade da fiscalização constitucional – não pode ser conferida apenas pela teoria dos diálogos institucionais. O fato de que as Cortes Constitucionais efetivamente oportunizam uma conversa com o legislativo ou deveriam fazê-lo, não é suficiente para solucionar a dificuldade contramajoritária. Além disso, argumentos críticos da tese dos diálogos institucionais indicam outros pontos de divergência sobre a questão.

Afirmam que a teoria seria falha quando a palavra final sobre a interpretação constitucional cabe aos tribunais. Para os críticos, o problema estaria no pressuposto do monopólio judicial da interpretação correta enquanto o Legislativo não teria os meios efetivos para afirmar sua interpretação.³⁸ Anotam que as decisões tomadas por Cortes Constitucionais podem distorcer políticas e assumir o controle da agenda legislativa.³⁹ E que a teoria foi utilizada tanto para defender posturas de deferência judicial como para legitimar o controle de constitucionalidade.⁴⁰

A série de interrogações é importante, pois acaba por suscitar temas fundamentais a respeito da relação entre constitucionalismo e democracia. O questionamento sobre a palavra final se conecta com o tópico da supremacia constitucional e com a necessidade de um corpo de agentes que tenha o poder para dizer qual é o sentido dos direitos resguardados pela Constituição.

Outro aspecto relevante diz respeito ao arranjo institucional determinado pela Constituição de cada país. Em determinados contextos o controle de constitucionalidade não é uma ferramenta que se sobressaia diante da atividade legislativa, em outros, porém, o controle de constitucionalidade assume expressão forte e definitiva.⁴¹ Propostas que almejem modificar tais construções precisam, ao mesmo tempo, transformar o design institucional e justificar a revisão na tradição governamental.

Também deve ser observado que na presença do controle de constitucionalidade, o legislador pode ser levado a prestar maior atenção em apelos realizados por grupos minoritários que venham a ser excluídos de maneira injustificada da arena

³⁸ “The third, and most crucial, flaw in the normative argument is its assumption of a judicial monopoly on correct interpretation.” (MANFREDI, Christopher; KELLY, James B. Six Degrees of Dialogue: a response to Hogg and Bushell. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 37, 1999. p. 523).

³⁹ MORTON, F. L.; KNOPFF, Rainer. *The Charter Revolution and the Court Party*. Peterborough: Broadview Press, 2000. p. 157.

⁴⁰ “When dialogue is invoked to support activism in one case and its opposite in another, it is difficult to conclude that principles matter to the Court. Decisions appear instead to follow a political barometer which tells the judges either that the legislature has been progressive and that its law should be upheld, or that the legislature has acted regressively, in which case the *Charter* can be enforced. Though the institutions may be placated, the concept of *constitutional* rights is certain to be compromised.” (CAMERON, Jamie. Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation: a comment on R. V. Mills. *Alberta Law Review*, v. 38, 2001. p. 1063).

⁴¹ “The design differences are significant and should be studied, but the idea that there should be dialogue between courts and legislatures with respect to the treatment of rights seems to be gaining ground.” (ROACH, Kent. Dialogic Judicial Review and its Critics. *Supreme Court Law Review*, v. 23, 2004. p. 50).

pública ou não recebam a devida proteção de seus direitos. Ademais, de acordo com os aspectos institucionais de cada país, há a possibilidade de as decisões tomadas pela Corte Constitucional serem revertidas pelos legisladores competentes, quando estes considerarem o seu resultado inaceitável.⁴²

Sobre o questionamento da distorção de políticas e da usurpação da titularidade da agenda política, a proposta dos diálogos parece institucionalmente interessante, pois, a política não deve ser pensada como uma via de mão única ou como exclusiva do parlamento. A existência de dispositivos que possam servir para provocar os outros ramos do Poder a conferir uma resposta institucional sobre determinado tópico é não apenas condizente com os termos democráticos, mas também, uma maneira de enriquecer os conteúdos produzidos nesses diálogos.

Logo, faz parte do amadurecimento das democracias a tradução de desacordos profundos e irreconciliáveis em espaços adequados de deliberação, como meio de resguardar a própria democracia. Não se espera, com isso, que os diálogos conduzam necessariamente a um consenso ou que a parte que possui melhores razões venha efetivamente a prevalecer. Há, afinal, uma série de fatores passionais que podem levar a formação de consensos e a tomada de decisões casuísticas para além dos bastiões da racionalidade. Aquilo que se combate são os “monólogos majoritários”,⁴³ pois, em uma democracia, os desacordos irão surgir, mas, as instituições que permitem que as pessoas continuem a discordar devem permanecer.

A crítica de que a tese dos diálogos pode ser utilizada tanto para justificar uma postura ativa como deferente por parte do Judiciário na realização do controle de constitucionalidade tem dupla resposta. Por um lado, isso apenas reafirma a insuficiência dos diálogos na justificação da fiscalização constitucional, porém, por outro lado, deve-se observar que a crítica é deslocada, pois as maneiras plurais pelas quais uma teoria é manejada por certa instituição não podem representar a morte da própria teoria,⁴⁴ ou seja, a prática e a necessidade de diálogos interinstitucionais continuam importantes, ainda que ela venha a ser utilizada de maneira distorcida por tribunais. Mesmo porque,

⁴² No caso do Canadá, há inclusive a possibilidade da disposição da cláusula não-obstante. HOGG, Peter; THORNTON, Alisson A. Bushell; WRIGHT, Wade K. *Charter Dialogue Revisited*. p. 40.

⁴³ ROACH, Kent. *Dialogic Judicial Review and its Critics*. p. 75.

⁴⁴ Os autores identificam cinco momentos distintos em que a teoria foi utilizada: “First, some judges have invoked the idea of dialogue in seeking to justify judicial review. Second, some judges have invoked the idea of dialogue in opposing the reading down of legislation in a *Charter* case. Third, some judges have invoked the idea of dialogue as a reason for suspending declarations of invalidity in *Charter* cases. Fourth, some judges have invoked the idea of dialogue in the context of a case considering the exercise of remedial discretion under section 24 of the *Charter*. And finally, some judges have invoked the idea of dialogue in second look cases, at times as a reason for deferring to the legislative judgment, and at other times to remind legislatures that the courts will not automatically defer to the legislature simply because it has revised and re-enacted an invalid law.” (HOGG, Peter; THORNTON, Alisson A. Bushell; WRIGHT, Wade K. *Charter Dialogue Revisited*. p. 52-53).

de sua estrutura não é possível derivar em definitivo uma posição ativa ou deferente sobre o controle de constitucionalidade.

Tal demanda seria correspondente à busca por definir quantas vezes uma pessoa precisa concordar com a ideia de outra em um diálogo. Pode ser que uma das partes mude de ideia, pode ser que ambas as partes mudem suas convicções ou que tudo fique da mesma maneira. No que diz respeito aos aspectos estruturais da teoria dialógica, a preocupação se volta para a continuação das instituições e do diálogo entre as partes. No que tange à administração pública, ela precisa fornecer uma resposta (parcialmente) estabilizadora para os problemas que lhe são apresentados, independentemente se o resultado dela tenha advindo de uma deferência do Judiciário ou de uma declaração de inconstitucionalidade.

Diante das dificuldades encontradas para justificar o controle de constitucionalidade por diferentes correntes que afirmam que esse dispositivo deva ser utilizado, a teoria dialógica buscou enfatizar não os aspectos interpretativos que deveriam ser empregados pelos magistrados na formulação de suas decisões, mas qual a função institucional ocupada pela fiscalização constitucional. Assim, não se trata mais de (apenas) ressaltar a importância dos valores morais fundamentais resguardados pela Constituição, mas, como definir as estruturas de Poder de modo que a produção de decisões não seja o resultado de “monólogos”.

Logo, a produção do sentido da Constituição é uma tarefa que envolve a colaboração de outros agentes políticos para além do Judiciário.⁴⁵ A aposta da teoria é que com a agregação de conhecimentos advindos de diferentes fontes, a dificuldade contramajoritária seria atenuada, pois, os outros Poderes e o próprio povo seriam participantes na construção do significado constitucional.⁴⁶ O diálogo seria uma garantia de que os ramos do Poder que precisam periodicamente prestar contas de suas atividades para seus eleitores, respondam às decisões judiciais com as quais eles não concordam.⁴⁷

A premissa de que a última palavra se torna relativa está pautada pela possibilidade de os poderes submetidos à *accountability* disputem o espaço político eventualmente ocupado pelo Judiciário. Uma vez que a estrutura institucional moldada para a

⁴⁵ Richard Fallon entende que as Cortes Constitucionais possuem uma vantagem institucional em relação com outros ramos do Poder para discutir questões de princípio. Porém, as Cortes não podem ser compreendidas como apenas um fórum de princípio, pois, também possuem como dever a implementação da Constituição. Tal atividade é uma função coletiva que envolve outras instâncias do governo e, de fato, a responsabilidade inicial da implementação dos dispositivos constitucionais pertence aos ramos políticos do governo. FALLON, Richard. **Implementing the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

⁴⁶ “A *idéia fundamental da democracia* é a seguinte: determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o autogoverno, na prática quase inexecutável, pretende-se ter ao menos a autocodificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento público.” (MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 57).

⁴⁷ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006. p. 1118.

efetivação de um Estado Democrático de Direito acaba por redundar na judicialização da política – a qual pode ser observada tanto no Brasil, após a Constituição de 1988, como e em outros países –,⁴⁸ espera-se que possam existir mecanismos institucionais por meio dos quais as decisões judiciais possam ser reformadas pelo legislador.

Não se trata, com isso, de compactuar com uma difícil idealização de que as decisões políticas deveriam ser tomadas apenas no âmbito parlamentar, pois, os próprios legisladores passaram a recorrer ao Judiciário para dar continuidade às discussões em que, eventualmente, tenham sido derrotados. O diferencial, contudo, está no fato de que, uma vez transposta a porta da Justiça, deve ser feita uma necessária adequação gramatical do conflito que antes tinha vazão nos limites da garantia fundamental da liberdade de conformação dos parlamentares.

Há um conjunto normativo a ser observado, assim como há outra racionalidade que administra o Judiciário. Os discursos explicitamente políticos devem dar vez aos argumentos com base em normas, na jurisprudência, na doutrina, em pareceres e não mais na opinião dos representantes do povo. Porém, isso não elimina a possibilidade da continuação de desacordos vigorosos entre as partes polarizadas politicamente e, também, de um agir estratégico por parte do Tribunal, para evitar que suas decisões venham a ser atacadas pelo Legislativo.⁴⁹

Em termos gerais, observa Christine Bateup, quanto mais normativa a teoria dialógica, menor a sua capacidade de tratar dos problemas relacionados com a legitimação do controle de constitucionalidade de maneira adequada. Assim, as teorias que defendem os diálogos institucionais podem ser divididas em, ao menos, três tipos. Primeiro, no início do vetor estão aquelas que fazem uma avaliação positiva dos contextos institucionais em que cada um dos ramos do Poder opera e desenvolvem suas propostas normativas a partir deste delineamento. Na continuidade, surgem teorias que reconhecem que as decisões judiciais não precisam ter a “última palavra”, e propõem como deveria ocorrer o diálogo institucional com fundamento neste fato. No fim estão as teorias que se afastam de um foco claro na dinâmica positiva entre os Poderes e enfatizam as condições ideais de como o diálogo deveria ocorrer.⁵⁰

Por isso, Bateup sugere aquilo que chama de uma “fusão dialógica”, na qual as melhores teorias do diálogo, encontradas no “equilíbrio” e na “associação” são sintetizadas.⁵¹ As teorias do “equilíbrio” propõem um modo diferenciado de pensar o lugar pri-

⁴⁸ FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, 2002.

⁴⁹ Para Bateup: “In addition, the political branches of government can, and frequently do, challenge judicial decisions by enacting new legislation that tests or attempts to restrict court rulings. (...) Given the existence of these institutional constraints that serve to keep judicial decisions within democratic limits, the overwhelming reliance on objective interpretative theories in constitutional scholarship thus appears to be misplaced.” (BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise*. p. 119).

⁵⁰ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise*. p. 1121.

⁵¹ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise*. p. 1112.

vilegiado ocupado pelo Judiciário no diálogo constitucional, de maneira a não ofuscar o legislador. O papel dos magistrados se concentra no fomento de amplas discussões constitucionais na sociedade que levem a um equilíbrio a respeito do sentido constitucional debatido.⁵² As teorias da “associação” estão centradas no reconhecimento de que os diferentes ramos do governo podem fazer contribuições diversas para o diálogo constitucional de modo a não privilegiar apenas o Judiciário. Neste caso, cada um dos poderes aprende com os aportes dos outros, logo, atores judiciais ou externos são concebidos como igualmente legítimos no processo de tomada de decisão constitucional.⁵³

A fusão dialógica, apresentada por Bateup, teria o potencial de resolver o problema da legitimação e forneceria uma visão abrangente dos aspectos sociais e institucionais do diálogo constitucional. De um lado, defende a ampliação dos debates constitucionais, com o Judiciário como promotor e facilitador de tais discussões, procurando incluir o povo como um parceiro na construção dos sentidos constitucionais e das mudanças ocorridas na sociedade. Do outro lado, procura resolver a dificuldade contramajoritária ao propor que tanto juízes como legisladores possuem perspectivas institucionais únicas, devido às suas posições separadas, mas interconectadas. Logo, se os ramos do Poder estiverem abertos para escutar e aprender com perspectivas diferentes das suas, pode-se esperar que melhores respostas serão formuladas para os problemas referentes aos sentido constitucional em disputa.⁵⁴

4. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NO BRASIL

Como já foi acima referido, a teoria dos diálogos institucionais, no Brasil, possui caráter amplamente normativo, ou seja, o diálogo institucional efetivo entre as instituições é um projeto a ser consolidado por meio de uma modificação da compreensão das funções dos Poderes como atribuições estanques. Não obstante, o desenho institucional brasileiro dispõe de mecanismos que podem contribuir para o aprimoramento dialógico das instituições.⁵⁵

Perante o conjunto de reformas promovidas no Judiciário nacional nas duas décadas passadas, é possível afirmar que a jurisdição constitucional brasileira ganhou

⁵² BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise*. p. 1157. Nesse sentido ver: FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. **Michigan Law Review**, v. 91, 1993; POST, Robert C. *Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*. **Harvard Law Review**, v. 117, 2003.

⁵³ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise*. p. 1168. Ver: WHITTINGTON, Keith E. *In Defense of Legislatures*. *Political Theory*, v. 28, 2000; HIEBERT, Janet. *Charter Conflicts: what is Parliament's role?* Montreal: McGill-Queen's University Press, 2002.

⁵⁴ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise*. p. 1174-1175.

⁵⁵ VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review*. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-89, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40515>.

feição “concentradora” e “vinculante”, características que foram somadas ao advento da súmula vinculante e necessidade da demonstração da repercussão geral para a admissão do recurso extraordinário.⁵⁶

No que diz respeito ao tipo de deliberação, externa ou interna, para Virgílio Afonso da Silva, o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade pode ser considerado um modelo extremo de deliberação externa,⁵⁷ eis que, no Supremo Tribunal Federal não é a praxe a troca de votos entre os ministros, de modo que a oportunidade para complementar ou reconsiderar os votos é diminuta, os ministros “não estão ali para ouvir os argumentos de seus colegas de tribunal”.⁵⁸ Além disso, não há uma “unidade institucional decisória”, ou seja, o STF se limita a agregar os votos dos ministros e, como consequência, pode-se observar uma “carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal”.⁵⁹ Isso dificulta, por exemplo, a distinção entre os aspectos da decisão que são apenas argumentos auxiliares para o voto, as *obiter dicta* e os motivos efetivos que levaram à decisão, as razões de decidir (*ratio decidendi*).

Desse modo, o aperfeiçoamento da deliberação interna no Supremo Tribunal Federal demandaria uma maior interação entre os seus ministros, como a troca dos votos e formação de uma posição institucional que não se limitasse a um aglomerado de votos. Tais modificações poderiam ser conduzidas através de alterações regimentais e não demandariam emendas à Constituição. Todavia, precisariam, acima de tudo, de mudanças na compreensão institucional da Corte por parte de seus ministros, que precisam aceitar a contraprodutividade dos monólogos institucionais.⁶⁰

Para além do âmbito intrainstitucional, no que diz respeito ao diálogo com os outros Poderes, há mecanismos de superação normativa das decisões do STF. Conforme anota Rodrigo Brandão, o método típico que o Congresso Nacional utiliza para superar o controle de constitucionalidade concentrado é a edição de Emendas à Constituição.⁶¹ Entretanto, também é possível observar a contribuição da Corte para o aprimoramento das interpretações constitucionais realizada no âmbito legislativo:

⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade. p. 216.

⁵⁷ Na deliberação interna, ocorre a troca de informações entre os membros de uma instituição, enquanto na deliberação externa, a preocupação está voltada para o convencimento de atores externos.

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade. p. 217.

⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade. p. 217.

⁶⁰ “Se um tribunal, no exercício do controle de constitucionalidade, tem que ser um *locus privilegiado* da deliberação e da razão pública, e se sua legitimidade depende da qualidade de sua decisão, é precisa repensar a forma de deliberação do STF. Além disso, parece-me claro que uma unidade institucional é pré-requisito para o diálogo, já que o diálogo constitucional não ocorre entre pessoas, mas entre instituições.” (SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade. p. 219).

⁶¹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 289-290.

(...) deve-se reconhecer que a experiência brasileira, no essencial, confirma as credenciais consequencialistas e epistêmicas da teoria dos diálogos constitucionais. Com efeito, a possibilidade de aprovação de emendas constitucionais permitiu que fossem superadas decisões do STF que, embora fundadas em elementos técnicos e textuais, produziam efeitos práticos muito ruins. Já o STF contribuiu bastante para a solução de problemas constitucionais nos quais o Congresso Nacional simplesmente não conseguia cumprir o seu dever constitucional de legislar, ou em que a norma editada não lograva transcender a influência de grupos de interesses especialmente articulados em sede parlamentar.⁶²

Ademais, no que tange à interação entre o Supremo Tribunal Federal e o povo, os mecanismos da audiência pública e do *amicus curiae* são instrumentos potenciais para o aprimoramento substantivo da formação das razões públicas que devem ser apresentadas pelos ministros na fundamentação de suas decisões.

Em sintonia com a preocupação acerca da legitimação democrática da fiscalização constitucional, tais mecanismos abrem o STF para aportes diretos de partes interessadas nos casos em discussão, as quais podem conferir maior realidade na produção das decisões, pois, os casos passam a ganhar rostos e narrativas reais, e isso, apesar de não ser a pedra angular das decisões, é fundamental para o seu enriquecimento epistêmico.⁶³

Podem-se observar, ainda, os casos em que o Supremo Tribunal Federal busca provocar os diálogos, pois, de fato, há matérias que, em princípio, reclamam a participação do legislador em sua definição. Trata-se de uma iniciativa episódica, abraçada por uma parcela dos ministros.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao reconhecer que a relação entre os Poderes pode ocorrer de formas plurais, procurou-se delinear os aspectos centrais relacionados à teoria dos diálogos institucionais. As considerações sobre os lugares institucionais ocupados por cada um dos Poderes não podem mais ser utilizadas como sinônimo de fronteiras intransponíveis. Como alternativa, encaminha-se para considerar o diálogo intra e interinstitucional.

⁶² BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. p. 299.

⁶³ Com precisão, Vanice Lírio do Valle e Cecília de Almeida Silva pontuam que: “O ponto nodal de tudo isso está em aprofundar a reflexão sobre qual seja o elemento definidor dessa abertura dialógica – ou da negação dela – no exercício da jurisdição constitucional no sistema brasileiro. Afinal, se os institutos do *amicus curiae* e da audiência pública se revelam legitimadores da decisão, posto que viabilizadores da abertura no debate sobre o sentido constitucional, o afastamento de qualquer um deles estaria a recomendar, quando menos, uma decisão mais substantiva no que toca às suas razões determinantes.” (VALLE, Vanice Regina Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida. Abertura dialógica no controle abstrato de constitucionalidade: um olhar ainda preceitual. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 105-129, out./dez. 2010. p. 126-127).

As fronteiras entre o direito e a política se atenuaram com a possibilidade da submissão de questões políticas para o judiciário. A respeito de tal fenômeno, pouco pode ser feito para que as coisas voltem a um lugar idealizado em que o Judiciário decide estritamente questões técnicas e o Legislativo delibera apenas sobre questões políticas. A judicialização da política indica que outros caminhos podem ser buscados pelas partes que demandam seus direitos para além da relação tradicional de representantes e representados. Trata-se de um sinal de amadurecimento das instituições democráticas, que passam a admitir desacordos entre os cidadãos e os traduzem nos termos institucionais adequados para abordar (*address*) a questão.

Por outro lado, exceto do ponto de vista processual, a concepção de que o Judiciário deve possuir a palavra *final* para a resolução dos conflitos precisa ser mitigada. O Judiciário pode vir a ser o *locus* final de um conflito, mas, não necessariamente. A alternativa que considera a importância da manutenção das instituições, sem que isso signifique um conservadorismo autorreferenciado, precisa ser complementada pela abertura de tais instituições para aportes epistêmicos provenientes dos outros Poderes e das partes atingidas pelas decisões.

A reflexão sobre o Judiciário como detentor da palavra definitiva é importante para evitar a imobilização e a manutenção de um *status quo* injustificável. Diante da demanda para que os parlamentares observem os direitos fundamentais na formulação de seus projetos legislativos, também pode ser formulada a demanda para que os juízes respondam os conflitos que lhes são apresentados de maneira dialógica. Em razão da perspectiva única que os juízes podem fornecer para os casos e da expectativa de maior durabilidade das respostas formuladas por eles para questões constitucionais, precisa-se considerar, em termos mais amplos, a necessidade da continuidade da conversa entre os ramos do Poder e o povo, ou seja, a manutenção dos espaços públicos de deliberação:

Por meio dos conceitos de “última palavra provisória” e de “rodadas procedimentais”, procuro dar a exata dimensão e limitação daquela pergunta. Teorias do diálogo, ao observarem o fato da continuidade (das ‘sequências legislativas’, e assim por diante), põem a simples existência da revisão judicial sob uma nova luz. Última palavra e diálogo, nesse sentido, complementam-se. Assim como o direito e a política precisam de ‘últimas palavras provisórias’, precisam também de continuidade.⁶⁴

Logo, percebe-se que a política é uma forma social complexa, a qual pressupõe que os desacordos devam ser resolvidos através dos meios institucionais estabelecidos, mas, de igual sorte, pressupõe que os atores políticos irão continuar a discordar a propósito de suas agendas e objetivos políticos. O direito, por outro lado, está pautado

⁶⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. p. 238.

pela presunção da formação de acordos, mas não necessariamente no fato de que consensos serão alcançados.⁶⁵

O amadurecimento do Estado Democrático de Direito possui como teste sua capacidade de manter um conjunto institucional ao longo do tempo, mas, de igual sorte, fazer com que tais instituições possam ser objeto de atualizações, de mudanças estruturais que venham a adequar a tensão entre o direito e a política. Assim, ainda que a estrutura institucional da decisão judicial demande que as partes defendam seus casos com argumentações como se elas pudessem ser objeto de respostas definitivas,⁶⁶ a busca por consensos no espaço jurídico não pode ofuscar o Judiciário para os fatos políticos que pulsam na vida social e que animam a vida em sociedade. Eis que, a discordância a respeito das decisões judiciais pode sempre reavivar controvérsias políticas e, até onde a vista alcança, as formas mais aprimoradas de resolução das tensões entre direito e política ocorrem através da dialógica institucional.

6. REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, v. 265, 2014.

ACKERMAN, Bruce. **We the People**: foundations. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O Argumento das “Capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de. **Tratado de direito constitucional**: constituição no século XXI: v.2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Óleo na engrenagem. **Consultor Jurídico**, 02 jul. 2015. <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf-parte>>. Acesso em 07.07.2015

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2014. **Consultor Jurídico**, 31 dez. 2014. <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-31/roberto-barroso-ano-sinaliza-mudancas-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em 07.07.2015.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

⁶⁵ POST, Robert. Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics. **California Law Review**, v. 98, 2010. p. 1323.

⁶⁶ POST, Robert. Theorizing Disagreement. p. 1347.

CAMERON, Jamie. Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation: a comment on R. V. Mills. **Alberta Law Review**, v. 38, 2001.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARDOSO, Rodrigo Mendes. As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **RECHTD - Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 6, n. 2, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, Governo Democrático e Níveis de Intensidade do Controle Jurisdicional. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 1, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984.

FALLON, Richard. **Implementing the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, 2002.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, v. 91, 1993.

GINSBURG, Ruth Bader. Speaking in a Judicial Voice. **New York University Law Review**, v. 67, 1992.

HIEBERT, Janet. **Charter Conflicts: what is Parliament's role?** Montreal: McGill-Queen's University Press, 2002.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, 1997.

HOGG, Peter; THORNTON, Alisson A. Bushell; WRIGHT, Wade K. *Charter Dialogue Revisited – or 'much ado about metaphors'*. **Osgoode Hall Law Journal**. v. 45, 2007.

KRAMER, Larry D. **The People Themselves**: popular constitutionalism and judicial review. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **Os Caminhos do Constitucionalismo para a Democracia**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

LORENZETTO, Bruno Meneses; MELLO, Tanya Kozicki de. Revisão legislativa dos atos jurisdicionais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. v. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MANFREDI, Christopher; KELLY, James B. Six Degrees of Dialogue: a response to Hogg and Bushell. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 37, 1999.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III, 5. ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORTON, F. L.; KNOPFF, Rainer. **The Charter Revolution and the Court Party**. Peterborough: Broadview Press, 2000.

POST, Robert C. Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law. **Harvard Law Review**, v. 117, 2003.

POST, Robert. Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics. **California Law Review**, v. 98, 2010.

ROACH, Kent. Dialogic Judicial Review and its Critics. **Supreme Court Law Review**, v. 23, 2004.

RODRIGUES, Saulo Tarso; BONAVIDES, Paulo; MARTÍN, Nuria Bellosio; SILVA, Alexandre Fernandes. **Teoria da decisão judicial e teoria da justiça: jusfilosofia e novos paradigmas constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-89, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40515>.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida. Abertura dialógica no controle abstrato de constitucionalidade: um olhar ainda preceitual. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 105-129, out./dez. 2010.

VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, v. 115, 2006.

WHTTINGTON, Keith E. **In Defense of Legislatures**. *Political Theory*, v. 28, 2000.

WILLEMANN, Marianna Montebello. Revisão parlamentar no controle de constitucionalidade, constitucionalismo popular e humildade institucional. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 43, 2013.



Sobre os termos e definições no Direito da Informação*

About the terms and definitions in information law

ILLARIA L. BACHILO**

Russian Academy of Sciences (Russia)
illaria1@mail.ru

Recebido/Received: 02.05.2015 / May 02nd, 2015

Aprovado/Approved: 18.07.2015 / July 18th, 2015

Resumo

A questão da sistematização e codificação do Direito da Informação implica sistematizar termos e conceitos no âmbito das definições jurídicas. A autora aborda o problema do sinal e do signo como aspectos centrais na legislação da informação, o que sublinha o sentido do critério escalar e não escalar em semântica jurídica. Discorre-se, ainda, sobre a importância da organização de um léxico unificado em Direito da Informação.

Palavras-chave: termos; definições; conceitos; código da informação; Direito da Informação.

Abstract

The questions of systematization and codification of information law needs regulating the system term and notions, law definitions author covers the problem of signal and single, as shape keyboards in the information legislation, underlining the sense of the scalar end non scalar criterion in law semantic, author designates about organization of unification key thesaurus in information law.

Keywords: terms; definitions; concepts; information code; information law.

Como citar esse artigo/How to cite this article: BACHILO, Illaria L. Sobre os termos e definições no direito da informação. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 207-222, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44535>

* Artigo traduzido do inglês (original) para o português por Ricardo Perlingeiro (Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF e Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região) e por Caroline Rodrigues Oliveira Gomes (Acadêmica de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF e estagiária do Tribunal Regional Federal da 2ª Região).

** Diretora do Setor de Direito da Informação do Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences (Moscou, Rússia). Doutora em Direito pelo Institute of State and Law da Academia de Ciências da União Soviética (Институтгосударства и права АН СССР). Advogada Honorária da Federação Russa. Professora e pesquisadora em Direito Administrativo e Direito da Informação.

SUMÁRIO

1. Significado dos termos e definições no Direito da Informação; **2.** Em que nível está o problema dos termos e definições nos estudos científicos e na sistematização jurídica atual?; **3.** Terminologia jurídica e panorama conceitual do processo legislativo, sistematização e codificação da informação; **4.** Conclusões; **5.** Referências.

1. SIGNIFICADO DOS TERMOS E DEFINIÇÕES NO DIREITO DA INFORMAÇÃO

A sistematização de dados sobre qualquer assunto requer foco nos termos e conceitos basilares pertinentes ao propósito daquele que estiver à frente de tal sistematização. Isso determina diversas formas de se trabalhar com termos e definições, revelando sua temática.

Na seara jurídica, os termos-alicerce são aqueles que definem áreas e subáreas de conhecimento de interesses e ações em que as relações jurídicas são constituídas e postas em prática. Na amplitude e capacidade com que a ciência semântica trata de variadas expressões, distinguem-se formas, tais como glossários (listas), léxicos e seus significados em áreas específicas (dicionários) e enciclopédias.

O raciocínio sobre o tema e a área de interesse sobre o tema através de certos termos (palavras) e do entendimento de seu significado no campo jurídico requerem consolidação normativa do que é mais importante para a compreensão do valor jurídico – criando *definições jurídicas*. Tais definições tornam-se juridicamente obrigatórias ao legislador, como um estatuto regulamentar dos temas das relações jurídicas. Isso exige esforços consideráveis e atenção constante. A ciência e a prática jurídica atentam, de forma considerável, para a formulação de termos e conceitos na doutrina jurídica. Esse tema integra a metodologia jurídica e refere-se à “Tecnologia Jurídica”^{1,2}

A Lógica examina padrões de temas mentais e comportamentais. A palavra, que significa uma definição específica de determinado campo do conhecimento, é designada como *termo*. “*Definição* é uma forma de conceito no qual algo é estabelecido em referência a objetos e ações, suas propriedades, conexões e relações, e que tem a propriedade de validar ou invalidar uma expressão”³. M.S. Strogovich, notável jurista do período soviético, expõe, em um de seus manuais sobre lógica, que qualquer juízo “representa a comunicação de conceitos”⁴.

¹ BAZAROV, V. M. **The Problems of Juristic Terms**. [s.l.], Нижегородский юридический институт МВД РФ (Institute of Law of the Russian Interior Ministry), 2000.

² NIKITOV, V. A. **Information Science in Terms and Definitions of the Russian Legislation**. Moscow: Славянский диалог, 2000.

³ KONDAKOV, N. I. **Reference Dictionary on Logic**. Moscow: Nauka, 1976. p. 456.

⁴ STROGOVICH, M. S. **Logic**. Moscow: Editorial URSS, 1979.

Definições são o núcleo dos juízos. No entanto, juízos podem ser verdadeiros ou falsos. E é justamente por isso que os atos jurídicos são importantes não apenas nos termos que são genericamente utilizados nas relações de informação, mas também naqueles que definem objetivos e partes obrigatórias de temas jurídicos. Por esses motivos, a categoria de *definições jurídicas* é usada na prática jurídica.

É conveniente nos referirmos ao contemporâneo Jean-Louis Bergel, que explica que as regras de institutos jurídicos são como *construções* que permitem a transferência do significado das palavras. Ao mesmo tempo, dois fatores são exercidos: o substancial e o formal. “A lei que não se utiliza inteiramente de definições corretas não será exequível, no sentido de que dúvidas e disputas irão florescer, gerando insegurança jurídica,” ponto de vista que aproxima Bergel de outro jurista, J.Dabin.⁵

É essencial que uma definição jurídica acompanhe todo conceito jurídico para garantir a segurança jurídica. *Definição, idealmente, é um modelo que permite comparar situações específicas oriundas da vida jurídica e, conseqüentemente, correlacioná-las à parte substancial da construção.*⁶

No sistema jurídico americano, questões relativas aos termos também existem. William Burnham, ao abordar a prática jurídica do direito contratual, refere-se aos apontamentos acima. Uma cláusula de contrato ambígua deve ser interpretada em oposição à pessoa que a redigiu. Segundo Bumham:

Todos os termos devem ser interpretados no sentido de alcançar um sentido razoável, justo e efetivo. O termo que foi tema de negociação entre as partes tem prioridade sobre o termo em trecho padronizado do contrato, não discutido pelas partes (contrato de adesão).⁷

O autor explica, ainda, que outra máxima é a regra do objetivo principal, de acordo com a qual, se o tribunal determinar o objetivo principal do contrato, ele desempenhará importante papel no processo em questão de interpretação.

Tudo que é correlato aos conceitos elencados – *termos, noção, opinião oficial e definição* – tem valor essencial para a teoria e prática do Direito da Informação, não somente no âmbito nacional, mas também para as relações da informação do ponto de vista da regulação internacional⁷. Isso se torna ainda mais importante no processo de estudos comparativos da legislação estatal sobre informação quanto à sistematização e à codificação.

⁵ BERGEL, J-L. **Common Law Theory**. Moscow: Nota-Bene, 2000. p. 342-343.

⁶ BERGEL, J-L. **Common Law Theory**. Moscow: Nota-Bene, 2000. p. 343.

⁷ VARFOLOMEEV, A. V. Terrorist Crimes on the International and National Level Qualification Limits. **State and Law**, Moscow, n. 9, p. 79-92, sep. 2012.

Cabe ressaltar, neste trabalho, os problemas mais óbvios que deverão ser enfrentados no futuro desenvolvimento da sistematização da legislação básica e, em sua essência, na criação de um código da informação.

O ambiente social é, em sentido amplo, o lugar para o desenvolvimento da vida em sociedade, no qual as relações de informação tomam lugar, gerando fatores objetivos e subjetivos. A esse fato acrescenta-se a necessidade de aferir a situação da sociedade, em que regras do legislador, no sentido de submissão às “técnicas jurídicas”, são concretizadas em conformidade com os termos e definições estabelecidos nos atos jurídicos.

Muito antes de imaginar seu futuro como teórico e funcionário da organização da Administração Pública e grande codificador da legislação russa, M. M Speransky dedicou-se às categorias universalmente válidas como “tempo”, “espaço”, “lugar” e “ordem” em sua compreensão filosófica. Atualmente, esses fatores são muito importantes na esfera da informação, pois determinam formas e significados das relações que são objetos de regulação.

O processo de sua sistematização requer grande cautela e estrita anuência aos termos básicos e definições, até mesmo na etapa em que o legislador e o aplicador da lei trabalham com o planejamento do ato jurídico, trazendo as leis e outras regras à força jurídica. Não se pode perder a interpretação filosófica sobre o mundo e a ocorrência de perspectivas valorativas. Esses conceitos (*tempo*, *domínio*, *lugar da ocorrência* e *fenômenos*) são objetivamente refletidos na consciência e na psicologia dos atores sociais, e influenciam no grau de confiança na lei por meio do “soprar os próprios olhos” (conforme as palavras de Speransky).

Os fatores objetivos atuais são determinados pelo estado desses objetos, incluindo espaço e tempo, os quais são percebidos pelas pessoas por meio de termos e da realidade. Realidade é a situação de saturação e de rápidas transformações das bases técnicas e tecnológicas da existência da informação social.

Os fatores subjetivos nas relações sociais moderna manifestam-se na categoria interpessoal (individual); nas relações entre os indivíduos e a comunidade; nas relações entre o indivíduo e os órgãos do sistema governamental; e no conjunto das relações intersubjetivas. É provável que esses fatores não sejam puramente subjetivos, e sim mistos – simultaneamente formas objetivas e subjetivas de interação humana, associações e estruturas jurídicas do Estado.

Nas respectivas formas de comunicação pessoal e coletiva da esfera da informação, dá-se a interação do indivíduo e cidadão com órgãos estatais entre si e com outros Estados. A legislação local, tanto nacional quanto internacional, concentra-se nos problemas quanto à troca de informação (entre sistemas de autoridades públicas e indivíduos, entre a população do país e organizações de diversos tipos).

Como resultado das relações intergovernamentais, uma lei internacional é criada com o intuito de garantir direitos e interesses do indivíduo nas condições de uma sociedade informacional e conectada à rede internacional de computadores.

Nesse contexto, é uma dificuldade superar a dimensão do problema, que é salientado pelo prisma da história. O problema do poder e da sociedade como temas políticos correlatos refere-se à teoria política e jurídica na seara do *alto grau de abstração*⁸ e representa um dilema constante⁹.

Limonov aponta que o conhecimento da história permite maior entendimento do significado dos termos e definições no campo das atividades jurídicas da atualidade (século XXI), afirmando que:

*Todas as questões relativas à informação, à distribuição do conhecimento e à demonstração específica de conceitos, símbolos e emblemas do problema foram provavelmente aclarados, pela primeira vez, por um dos mais talentosos historiadores e escritores italianos da primeira metade do século XVI: Paolo Giovio*¹⁰.

2. EM QUE NÍVEL ESTÁ O PROBLEMA DOS TERMOS E DEFINIÇÕES NOS ESTUDOS CIENTÍFICOS E NA SISTEMATIZAÇÃO JURÍDICA ATUAL?

A resposta para essa questão vem sendo discutida constantemente no processo de debate dos atos jurídicos da legislação da informação e na prática de sua aplicação, assim como tem sido tema de estudos especiais. Obviamente, é importante lidar com a sistematização e codificação das fontes normativas e legais do Direito, em qualquer

⁸ BASILE, D. M. The Tsar and the People in the Second Half of XVI Century. Chronicle Analysis. Roma, Constantinopla, Moscow: The Comparative-Historical Analysis of Ideological and Cultural centers before the XVII century. In: **The VI International Seminar of Historical Studies: From Rome to the Third Rome**, 28-30/05/1986, Moscow. p. 282-288.

⁹ Historiadores analisam termos como *nação* e *povo* (denotando povo que participa da 'Câmara do povo russo' e significando que essa câmara não é determinada como órgão do corpo estatal). Os termos 'cidadãos', 'classes sociais', 'boiardos' e outros "oficiais" são considerados muito mais em níveis (menores) concretos. Conceitos conectados ao contexto de "verdade" como uma expressão da vontade do povo e do terror vindo dos governantes são correlatos. Citação da crônica "God loves truth more than everything: it is possible for the King to rule his Kingdom without the terror" (BASILE, D. M. The Tsar and the People in the Second Half of XVI Century. Chronicle Analysis. Roma, Constantinopla, Moscow: The Comparative-Historical Analysis of Ideological and Cultural centers before the XVII century. In: **The VI International Seminar of Historical Studies: From Rome to the Third Rome**, 28-30/05/1986, Moscow. p. 289).

¹⁰ GIRAUDE, G. Titles of Moscow Lords in the Venice Historical literature and Diplomatic Documents of the XVI-XVII Centuries. In: SAKHAROV, A.N. (Ed.), **Rome, Constantinople, Moscow: comparative historical study of ideology and culture centres before XVII century**. Materials of the VIth international seminar on historical studies "From Rome till Third Rome". Moscow: Russian Academy of Sciences, 1997. p. 334. Por exemplo, durante a discussão geral do problema, foi importante para a experiência moderna o uso prático dos termos e conceitos da legislação – o termo "proprietário" foi cogitado e traduzido como "dominador" ou "comandante".

ramo jurídico, incluindo a legislação da informação. Isso é relevante no processo de publicação das leis, sobretudo, em sua sistematização e codificação.¹¹

A complexidade do entendimento dos termos e do problema da sistematização e seus conteúdos semânticos repousa, no entanto, na abstração das relações de estruturas de poder, na transferência de normas jurídicas e comportamentos gerais para os direitos humanos reais e concretos (subjativos), e na tarefa de conectar a *common law* e as formas em relação à área e às circunstâncias da aplicação da lei.

Ressaltem-se três abordagens sobre essa questão: teóricos jurídicos (E.V. Bulygin, K.E. Alchurron), especialistas em estudos de informática e ciência da informação e epistemologia (L.I. Khromov) e especialistas em Direito da Informação (Y. Saranchuk, I. Kilyaskhanov).

A presente situação no campo do desenvolvimento do ambiente da informação tem feito com que pesquisadores recorram, cada vez mais, ao uso de métodos interdisciplinares. A esse respeito, é interessante o trabalho que trata do estudo dos “sistemas normativos” realizado por especialistas argentinos da filosofia do direito e jurisprudência que vem sendo preparado para publicação em russo¹². O trabalho é difícil e está relacionado à análise dos problemas do sistema jurídico à luz da *teoria do sistema jurídico* e da perspectiva a ela vinculada, a *lógica deôntica* – análises da lei em sua aplicação.

É interessante para o entendimento tal abordagem acerca do esclarecimento do significado dos termos e conceitos, aplicada em face dos aspectos conservador, formal-jurídico e regulatório da implementação de definições normativas, voltada para as circunstâncias e condições das ordens de implementação específicas.

Do ponto de vista dos autores mencionados, a sistematização das leis é a identificação de propriedades estruturais no sistema jurídico, seus defeitos formais e a reformulação de suas fundações. De acordo com V. M. Antonov, que prefaciou o mencionado estudo:

Na terminologia comum dos juristas, os autores argumentam que o desenvolvimento de princípios jurídicos, a interpretação das normas (entendimento de seus significados), a sua concretização (regras para resolução de certas categorias de casos) e codificação (reestruturação do material jurídico).¹³

¹¹ BACHILO, I. L. (Ed.). **The Concept of the Information Code**. Moscow: IGP RAN, 2014.

¹² ALCHURRON, K. E. *et alli*. **“Normative Systems” and other works on Philosophy of Law and Logic of Norms**. Saint Petersburg: Publishing House of the Saint Petersburg State University, 2013. p. 380.

¹³ KHROMOV, L. I. **Theory of Information and Theory of Knowledge**. Saint Petersburg: Sociedade Filosófica Russa, 2006. p. 13-14. Baseando-se em evidências fornecidas pelos autores do *Reference Dictionary on Logic*, N. I. Koandakov afirma que a lógica deôntica foi, em seu nascedouro, desenvolvida nos anos 1033-1109 e, desde então, estudada por certos especialistas no começo do século XX.

Esse trabalho nos permite localizar ideias no âmbito da semântica das normas e de suas definições. De acordo com tal proposição, o entendimento de regras expressas, as normas substanciais de semântica, e a lógica semântica das expressões a estas relacionadas são indivisíveis. Conforme aponta Antonov, propõe-se a ideia de que as normas por si próprias podem ser interpretadas de diferentes formas, e demonstram que “os sistemas normativos que são baseados em interpretações de diferentes normas irão diferir um do outro” (p. 21 da obra mencionada).

Na obra “Sistemas normativos e outros estudos na filosofia do direito e normas lógicas”, publicado em 1971, traduzido para o inglês em 1975, para o alemão e francês em 1994 e publicado na Rússia em 2013, o tema aqui mencionado é analisado. O estudo trata da interpretação do significado de “sistema jurídico”, “princípios” e sua emergência em diversos ramos jurídicos; da obra da lei ou regulação depois de sua revogação formal; da importância de “emendas” à lei etc.

“Direito e Tempo”, de E.V. Bulygin, também é um artigo interessante. Nesse estudo, questiona-se sobre a construção matricial das normas e dos problemas a serem resolvidos em suas bases, e diagramas da relação da situação com seu desenvolvimento nos sentidos horizontal e vertical do sistema jurídico tornam-se relevantes. Isso conduz à formulação da questão acerca da sistematização de termos-fonte e seu uso mais flexível. Os autores desse trabalho concentram-se, principalmente, nas reflexões e ações “dos juristas, mas não legisladores”, o que significa a área de aplicação da lei.

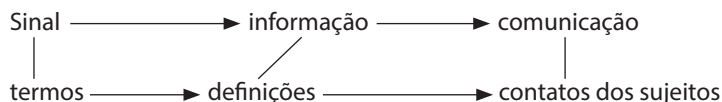
Não menos interessante e útil é o trabalho de L.I. Khromov, “Teoria da Informação e Teoria do Conhecimento”. Esse estudo permite construir um modelo de processo informativo, que cria um campo semântico mais preciso em seu desenvolvimento funcional, com base na aplicação do princípio ternário do sinal: forma, informação e conteúdo.

A fórmula *sinal – informação – comunicação* (interação dos participantes) destaca o esclarecimento do significado do sinal como um ponto de partida para a compreensão do campo da informação, no qual certos indivíduos ou interessados conduzirão seu contato informacional.

O conceito de “sinal” apresenta: I- o “soprar os próprios olhos” do qual Speransky fala, ou o termo básico relacionado ao sujeito da relação; II- a emergência das definições do termo, incluindo o sujeito do sistema de informações em determinadas fronteiras definidas do campo da informação; III- a definição do conteúdo da comunicação (interação) dos sujeitos interessados a fim de estabelecer contato para a tomada de decisão.

O autor ressalta a divulgação do termo “comunicação” pela via não tradicional, em outras palavras, em relação ao perfil técnico do contato com a rede, no sentido da interação comunicativa entre as partes participantes do processo de informação. Tal modelo de explicações aplicáveis aos termos e definições no campo semântico da

informação jurídica parece ser bastante fecunda. Graficamente, pode ser representado da seguinte forma:



A posição “contatos dos sujeitos” implica fronteiras de relacionamentos e formas de realização dos seus direitos e responsabilidades, considerando sua divulgação em termos e suas definições (dos conceitos), estabelecidos em lei ou qualquer outro instituto jurídico compreendido pelos participantes.

O trabalho do professor L. I. Khromov, teórico da televisão espacial, trata de diversos problemas epistemológicos não só a partir de um aspecto religioso-informacional, como também de uma teoria informacional como parte de uma base de transição de uma medida de informação puramente escalar para uma não escalar, significativa.

No bojo da teoria da comunicação, há um novo e complexo conceito de “informação”. Tal novidade e complexidade se devem à unidade do montante de informação e à qualidade da informação que a concepção representa.¹⁴

Na história da informação e da teoria da conexão, Khromov distingue duas fases: a primeira é a percepção quantitativa da informação (Shannon), que determina o entendimento do paradigma das teorias da conexão, informação e cibernética. A segunda é a determinada pela atenção na qualidade da informação. O autor formula a regra de que “não somente o aumento da quantidade da informação, mas também a melhoria de sua qualidade deve ser uma condição necessária ao progresso do conhecimento”, em que se reconhece um sistema de valores¹⁵.

Sob o aspecto técnico, o “sinal” não é uma imagem. Shannon desenvolveu essa teoria, propondo que os “aspectos semânticos da comunicação não fazem referência à dimensão técnica do problema”¹⁶. Entretanto, o primeiro a verificar o fato de que não há relação entre quantidade e conteúdo da informação foi A. N. Kolmogorov: “[...] a informação, em sua essência, não deve ser (e, de fato, não é) uma escala quantitativa”.¹⁷

¹⁴ KHROMOV, L. I. **Theory of Information and Theory of Knowledge**. Saint Petersburg: Sociedade Filosófica Russa, 2006. p. 12.

¹⁵ KHROMOV, L. I. **Theory of Information and Theory of Knowledge**. Saint Petersburg: Sociedade Filosófica Russa, 2006. p. 79.

¹⁶ KHROMOV, L. I. **Theory of Information and Theory of Knowledge**. Saint Petersburg: Sociedade Filosófica Russa, 2006. p. 71. E, nas p. 167-168: “O ser humano considera o sinal imagético como um candidato temporário à essência da coisa. Por meio de pessoas criativas, os sinais imagéticos são combinados em um sistema harmônico de Ciência e Arte”

¹⁷ KOLMOGOROV, A. N. **Theory of Information and Theory of Algorithm**. Moscow: Nauka, 1987.

A Semiótica não é pautada na palavra ‘sinal’ (orientação), mas sim na palavra ‘signo’, que cria a base para imagens nesse campo de estudos. Importante ressaltar, no entanto, que, em sua tríade, Khromov utiliza o termo ‘sinal’ não em seu sentido técnico, mas em seu sentido significativo, criador de imagem. Enfatizando a novidade da regra proposta, o autor afirma que:

Todos sabiam que a explicação da teoria da comunicação e o significado do conhecimento não está disponível em um nível científico. A teoria dos signos (Semiótica), embora considere a descrição do significado dos signos, não apresenta o conceito de informação. Quando eu questioneei Shannon, que esteve em nossa cidade em 1964, acerca da possibilidade de contabilizar o sentido na teoria estatística da comunicação, ele admitiu a dificuldade da questão, para a qual não possuía resposta.¹⁸

Quando se aborda, na atualidade, o estado dos problemas dos termos e definições no campo da informação jurídica, pode-se dizer que a resposta para a questão levantada há mais de 50 anos ainda está no terreno da incerteza, especialmente quanto aos termos jurídicos de definição, criação e uso. Parece-nos que a regra tríplice, como a de Khromov e Kolmogorov, merece atenção nos dias de hoje.

No campo dos termos e definições, estudos teóricos combinam-se com a ciência prática. Algumas publicações notáveis surgiram, como o livro de Y. Saranchuk e I. Kilyaskhanov (2008)¹⁹. Soma-se a essa obra um guia-glossário, publicado em 2012 por um grupo de autores, editado por M. A. Vus e V. V. Bondurovsky, com base nos modelos legais da Assembleia Interparlamentar do Commonwealth dos Estados Independentes²⁰.

Há, ainda, um breve guia de termos e definições essenciais do “governo eletrônico”, elaborado pela equipe do Ministério de Tecnologia de Informação e Comunicação da Região Moscovita da Federação Russa²¹, com base em mais de 20 atos legais.

¹⁸ KHROMOV, L. I. **Theory of Information and Theory of Knowledge**. Saint Petersburg: Sociedade Filosófica Russa, 2006. p. 43.

¹⁹ SARANCHUK, Y.; KILYASKHANOV, I. **The Information Law in Terms and Concepts**. Moscow: Юнити-Дана, 2008.

²⁰ SHARYKINA, A. V.; KAMOLOV, S. G. (Orgs.). **Electronic Government: Russian-English Glossary of Terms and Definitions**. A brief reference Book of basics being used in the practical work on the implementation of the electronic government elements. Krasnogorsk: Министерство Информационных Технологий и Связи Правительства Московской Области (Department of Information Technologies and Communications of Moscow Region Government, 2012. p. 360.

²¹ SHARYKINA, A. V.; KAMOLOV, S. G. (Orgs.). **Electronic Government: Russian-English Glossary of Terms and Definitions**. A brief reference Book of basics being used in the practical work on the implementation of the electronic government elements. Krasnogorsk: Министерство Информационных Технологий и Связи Правительства Московской Области (Department of Information Technologies and Communications of Moscow Region Government, 2012. p. 60.

Tallista não contempla os esforços de diferentes pesquisas e equipes de prática²² que lidam com essa problemática e que permitem identificar, nos limites deste artigo, algumas tendências de abordagem do problema.

A questão central é que cada lei determina a estrutura e o entendimento dos termos básicos a seu próprio modo, e isso se reflete na qualidade da legislação e, particularmente, no campo de aplicação da lei.

Essa lista é pautada nos termos dos *artigos especiais sobre termos e definições* de mais de 30 leis sobre informação de oito membros da Comunidade dos Estados Independentes (CEI) para os anos de 1995 a 2008.

Nas legislações do Azerbaijão, Armênia, Bielorrússia, Moldávia, Quirquízia, Cazaquistão, Tadjiquistão e Federação Russa, aproximadamente 480 termos caracterizam a legislação no campo da informação jurídica dos países da CEI em diversos aspectos. Simultaneamente, essa comparação transparece a ideia de diferentes interpretações e visões para termos semelhantes.²³

Em face de inconsistências e discrepâncias quanto ao entendimento de termos claros, é difícil garantir a consistência da aplicação e da execução da lei.

É óbvio que ainda há um árduo trabalho a ser feito para se desenvolver uma interpretação e uma aplicação claras da legislação na esfera informacional nos Estados da CEI. Sem que esse estágio seja alcançado, é ainda mais difícil assegurar a interação conceitual no processo de regulamentação entre contatos internacionais e regionais.

De qualquer modo, é necessário estimular o surgimento de tais estudos, hoje apresentados à opinião pública. Eles permitem alcançar um grau mais especializado no campo da técnica jurídica quanto ao processo de regulação jurídica, selecionando e justificando nomeações legislativas e formulando seus objetivos e conteúdos. Em geral, também elevam o nível dos recursos informacionais utilizados na organização da situação das tecnologias da informação globalizada referentes ao campo da cooperação de todos os integrantes da CEI, OTSC (Organização do Tratado de Segurança Coletiva) e outras formas de troca de informações com o suporte jurídico de proteção à informação.

²² Sobre o destaque dessas questões da formação das leis informacionais ver: SERGIENKO, L. A. **History of the Information Law Formation on USSR and Russian Federation during the 1960-2000**. Moscow:Юркомпани, 2013.

²³ O estudo demonstra uma grande dispersão na identificação de termos idênticos. Por exemplo, sobre a definição do termo “base de dados”, encontramos sete termos que diferem muito pouco entre si, mas que são formulados por legisladores de países diferentes. Existem seis conceitos diferentes para “banco de dados”, “segredos de Estado” (seis variações), “segredo estatal” (três variações), “admissão” (quatro conceitos diferentes), “acesso à informação” (sete conceituações), nove formulações na definição da proteção dos dados e recursos informacionais, oito definições dos termos “informação” e “sistema informacional”, além de diversos conceitos sobre “tecnologias da informação”, “recursos informacionais” etc.

3. TERMINOLOGIA JURÍDICA E PANORAMA CONCEITUAL DO PROCESSO LEGISLATIVO, SISTEMATIZAÇÃO E CODIFICAÇÃO DA INFORMAÇÃO

Conforme dito anteriormente, identificam-se as seguintes condições a serem consideradas no processo de conceituação da sistematização e codificação do direito informacional.

1. O alcance do consenso entre todas as partes quanto à regulação das relações informacionais no sentido de uma semântica jurídica na legislação e aplicação da lei. Em primeiro lugar, é necessário determinar a estrutura dos conceitos, que caracterizara seções de correlação e ações funcionais dos sujeitos que realizam a conversão da vontade do legislador em regras.

Destacam-se aqui dois conceitos essenciais da construção de sistemas: regulação jurídica da informação, que é justificada pela conexão entre a) a existência objetiva de cooperação entre todos os tipos de membros da sociedade - relações informacionais, definidas pelo conceito não jurídico de “informação” e b) o conceito de “regulação jurídica”, formulado pelo sentido jurídico.

2. Cada um dos conceitos básicos carrega uma carga complexa (pela infraestrutura), gerando uma cadeia (linear) de termos correlatos, desenvolvendo, de um lado, *tópicos* de relações na formação e uso da regulação das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) e construindo, de outro lado, uma cadeia de *ações juridicamente relevantes pelo legislador*, organizando uma ordem em determinado tópico de relações de uma variedade de temas da realidade informacional.

Por exemplo, o conceito de “informação” tem sido desenvolvido em um bloco de termos que delimitam tipos e categorias de informação como um objeto real, que tem a natureza a) natural e independente dos recursos humanos (informação espacial, geológica, arqueológica e biológica), descoberta pela humanidade como resultado de uma pesquisa informacional; b) resultante da criatividade intelectual humana; c) organizada no processo de diversas fontes de tipos e categorias de uso informacional de recursos da comunidade; d) do método de comunicação informal entre indivíduos; e) do fluxo de informação processada por dados eletrônicos, em rede de dados digitais ou em outra forma de processamento de tais recursos aceita por determinada comunidade. Tudo isso se reflete na definição de tipos específicos de recursos informacionais com *status* jurídicos.

3. O conceito de “informação” simultaneamente desenvolve uma linha de termos, que deriva dessa imagem principal de “informação”. Essa linha inclui: tipos de informação, recursos informacionais, tecnologia da informação, bens informacionais, comunicações informacionais, segurança informacional, ameaças informacionais etc.

4. O conceito de “regulação jurídica” na área da informação também carrega traços de desenvolvimento e desconcentração. Soluciona-se aqui tarefa de alocar objetos reais e concretos de natureza informacional (sob o conceito de “informação”) em um sistema de regulamentação. Forma-se um sistema de relações informacionais como um objeto de direitos, deveres, obrigações, responsabilidades pessoais, organização, órgãos ou outras instituições sociais que se organizam e operam como Estado, governado pelo domínio da lei. Seria, então, um sistema de órgãos governamentais e uma parte do desenvolvimento da sociedade com um perfil informacional.

Em outros estudos, já se apontou a importância do movimento a partir do termo “direito” para a criação de termos e conceitos. Tem-se, por exemplo, o termo “direito” como uma designação de direitos específicos (poderes) de certos sujeitos no processo de aplicação e execução de normas jurídicas.

5. O reconhecimento de que não se deve desconsiderar os problemas do impacto jurídico dos processos de informação em escala global, uma vez que a sociedade informacional é, em muitos aspectos, globalizada. Decorre daí a atenção que se deve dedicar aos termos e suas definições no campo jurídico e na regulação normativa na seara do direito internacional, bem como ao tratamento da questão da formação de uma “legislação internacional de informação”.

A questão dos termos nesse aspecto permite determinar o termo na informação jurídica como uma imagem, como uma primeira criação com “o soprar dos próprios olhos” em busca de uma base para a realização dos objetivos dos indivíduos em certo contexto informacional e na seara das ações individuais.

O termo como tal e o seu desenvolvimento se revelam em sua definição, em seu conteúdo e impacto no comportamento dos indivíduos e em sua interação com outros no processo de organizar e identificar relações informacionais de forma que sejam juridicamente suficientes e garantidas.

O conceito de “regulação” como um meio de regulamentar as relações na esfera informacional tem um alcance relativamente amplo. A concepção tem por objetivo garantir propostas por métodos jurídico-estatais de influência no processo e no acompanhamento das relações individuais.

Ao mesmo tempo, também são considerados os objetivos de: a) estabilização da condição (mas não conservação) dos fatores básicos e iniciais para a eficácia da TIC, utilizada como recurso da comunidade no contexto público-governamental, e, simultaneamente, de b) criação de garantias e condições para o desenvolvimento material e intelectual dos componentes da informatização e do gerenciamento de usos em potencial.

É conveniente colaborar com os estudiosos do direito que enfatizam o paradigma da regulação como um fator que garante o desenvolvimento pela criação de

perspectivas para as relações individuais amparadas pelo suporte jurídico, tendo em vista o alcance de resultados positivos para a sociedade.

Nesse processo, é importante encontrar o equilíbrio entre as características da regulação jurídica como uma “incerteza nata” e a necessidade de condições situacionais de certas relações individuais na criação de regulações (personalização e customização de soluções).²⁴

Em teoria, a questão é situada na relação entre a norma (às vezes, aproximando-se de um nível de regulação) e a expansão dos métodos de regulação de relações específicas, como, por exemplo, reserva e autogoverno. E, nesse ponto, dois aspectos relacionados à informação são percebidos.

Em relação ao processo de decisão e regulação das relações informacionais como parte de uma decisão de inclusão concretizada, A.V. Kashanin escreve:

*A realidade é representada como uma massa amorfa de eventos, fatos, ações, objetos etc. Sua estrutura, resultado de esforços inteligentes, assume certa posição de pré-entendimento. A formulação jurídica, sem dúvida, possui impacto, ainda que outros fatores tenham função mais relevante, incluindo a disponibilidade da informação, sua capacidade de percepção, a especificidade dessa percepção, a capacidade de generalização e conceituação do problema, a existência de educação fundamental, preconceitos, valores, incapacidade para notar os fatos, liberdade para ponderar diferentes fatos etc. Ocasionalmente, ocorre que profissionais de justiça possuem reserva significativa durante as circunstâncias fáticas de classificação e alocação desses elementos factuais essenciais às ofensas,, impondo, assim, regras específicas de conduta.*²⁵

Nesse contexto, é possível identificar publicações sobre a inclusão de indivíduos-membros ao processo de criação de leis, do senso de justiça e da consciência jurídica.²⁶ Esses dois grupos de conceitos e o desenvolvimento de seus termos permitem construir um léxico mais apurado da informação na lei e aplicá-lo às leis específicas²⁷.

A fonte jurídica básica para o estabelecimento de termos e a revelação de seus conceitos ainda é a lei e, prioritariamente, o Código de Informação. Essa forma de legislação consolidada em leis promulgadas afeta e orienta futuras decisões jurídicas na

²⁴ KASHANIN, A. V. About the Uncertainties of Law and the Discretion of Legislator. **Public Administration Issues**, Moscow, n. 4, p. 19-33, dec. 2013.

²⁵ KASHANIN, A. V. About the Uncertainties of Law and the Discretion of Legislator. **Public Administration Issues**, Moscow, n. 4, p. 19-33, dec. 2013. p. 25.

²⁶ BACHILO, I. L. Legal System as a Normative Form of Life of Law. **Question of Legal Studies**, Moscow, n. 3, p. 90-122, jun. 2013.

²⁷ SHEVELEVA, N.A. Receiving, storage and use of information in the electronic environment: public and private legal regulation. In: **Collection of works of international scientific and practical conference**. Saint Petersburg: Federal Government Budgetary Institution "Presidential Library Named After Boris Yeltsin", 2013. p. 32 e ss.

legislação informacional. Permite, ainda, garantir estabilidade à regulamentação jurídica de operação do sistema e pré-determinar a estabilidade de sua capacidade funcional para diferentes níveis de trabalhos normativos, incluindo a concretização de diferentes formas de regulação de reservas e autorregulação que podem não ultrapassar o panorama jurídico geral.

Isso parece ser relevante na criação de léxicos, guias e listas de termos e definições, tanto na codificação quanto em leis específicas. Parte do Código contém os termos básicos e principais e suas definições. Pode conter, ainda, um anexo com a multiplicidade de componentes para a estabilização da relação judicial e a organização da arquitetura do Código como parte de superinstitutos e instituições.

Apenas um superinstituto – “o panorama jurídico da informação, os recursos informacionais e comunicacionais” -deveria ser divulgado em um sistema de termos para todos os sentidos e criar base para a formulação de definições jurídicas que são necessárias para todo o sistema de legislação informacional.

Dicionários podem incluir termos oriundos da ciência da computação, mas são, inevitavelmente, empregados em comunicação informacional prática, denotando a conexão das relações humanas com toda a área da informação. Deles constam poucos conceitos técnicos utilizados por especialistas no processamento e transmissão das informações. Deveriam ser incluídos, no entanto, em regulamentos, protocolos e instruções.

Na lei, os termos são necessários para organizar ações durante a busca, a obtenção e uso da informação, considerando-se as condições para a segurança dos participantes das relações informacionais.

Outra dificuldade é a seção de termos e conceitos do Código, regulamentando grande variedade de formas de ação e interação entre indivíduos no exercício de seus direitos e obrigações, no que diz respeito à comunicação em massa. Aqui, o foco é a formação da infraestrutura da informação como “governo eletrônico”, “governo aberto”, “informatização das funções gerenciais”, inclusive a parte relacionada à provisão de serviços públicos.

O problema da comunicação em massa está saturado com a miscelânea entre os termos e as telecomunicações, diretamente relacionados ao campo da interação do titular dos recursos técnicos e tecnológicos com o consumidor da informação. Essa área avançou pouco. O mesmo problema se mostra grave quanto às necessidades de satisfazer e proteger o consumidor da *internet* nas redes sociais.

Até o momento, não há definições aceitáveis e geralmente aceitas de “redes sociais na *internet*”, “infraestrutura de informação”, “meio eletrônico em massa” e assim por diante.

Outra questão se relaciona diretamente ao problema levantado: a escolha de um critério para a avaliação da eficácia dos termos e definições como fontes basilares de ações e atitude em um ambiente informacional, quanto ao aspecto da lei e da legitimidade.

Essa questão relaciona-se à divulgação e legitimação das informações dos conceitos dos termos e suas definições jurídicas. Nesse âmbito, ao contrário de qualquer outro lugar na realidade informacional, é necessária uma orientação mais rigorosa sobre critérios escalares e não escalares (substanciais). Por exemplo, não é o número de serviços (ou operações separadas de um serviço) que limita o crescimento das *responsible officials*, mas sim a avaliação dos resultados dos serviços recebidos pela população ou cidadão.

4. CONCLUSÕES

Um estudo sobre a preparação das categorias e definições jurídicas para a estabilização do processo de regulação das relações informacionais direciona-se ao entendimento do problema dos termos e definições. Como se trata de um estudo extenso, o trabalho demanda uma combinação de esforços isolados de diversos centros de pesquisa. De modo mais amplo, é possível abordar a questão da criação de uma *Enciclopédia do Direito da Informação*.

Embora se esteja no primeiro estágio desse processo, torna-se necessária a formação de grupos de juristas para o desenvolvimento de um léxico básico de termos e suas definições como uma parte obrigatória do Código de Informação. Aqui, provavelmente, um conceito próprio e sua aprovação serão necessários na *Duma Estatal* da Assembleia Federal da Federação da Rússia ou em uma seção especial da Associação de Advogados de Rússia, com a participação de especialistas em biblioteconomia e arquivologia.

O problema acerca dos termos, noções e definições jurídicas é muito relevante para a Internet e o direito internacional da informação. Esse problema necessita em especial desafiar uma unificação e sistematização.

5. REFERÊNCIAS

ALCHURRON, K. E. *et alli*. **"Normative Systems" and other works on Philosophy of Law and Logic of Norms**. Saint Petersburg: Publishing House of the Saint Petersburg State University, 2013.

BACHILO, I. L. (Ed.). **The Concept of the Information Code**. Moscow: IGP RAN, 2014.

BACHILO, I. L. Legal System as a Normative Form of Life of Law. **Question of Legal Studies**, Moscow, n. 3, p. 90-122, jun. 2013.

BASILE, D. M. The Tsar and the People in the Second Half of XVI Century. Chronicle Analysis. Roma, Constantinopla, Moscow: The Comparative-Historical Analysis of Ideological and Cultural centers before the XVII century. In: **The VI International Seminar of Historical Studies: From Rome to the Third Rome**, 28-30/05/1986, Moscou.

BAZAROV, V. M. **The Problems of Juristic Terms**. [s.l.], Нижегородский юридический институт МВД РФ (Institute of Law of the Russian Interior Ministry), 2000.

BERGEL, J.-L. **Common Law Theory**. Moscow: Nota-Bene, 2000.

GIRAUDO, G. Titles of Moscow Lords in the Venice Historical literature and Diplomatic Documents of the XVI-XVII Centuries. In: SAKHAROV, A.N. (Ed.). **Rome, Constantinople, Moscow: comparative historical study of ideology and culture centres before XVII century**. Materials of the VIth international seminar on historical studies "From Rome till Third Rome". Moscow: Russian Academy of Sciences, 1997.

KASHANIN, A. V. About the Uncertainties of Law and the Discretion of Legislator. **Public Administration Issues**, Moscow, n. 4, p. 19-33, dec. 2013.

KHROMOV, L. I. **Theory of Information and Theory of Knowledge**. Saint Petersburg: Sociedade Filosófica Russa, 2006.

KONDAKOV, N. I. **Reference Dictionary on Logic**. Moscow: Nauka, 1976.

NIKITOV, V. A. **Information Science in Terms and Definitions of the Russian Legislation**. Moscow: Славянский диалог, 2000.

SARANCHUK, Y.; KILYASKHANOV, I. **The Information Law in Terms and Concepts**. Moscow: Юнити-Дана, 2008.

SERGIENKO, L. A. **History of the Information Law Formation on USSR and Russian Federation during the 1960-2000**. Moscow: Юркмпани, 2013.

SHARYKINA, A. V.; KAMOLOV, S. G. (Orgs.). **Electronic Government: Russian-English Glossary of Terms and Definitions**. A brief reference Book of basics being used in the practical work on the implementation of the electronic government elements. Krasnogorsk: Министерство Информационных Технологий и Связи Правительства Московской Области (Department of Information Technologies and Communications of Moscow Region Government, 2012.

SHEVELEVA, N.A. Receiving, storage and use of information in the electronic environment: public and private legal regulation. In: **Collection of works of international scientific and practical conference**. Saint Petersburg: Federal Government Budgetary Institution "Presidential Library Named After Boris Yeltsin", 2013.

STROGOVICH, M. S. **Logic**. Moscow: Editorial URSS, 1979.

VARFOLOMEEV, A. V. Terrorist Crimes on the International and National Level Qualification Limits. **State and Law**, Moscow, n. 9, p. 79-92, sep. 2012.

VUS, M. A.; BONDUROVSKY, V. V. (Ed.). **Glossary-Guide of Terms and Definitions of the CIS State-Members Model Legislation**. Saint Petersburg: Юридический Центр Пресс, 2012.



Instruções para autores

Instructions for authors

1. Submissão de artigos

As propostas de artigos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser enviadas através do sistema eletrônico de submissões, por meio de cadastro no Sistema Eletrônico de Revistas da UFPR e acesso mediante login e senha a ser realizado **neste link**. Não serão aceitas propostas enviadas por e-mail. A revista reserva-se o direito de aceitar ou rejeitar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.

2. Qualificação dos autores

Ao menos um dos autores do artigo deverá possuir o título de Doutor (Dr.), Doctor of Juridical Science (J.S.D. ou S.J.D), Doctor juris (Dr. iur. ou Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.). A exigência poderá ser relativizada, nunca extrapolando o percentual de 30% por edição, em casos excepcionais de: (i) artigos de autores afiliados a instituições estrangeiras; (ii) artigos escritos em inglês.

3. Ineditismo e exclusividade

Os textos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser inéditos e para publicação exclusiva, salvo no caso de artigos em língua estrangeira que tenham sido publicados fora do país. Uma vez publicados nesta revista, também poderão sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos, bem como de que as propostas de artigo não se encontrem postulados de forma simultânea em outras revistas ou órgãos editoriais.

4. Idiomas

Podem ser submetidos artigos redigidos em Português, Espanhol, Inglês, Italiano, Alemão ou Francês.

5. Apresentação do texto e elementos pré-textuais

5.1. Recomenda-se que o trabalho tenha entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas.

5.1. As margens utilizadas deverão ser: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm.

5.2. No corpo do texto deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos.

5.3. Nas notas de rodapé deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas.

5.4. No desenvolvimento do texto, os parágrafos deverão conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda. Títulos e subtítulos deverão estar alinhados à margem esquerda, sem recuo.

5.5. A estruturação deverá observar a seguinte ordem:

5.5.1. Título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula e em negrito, centralizado.

5.5.2. Nos casos de necessidade de indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto, etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma do artigo.

5.5.3. Título em inglês, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, em negrito e em itálico, centralizado. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo título em português.

5.5.4. Qualificação do(s) autor(es), compreendida em:

5.5.4.1. Indicação do nome completo do(s) autor(es) em negrito e em caixa alta;

5.5.4.2. Indicação da sua principal filiação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas possua a mesma importância (instituição à qual encontra-se vinculado como docente ou discente, ou, caso não seja docente ou discente, a instituição onde foi obtido o seu maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização, etc.). O nome da instituição deverá constar por extenso e na língua original da instituição (ou em inglês quando a escrita não for latina), seguida da indicação do país de origem da instituição entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando

mestrado ou doutorado em outra instituição, a filiação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

5.5.4.3. Indicação de endereço de e-mail para contato.

5.5.4.4. Os três elementos anteriores deverão ser indicados um abaixo do outro em linhas distintas, com alinhamento à direita.

5.5.4.5. Em nota de rodapé com um asterisco (e não com número), situada à direita do nome do autor, deverá constar o seu mini-currículo, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, seguida de cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, indicação das titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), outros vínculos com associações científicas, profissão, etc. Caso tenha sido utilizada a nota de rodapé ao lado do título com informações sobre o artigo, a nota com o mini-currículo do primeiro autor deverá ser indicada com dois asteriscos, a do segundo autor com três asteriscos, e assim sucessivamente.

5.5.5. Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Resumo” escrita no idioma do artigo.

5.5.6. Indicação de 5 palavras chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecidas da expressão “Palavras-chave” redigida no idioma do artigo.

5.5.7. Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 250 palavras), antecedido da palavra “Abstract”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

5.5.8. Indicação de cinco palavras chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecidas da expressão “Keywords”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

5.5.9. Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva em números arábicos.

5.5.10. Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em número arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

5.5.11. Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

5.5.12. Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 14724:2011).

5.6. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

5.7. Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

6. Metodologia científica

6.1. As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2002), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

6.1.1. O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em negrito, ficando vedada a utilização de itálico.

6.1.2. Os artigos redigidos no formato AUTOR:DATA não serão aceitos para publicação.

6.1.3. As referências deverão constar da seguinte forma:

6.1.3.1. Livros: SOBRENOME, Nome. **Título da obra em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

6.1.3.2. Capítulos de livros coletivos: SOBRENOME, Nome. Título do capítulo sem negrito. In: SOBRENOME DO 1º ORGANIZADOR, Nome do organizador; SOBRENOME DO 2º ORGANIZADOR, Nome do 2º organizador e assim sucessivamente, separados por ponto e vírgula (Org. ou Coord.). **Título da obra ou coletânea em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano. página inicial-página final [antecedidas de “p.”].

Exemplo: SALGADO, Eneida Desiree; COUTO, Mariele Pena de. Uma proposta para o controle social: um olhar prospectivo sobre a transparência e a probidade. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas:** homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014. p. 149-164.

6.1.3.3. Artigos em revistas: SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem negrito. **Título da Revista em negrito,** cidade, volume, número, página inicial-página final [antecedidas de “p.”], meses da publicação [abreviados com as três primeiras letras do mês seguidas de ponto e separados por barra]. ano.

Exemplo: PERLINGEIRO, Ricardo. Brazil's administrative justice system in a comparative context. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 33-58, set./dez. 2014.

6.1.3.4. Teses de Titularidade, Livre-Docência, Doutorado, Dissertações de Mestrado, Monografias de Conclusão de Curso de Graduação e Pós-Graduação: SOBRENOME, Nome. **Título do trabalho em negrito:** subtítulo sem negrito. Cidade, ano. número de folhas seguido de "f". Modalidade do trabalho (Grau obtido com a defesa) – Órgão perante o qual o trabalho foi defendido, Nome da instituição.

Exemplo: HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais:** por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

6.1.4. Os elementos das referências devem observar o seguinte padrão:

6.1.4.1. Autor: SOBRENOME em maiúsculas, vírgula, Nome com as iniciais em maiúsculas, seguido de ponto final.

6.1.4.2. Edição: deve ser incluída a informação somente a partir da segunda edição, sem ordinal, seguido de ponto e "ed.". Exemplo: 2. ed.

6.1.4.3. Ano: grafado com algarismos arábicos, sem ponto no milhar, antecedido de vírgula e seguido de ponto.

6.1.5. Nos casos em que for absolutamente impossível obter alguma das informações acima, a ausência deverá ser suprida da seguinte forma:

6.1.5.1. Ausência de cidade: substituir por [s.l.].

6.1.5.2. Ausência de editora: substituir por [s.n.].

6.1.5.3. Ausência de ano: indicar entre colchetes o ano aproximado, seguido de ponto de interrogação. Exemplo: [1998?].

6.2. As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e/ou tradutores.

6.2.1. Citações diretas devem seguir o seguinte padrão de registro: transcrição com até quatro linhas devem constar do corpo do texto, com letra e espaçamento normais, e estar entre aspas.

6.2.2. Recomenda-se fortemente que citações textuais longas (mais de quatro linhas) não sejam utilizadas. Entretanto, se imprescindíveis, deverão constituir um parágrafo independente, com recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10. Neste caso, aspas não devem ser utilizadas.

6.2.3. Fica vedado o uso do op. cit., ibidem e idem nas notas bibliográficas, que deverão ser substituídas pela referência completa, por extenso.

6.2.4. Para menção de autores no corpo do texto, fica vedada sua utilização em caixa alta (ex.: para Nome SOBRENOME...). Nestes casos todas as menções devem ser feitas apenas com a primeira letra maiúscula (ex.: para Nome Sobrenome...).

7. Redação

7.1. Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica.

7.2. No caso de artigos redigidos na língua portuguesa, a escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, a partir de 1º de janeiro de 2009.

7.3. As citações de textos anteriores ao ACORDO devem respeitar a ortografia original.

8. Artigos resultantes de pesquisas financiadas

Os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deveram indicar em nota de rodapé, situada ao final do título do artigo no idioma do texto, a informação relativa ao financiamento da pesquisa.

9. Declaração de direitos autorais

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

9.1. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos.

9.2. Autores mantém os direitos autorais e concedem à *Revista de Investigações Constitucionais* o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a **Licença Creative Commons Attribution** que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e publicação inicial nesta revista. Ainda, em virtude de aparecerem nesta revista de acesso público, os artigos são de uso gratuito, com atribuições próprias, com aplicações educacionais e não comerciais.

9.3. Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho online (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) a qualquer ponto antes ou durante o processo editorial, já que isso pode gerar alterações produtivas, bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (ver **O Efeito do Acesso Livre**).

10. Responsabilidade dos autores

10.1. Autores são responsáveis pelo conteúdo publicado, comprometendo-se, assim, a participar ativamente da discussão dos resultados de sua pesquisa científica, bem como do processo de revisão e aprovação da versão final do trabalho.

10.2. Autores são responsáveis pela condução, resultados e validade de toda investigação científica.

10.3. No momento da submissão os autores deverão enviar, juntamente com a proposta de artigo, declaração de autoria assinada e digitalizada.

10.4. Autores devem noticiar a revista sobre qualquer conflito de interesse.

10.5. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

11. Conflito de interesses

A confiabilidade pública no processo de revisão por pares e a credibilidade de artigos publicados dependem em parte de como os conflitos de interesses são administrados durante a redação, revisão por pares e tomada de decisões pelos editores.

11.1. É obrigatório que o autor do manuscrito declare a existência ou não de conflitos de interesse. Mesmo julgando não haver conflitos de interesse, o autor deve declarar essa informação no ato de submissão do artigo, marcando esse campo específico.

11.2. Conflitos de interesses podem surgir quando autores, pareceristas ou editores possuem interesses que, aparentes ou não, podem influenciar a elaboração ou avaliação de manuscritos. O conflito de interesses pode ser de natureza pessoal, comercial, política, acadêmica ou financeira.

11.3. Quando os autores submetem um manuscrito, eles são responsáveis por reconhecer e revelar conflitos financeiros ou de outra natureza que possam ter influenciado seu trabalho.

11.4. Os autores devem reconhecer no manuscrito todo o apoio financeiro para o trabalho e outras conexões financeiras ou pessoais com relação à pesquisa. As contribuições de pessoas que são mencionadas nos agradecimentos por sua assistência na pesquisa devem ser descritas, e seu consentimento para publicação deve ser documentado.

11.5. Manuscritos não serão rejeitados simplesmente por haver um conflito de interesses, mas deverá ser feita uma declaração de que há ou não conflito de interesses.

11.6. Os pareceristas devem, igualmente, revelar aos editores quaisquer conflitos de interesse que poderiam influir em suas opiniões sobre o manuscrito, e devem declarar-se não-qualificados para revisar originais específicos se acreditarem que esse procedimento é apropriado. Assim como no caso dos autores, se houver silêncio por

parte dos pareceristas sobre conflitos potenciais, isso significará que os conflitos não existem.

11.7. No caso da identificação de conflito de interesse da parte dos pareceristas, o Conselho Editorial encaminhará o manuscrito a outro parecerista *ad hoc*.

11.8. Se os autores não tiverem certos do que pode constituir um potencial conflito de interesses, devem contatar a secretaria editorial da Revista.

11.9. Para os casos em que editores ou algum outro membro publiquem com frequência na Revista, não serão atribuídos tratamentos especiais ou diferenciados. Todos os artigos submetidos serão avaliados através do procedimento *double blind peer review*.

12. Outras informações

12.1. Os trabalhos serão selecionados pelo Coordenador Editorial e pelo Conselho Editorial da Revista, que entrarão em contato com os respectivos autores para confirmar o recebimento dos textos, e em seguida os remeterão para análise de dois pareceristas do Conselho de Pareceristas.

12.2. Os originais recebidos e não publicados não serão devolvidos.

12.3. Asseguram-se aos autores o direito de recurso das decisões editoriais.

12.3.1. Serão concedidos 5 (cinco) dias, contados da data da decisão final do Conselho Editorial.

12.3.2. O arrazoado escrito deverá ser enviado para o e-mail: <revista@ninc.com.br>.

12.3.3. O recurso será analisado pelo Conselho Editorial no prazo de 30 (trinta) dias.