

QUESTIONE GIUSTIZIA

SOMMARIO N. 4, 1990

Fascicolo speciale
CRISI DELLA DEMOCRAZIA
E SENSO DELLA GIURISDIZIONE

Avvertenza

pag. III

Obiettivo 1: La pace, la guerra e il ruolo dei giuristi

- « E se la guerra fosse illegittima? » (voci dalla magistratura: *Consiglio nazionale Md, Md Genova, Md Milano, Associazione giudici per i minorenni*) » 795
- La guerra del Golfo tra diritto e politica, di *Pierluigi Onorato* » 811
- L'intervento italiano nella guerra del Golfo e il diritto interno, di *Carlo Federico Grosso* » 830
- « I magistrati devono tacere o dimettersi » (documenti: Contro la guerra, le ragioni del diritto - Lettera del presidente Cossiga al Csm - Regole di civiltà e dignità personale), di *Livio Pepino* » 838

Obiettivo 2: Giurisdizione e società civile

- Le vicende parallele di giustizia e informazione, di *Giuseppe
Giulietti* » 847
- Nuovi diritti e antiche ingiustizie, di *Renato Lattes* » 859
- Intervento giudiziario e concretezza della persona umana, di
Luigi Ciotti » 866
- Magistrati, « giustizia giusta » e convenienza politica, di
Sergio Turone » 877

Obiettivo 3: Spunti di riflessione dall'avvocatura

- Osservazioni sul ruolo del difensore nel processo penale, di
Giuseppe Gianzi » 889
- La richiesta di giustizia civile tra rassegnazione e speranza,
di *Emanuele Principi* » 899
- « De iustitia » (Imilcone, Cadamosto ed Eudosso), di *Pino
Lo Mastro e Carlo Rienzi* » 904

Obiettivo 4: Esperienze e problemi di altri paesi

- Le tre giornate di sciopero dei magistrati in Francia, di
François Guichard » 915
- Sulla linea dell'Est (Il difficile incontro con i giuristi del-
l'Urss), di *Christian Wettinck* » 925
- Mito e realtà del « governo dei giudici »: l'esperienza degli
Stati Uniti, di *Vincenzo Accattatis* » 932

Obiettivo 5: La proposta di Magistratura democratica

- Democrazia in crisi e senso della giurisdizione (relazione in-
troduttiva al IX congresso nazionale di Magistratura de-
mocratica), di *Franco Ippolito* » 947

MITO E REALTÀ DEL « GOVERNO DEI GIUDICI »: L'ESPERIENZA DEGLI STATI UNITI

di Vincenzo Accattatis

1. Il governo dei giudici

Negli anni scorsi in Italia si è parlato molto di « governo dei giudici » e di « indebite supplenze ».

La prima domanda alla quale intendo rispondere è questa: visto che i giudici devono essere soggetti alla legge e, quindi, il governo dei giudici non può essere tollerato, quando il governo dei giudici si verifica, quando si è storicamente verificato? Si è verificato, in certo senso, in Francia, prima della rivoluzione francese, e Tocqueville ha tuttavia rilevato che esso ha contribuito a costituire un « potere diviso », un potere meno accentrato e meno autoritario rispetto a quello costituitosi poi in Francia a partire dalla rivoluzione e con Napoleone Bonaparte¹; e si è pure realizzato negli Stati Uniti, a partire dall'istituzione della Corte suprema. È di questo secondo tipo di governo dei giudici (e solo di questo secondo tipo) che intendo trattare (visto che il « governo dei giudici » verificatosi in Francia nel corso dell'*ancien régime*, è stato già altre volte analizzato da noi in Italia).

La seconda domanda alla quale intendo rispondere, sulla scorta del saggio di Michael H. Davis, *A Government of judges: an historical review*, è, invece, questa: quanto, nel discorso sul « governo dei giudici », vi è stato e vi è di verità storica e quanto di ideologia²?

Il discorso sul governo dei giudici negli Stati Uniti non può non iniziare con l'analisi relativa alla cultura politico-economica dei « padri fondatori ».

1. Alexis de Tocqueville, *L'ancien régime et la Révolution*, Gallimard, 1967.

2. Il riferimento è a M.H. Davis, *A government of judges: an historical review*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 35/1987, pp. 559 e ss.

Nella società pluralista che cerca di emergere dalla *perestroïka*, non si potrà far conto su un primato del diritto sulla legge, che esige a fianco del controllo parlamentare — un effettivo controllo giurisdizionale —, e inoltre, una certa autonomia del giudice nella identificazione, nel riconoscimento e nel riequilibrio dei valori sociali che non saranno più — che non sono già più — univoci. La libertà politica e il pluralismo dei giudici sono condizioni essenziali della loro indipendenza e della efficienza della giurisdizione.

Così noi abbiamo incontrato delle donne e degli uomini che ci richiavano una esperienza già vissuta.

Fierezza del loro lavoro, preoccupazione di essere socialmente utili, volontà di indipendenza e aspirazione verso lo Stato di diritto, ma anche recriminazione contro la mancanza di mezzi e di autonomia nel gestirli, il sovraccarico di lavoro, il bilancio insufficiente: le preoccupazioni, gli stati d'animo, i discorsi erano gli stessi di quelli di Bruxelles, Strasburgo, Düsseldorf o Pistoia... salvo a verificare che le stesse parole celino davvero gli stessi concetti.

Serenità gioviale e familiare di un giudice di base, presidente del suo tribunale popolare, a tre anni dalla pensione (che interviene, là, a sessant'anni), silenziosamente assai dispiaciuto di doversi riciclare in questo grande soqquadro a così poca distanza dalla tranquillità. Serenità più sussiegosa di un presidente della Corte suprema, esempio di gerarca del settore penale, descritto come abile e gattopardesco gestore dell'immobilismo: fuori del tempo egli riabilita quanto resta delle « politiche » degli anni '30-'40 (« il compito più nobile ») ed esamina i ricorsi di grazia contro le pene capitale (« un compito duro ma necessario »). Idealismo entusiasta, fremente e volontaristico della vice presidente della Corte suprema civile, per la quale il diritto alla abitazione e la protezione dei consumatori sono delle conquiste alla portata della sua giurisprudenza ...

Noi siamo anche tutti loro.

E non abbiamo condiviso il turismo anticomunista primitivo di Tintin al paese dei *soviet*. Come successivamente egli ricercò Tchang, noi aspettiamo i Sergeï e le Natascia per condividere l'identità dei nostri interrogativi e la ricchezza delle nostre differenze. Con speranza.

2. La cultura politico-economica dei « padri fondatori »

È bene subito notare che l'orientamento liberista (quello considerato con nostalgia da Reagan da Meese e da tutti i conservatori americani — ma non solo americani — nel corso degli anni '80) è stato uno degli orientamenti economici della Corte suprema, durato a lungo. Ma la Corte suprema non lo ha espresso da sempre. In un primo tempo essa ha espresso, invece, un orientamento mercantilista. Mercantilisti, infatti, erano i federalisti (gli Hamilton, i Madison) che reclamavano l'intervento pubblico nell'economia in favore dell'espansione economica del nascente Stato federale. Hamilton ha espressamente criticato Adam Smith, anche se è stata la cultura di Smith, alla fine, a prevalere, quando l'economia americana è stata abbastanza forte per competere « liberisticamente » sui mercati internazionali con la Gran Bretagna, con la Germania (la nuova potenza nascente) e con la Francia (la vecchia potenza declinante)³.

« Il quattordicesimo emendamento della Costituzione — ha notato polemicamente il famoso giudice della Corte suprema Oliver Wendell Holmes in una sentenza del 1905 — non enuncia i concetti espressi da Herbert Spencer nella sua opera *Social Statics* »; ma la Corte suprema, a partire dalla fine del XIX secolo, lo ha letto proprio in questo senso⁴.

Ma chi erano, più specificamente, i federalisti, quali interessi rappresentavano?

Nella sua opera *An Economic Interpretation of the Constitution*, del 1913, Charles A. Beard ha affermato che i federalisti erano avvocati e mercanti, tutti appartenenti alle *upper classes*, che avevano interesse ad un governo forte e ad un vasto mercato in espansione; mentre gli anti-federalisti erano piccoli agricoltori e proprietari di schiavi impegnati a difendere i loro tradizionali spazi, i loro privilegi⁵. Questa « interpretazione economica della Costituzione » è stata più volte criticata; resta, comunque, incontestabile che il sistema mercantilista in espansione si è sostanzialmente identificato con i federalisti (in particolare con la posizione accentratrice-autoritaria di Hamilton), mentre la vecchia società

3. Cfr. Tom Kemp, *Industrialization in Nineteenth Century Europe*, Longman, 1973, London, pp. 30 e ss.

4. Per un'analisi storica relativa alla diffusione del pensiero spenceriano in America cfr. Richard Hofstadter, *Social Darwinism, The Beacon Press*, 1955, Boston; per un'analisi più specifica relativa all'influenza del pensiero di Spencer sulla cultura giuridica americana cfr. Arnold M. Paul, *Legal Progressivism, the Courts, and the Crisis of the 1890s*, in *American Law and the Constitutional Order*, Harvard University Press, Cambridge - Massachusetts and London, 1988, pp. 283 e ss.

5. Cfr. Ch. A. Beard, *Un'interpretazione economica della Costituzione degli Stati Uniti*, Feltrinelli, 1959.

rurale (di cui Jefferson è stato la più brillante espressione) si è ancorata nella difesa della « democrazia », dell'autogoverno, delle autonomie locali, dell'autonomia dei singoli Stati, dell'autonomia dei cittadini rispetto al governo, della *privacy personale* ⁶.

Nella sua celebre opera *La democrazia in America*, Tocqueville ha saldato e composto in unità democrazia e divisione dei poteri, ma, in effetti, questi due valori, negli Stati Uniti, non si sono mai composti completamente; sono rimasti, in certo senso, conflittuali: federalisti da una parte ed antifederalisti dall'altra, Hamilton da una parte e Jefferson dall'altra, con Madison in posizione che può essere detta « intermedia ».

Negli Stati Uniti Tocqueville ha trovato ed ammirato la democrazia jacksoniana, pur disprezzata dai federalisti. Egli ha ammirato il « governo dei giudici » (l'espressione, peraltro, non è sua) e, contemporaneamente, il principio della elettività dei giudici, sostenuto, con forza, dall'amministrazione Jackson per rendere i giudici « più responsabili » come oggi in Italia si direbbe, in polemica con i federali, con il « governo dei giudici » di tipo conservatore ⁷.

Comunque è da tenere ben presente che gli Stati Uniti non sarebbero sorti e non si sarebbero consolidati come nazione (negli Stati Uniti lo Stato precede la nazione, a differenza che in Italia) senza l'azione dei federalisti; la Costituzione, in fondo, è tutta scritta in chiave federalista, mentre il *Bill of Rights* è scritto in chiave jeffersoniana; come dire che senza l'azione degli antifederalisti e dei jeffersoniani (Jefferson ha tenuto a distinguersi dagli antifederalisti) gli Stati Uniti sarebbero divenuti una nazione grandemente autoritaria ⁸.

Se si vuole, ancor oggi gli Stati Uniti continuano a vivere la tensione hamiltoniana-jeffersoniana, federalista-repubblicana (il partito di Jefferson si chiamava repubblicano ma, curiosità della storia, ha generato il partito populista-democratico di Jackson).

6. Per la precisa definizione politico-culturale dei federalisti e degli antifederalisti cfr.: introduzione di Max Beloff a *The Federalist*, Basil Blackwell, Oxford, 1987; introduzione di Clinton Rossiter a *The Federalist*, *A Mentor Book*, New American Library, New York and Scarborough, Ontario, 1961; introduzione di Ralph Ketcham a *The Antifederalist*, *A Mentor Book*, 1986; Harry N. Scheiber, *Federalism and the Constitution: The Original Understanding*, in *American Law and the Constitutional Order*, cit., pp. 85 e ss.; introduzione di Mario D'Addio e Guglielmo Negri a *Il Federalista*, Il Mulino, 1980.

7. Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Garnier-Flammation, Paris, 1981.

8. « Se dovessi andare in Paradiso con un partito — ha scritto Jefferson — preferirei non andarci affatto, sicché dichiaro di non appartenere al partito federalista e ancor meno a quello degli antifederalisti » (cfr. Dumas Malone, *Jefferson and the Rights of Man*, Little, Brown and Company, Boston, 1951, II, p. 178).

3. La funzione conservatrice della Corte suprema nel corso della storia

3.1. La Corte suprema federalista

La Corte suprema Marshall, che ha operato nei primi trent'anni del XIX secolo e che ha lasciato una indelebile impronta nell'ordinamento degli Stati Uniti, condivideva le idee federaliste ed ha lavorato, quindi, per la costruzione di un governo nazionale forte e per lo sviluppo economico del Paese.

Notevoli le seguenti decisioni. La sentenza *Marbury contro Madison* del 1803 con la quale la Corte ha affermato il suo potere di *judicial review* e cioè di essere interprete, in ultima istanza, della Costituzione e di essere regolatrice generale dei poteri dello Stato e dei rapporti fra Stato federale e singoli Stati. La motivazione della sentenza è scritta in piena consonanza con le argomentazioni svolte da Hamilton nell'articolo 78 di *The federalist*.

La sentenza *McCulloch contro Maryland* del 1819 con la quale la Corte ha affermato il principio degli « impliciti poteri ». Val la pena di ricordare l'episodio storico che ha dato luogo a questa seconda, fondamentale decisione. Nei primi anni del XIX secolo Hamilton aveva ritenuto necessaria la fondazione di una banca nazionale. Poteva essere istituita tenendo presenti i principi costituzionali? Secondo Hamilton poteva essere istituita perché, se la Costituzione indica dei fini da realizzare (prelevamento delle imposte, pagamento dei debiti, ecc.), implicitamente autorizza i mezzi necessari allo scopo e la banca nazionale doveva essere considerata un mezzo essenziale in tal senso. Con la sentenza *McCulloch* la Corte suprema ha seguito le argomentazioni di Hamilton.

Della Corte Marshall sono inoltre da ricordare la sentenza *Cohens contro Virginia* del 1821, con la quale la Corte ha affermato il suo potere di controllo sulle decisioni prese dalle Corti supreme dei singoli Stati, e la sentenza *Gibbons contro Ogden* del 1824, con la quale ha affermato la supremazia del governo nazionale in materia commerciale.

La Corte Marshall ha favorito lo sviluppo economico del Paese agendo in senso mercantilista (lo Stato non deve astenersi, bensì deve intervenire per favorire lo sviluppo ed i giudici devono essere orientati nello stesso senso). L'accusa di aver favorito e di continuare a favorire lo sviluppo economico capitalistico rivolta ai giudici da Myers nel 1912, da Eduard Lambert nel 1921 e da Louis Boudin successivamente appare, quindi, del tutto fondata; resta solo da stabilire se precisamente di accusa (e di responsabilità) si tratta ed in quali limiti, e resta anche da

stabilire quanto l'accusa di Meyers, di Lambert e di Boudin ha di verità storica e quanto, invece, di ideologia.

È stato esattamente riconosciuto che la legge è strettamente interconnessa con l'economia, il commercio, la finanza, la proprietà privata fondiaria e quella mobiliare, il lavoro, i salari, la regolamentazione o meno del sistema economico. John Marshall, come tutti gli uomini colti del suo tempo, non era un formalista e sapeva tutto ciò.

Nei paesi di tipo capitalistico la legge non crea il mercato o le industrie ma li favorisce. Negli Stati Uniti i giudici hanno seguito il « naturale » andamento economico e, fra capitale e lavoro, fra proprietà mobiliare e immobiliare, fra proprietà terriera ed industriale non sono stati neutrali; si sono mossi, invece, in consonanza con le forze dominanti.

Come è stato rilevato, i giudici, nel sistema giuridico-politico americano di *common law* fanno ben più che « dispensare giustizia »: essi creano la legge, giudicano della costituzionalità delle leggi espresse dal Congresso, fissano il limite costituzionale in cui ogni potere deve muoversi e favoriscono lo sviluppo⁹.

La crescita economica, negli Stati Uniti, ha proceduto su due sentieri interconnessi, all'interno dei singoli Stati ed a livelli nazionale. I padri fondatori, ben consapevoli dell'esistenza dei due diversi sentieri, hanno scelto nel senso di incrementare l'attività economica nazionale, di creare un mercato nazionale, superando i precedenti sbarramenti: è proprio questa la fondamentale scelta, hamiltoniana-federalista, seguita dalla Corte suprema.

3.2. *Il ruolo conservatore della Corte suprema fra il 1830 ed il 1930*

A partire dagli anni '30 del XIX secolo la Corte, presieduta da Roger Brooke Taney, ha mutato parzialmente politica rispetto all'orientamento della Corte Marshall, favorendo, in parte, l'autonomia dei singoli Stati, ma proteggendo anche il sistema schiavistico degli Stati del Sud.

Appartiene alla Corte Taney la più infame sentenza mai pronunciata dalla Suprema Corte, quella Dred Scott contro Sandford del 1857: « I neri non hanno diritti che i bianchi siano tenuti a rispettare ». Perché fossero riconosciuti i diritti dei neri « che i bianchi sono tenuti a rispettare » è stata necessaria la guerra di secessione e l'approvazione di due appositi emendamenti della Costituzione; emendamenti peraltro letti dalla Corte suprema sempre in senso riduttivo. Solo la Corte Warren,

⁹ Melvin G. Urofsky, che cita Morton Horwitz, *op. cit.*, p. 247.

a partire dagli anni '50 di questo secolo, ha contrastato con decisione l'indicato indirizzo giurisprudenziale. Duro è stato, dunque, ed ancor è, il calvario dell'eguaglianza negli Stati Uniti, come hanno ben rilevato Martin Luther King e gli altri *leaders* neri fino a Jesse Jackson.

Le Corti Chase e Wait — che sono seguite alla Corte Taney — si sono principalmente preoccupate di affermare l'autorità dello Stato nei confronti delle libertà individuali e la supremazia dello Stato federale in materia commerciale.

Le Corti Fuller, White e Taft hanno sostanzialmente fatto proprio il punto di vista delle *Corporations* ed hanno contrastato la legislazione sociale ed a protezione del lavoro, come di seguito più particolarmente si vedrà.

Nel periodo considerato la Corte suprema ha scritto altre pagine vergognose. Da ricordare la famosa sentenza del 1896, Plessy contro Fergusson (rovesciata dalla Corte suprema Warren nel 1954), che ha consacrato la segregazione razziale dei neri nonostante l'esistenza del XIII e del XIV emendamento, affermando la teoria « separati ma eguali ».

Comunque, tutte le Corti, a partire dalla Corte Marshall, si sono preoccupate di salvaguardare « la santità del diritto di proprietà », sicché ben ha potuto scrivere John R. Commons nel 1924 che, nel corso del tempo, la Corte suprema è divenuta « la più ascoltata facoltà di economia politica della storia del mondo »; la più ascoltata, ben s'intende, dai conservatori.

3.3. La Corte suprema contro la legislazione sociale

La Corte suprema degli Stati Uniti, si legge in un numero dell'*American Law Review* del 1893, è divenuta una « roccaforte del capitale ».

In quegli anni è stata messa a punto la tecnica ingiunzione-inadempimento-condanna degli scioperanti inadempienti per « disprezzo alla Corte ». In quegli anni lo *Sherman Act*, approvato dal Congresso per contrastare le concentrazioni industriali, è stato impiegato dalla Corte suprema, con grave distorsione, per combattere il sindacalismo operaio!

« L'importanza del ruolo dei giudici in funzione di conservazione nel periodo 1887-1937 — ha scritto Arnold M. Paul — è, comunque, cosa « ben stabilita ». « Gli anni decisivi sono stati gli anni '90 del XIX secolo... »¹⁰. Era poi ovvio che il potere esecutivo desse man forte

10. A.M. Paul, *Legal Progressivism, the Courts, and the Crisis of the 1890s*, cit., p. 283.

perché le ingiunzioni dei giudici, in funzione antioperaia, fossero prontamente eseguite.

Nel 1914 il Congresso ha approvato il *Clayton Antitrust Act*, per rafforzare lo *Scherman Act* e contrastare le interpretazioni distorsive della Corte suprema, ma la Corte ha contrastato e distorto anche il *Clayton Act*.

La crescente opposizione della Corte alla regolamentazione delle industrie da parte del Congresso a scopi sociali (il suo potere di veto politico-economico) è documentata dal crescente numero di leggi dalla Corte invalidate a partire dal 1900: 44 fra il 1900 ed il 1909, 111 fra il 1910 ed il 1919, 133 fra il 1920 ed il 1934¹¹.

Fra il 1910 ed il 1919 la Corte ha dichiarato incostituzionali 41 leggi degli Stati volte a regolamentare le ferrovie e a porre a carico delle compagnie ferroviarie i danni causati dal trasporto delle merci. « Le maggiori *Corporations*, come le compagnie ferroviarie — è stato scritto —, potrebbero essere considerate “clientele” della Corte nel periodo indicato »¹². Le *Corporations* non solo hanno beneficiato delle decisioni della Corte ma, mediante la loro attività politico-culturale e di *lobby*, hanno determinato quelle decisioni. Alla fine del XIX secolo le *Corporations* hanno impiegato i migliori talenti legali per distruggere o piegare la legislazione regolamentatrice dei *trusts*. La teoria del *substantive due process*, che ha consentito alla Corte il controllo intrinseco della legislazione, che le ha consentito il controllo della « ragionevolezza » delle leggi, è stata elaborata dai « talenti legali » richiamati. Le *Corporations* hanno usato la Corte come ultimo bastione conservatore, le quante volte non sono riuscite a sconfiggere i progetti di legge *antitrust* nel Congresso o nei parlamenti dei vari Stati¹³.

Fra il 1920 ed il 1930, a tutela della proprietà e degli interessi imprenditoriali, la Corte suprema ha dichiarato incostituzionali ben 140 leggi dei vari Stati; deliziando proprietari ed imprenditori che hanno dichiarato alla Corte il loro pieno ed incondizionato appoggio. La *Natio-*

11. Per un'analisi relativa a questo tipo di giurisprudenza cfr. Melvin I. Urofsky, *op. cit.*, pp. 243 e ss.; William M. Wiecek, *The Reconstruction of Federal judicial Power, 1863-1876*, in *American Law and the Constitutional Order*, *cit.*, pp. 237 e ss.; Lawrence M. Friedman and Jack Ladinsky, *Social Change and the Law of Industrial Accidents*, nell'opera collettanea già citata, pp. 269 e ss.; Lawrence Baum, *The Supreme Court, Congressional Quarterly Inc.*, Washington D.C., 1985, pp. 176 e ss.; Kenneth Galbraith, *Il capitalismo americano*, Etas Compas, 1968, p. 144.

12. Così Lawrence Baum, *The Supreme Court, Congressional Quarterly inc. U.S.A.*, 1985, p. 177.

13. *Ibid.*, p. 178 e, inoltre, Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Édition Giard, 1921.

nal Association of Manufacturers ha approvato varie risoluzioni a sostegno della « indipendenza della magistratura ». In una, il presidente della Corte suprema Taft — un conservatore a tutta prova — è stato qualificato « indispensabile interprete della Costituzione », « la più sicura espressione del potere » (« *the safest repository of power* »), il migliore protettore della proprietà « dalla babele della plebe ».

Nel corso della campagna presidenziale del 1924 il candidato del partito del progresso, La Follette, ha criticato duramente i giudici affermando che essi avevano ormai usurpato i poteri del Congresso ed erano divenuti organi attivi di politica conservatrice; il senatore del Minnesota Henrik Shipstead ed altri parlamentari hanno criticato con pari vivacità l'abuso del sistema delle ingiunzioni in funzione antioperaia; l'*American Civil Liberties Union*, sostenuta da vari giornali liberali quali *Survey*, *The Nation*, *The New Republic*, hanno espresso con continuità lo stesso tipo di critiche ed organizzato pubbliche proteste¹⁴. Anche all'estero, particolarmente in Francia, si è incominciato a criticare, sempre più vivacemente, questo tipo di « governo dei giudici »¹⁵. Indipendenza dei giudici sì, ma indipendenza dalla politica del governo? Ed indipendenza in quale direzione, a vantaggio di chi?

In un articolo apparso su *Le Monde Diplomatique*, Marie-France Toinet ha messo in evidenza l'azione della Corte suprema degli Stati Uniti volta a favorire, a partire dalla sua costituzione, « lo sviluppo economico nazionale e la centralizzazione del sistema politico ». Sin dal 1793, nella sentenza Chisholm contro Georgia, la Corte ha affermato che « i singoli Stati non sono sovrani »; nella sentenza South Caroline contro Baker del 1888 essa ha ribadito lo stesso principio, sicché il *Wall Street Journal* ha potuto scrivere che « il sistema federalista, fissato dai Padri fondatori, in gran parte è stato ormai sostituito da un sistema di governo unitario »¹⁶. La Corte suprema ha dato un decisivo contributo in tal senso.

14. Per un'ampia analisi del dibattito politico-economico su queste questioni nel corso degli anni '20 e, in particolare, nel corso della campagna per l'elezione presidenziale del 1928, cfr. Vaughn Davis Bornet, *Labor Politics in a Democratic Republic*, Spartan Books, Inc., Cleaver-Hume Press, 1964, London.

15. Cfr. Édouard Lambert, *op. cit.*

16. M. F. Toinet, *La Cour suprême fait reculer la démocratie*, *Le Monde Diplomatique*, agosto 1989. Da notare che dopo la sentenza Chisholm contro Georgia ed a rettifica della stessa è stato approvato l'undicesimo emendamento della Costituzione, eroso però, via via, nel corso del tempo, dalla Corte suprema affiancata dalle forze conservatrici. La statura politico-giuridica di John Marshall si misura agevolmente comparando la richiamata sentenza (la Corte era allora presieduta da John Jay, uno degli autori del celebre *The Federalist*, nominato da George Washington) con quelle, a sostegno della supremazia del governo federale, espresse dalla Corte Marshall.

« Negli Stati Uniti si discute molto ancora « *se* » il potere di *judicial review* compete costituzionalmente alla Corte suprema o se sia stato invece e sia ancor oggi abusivamente esercitato (a partire dalla sentenza *Marbury* del 1803), proprio sul presupposto della verifica di « *come* » è stato in effetti esercitato (a vantaggio di chi e in danno di chi).

Nel corso dei primi centotrent'anni della storia degli Stati Uniti, come già evidenziato, esso è stato esercitato per realizzare la centralizzazione del potere ed a vantaggio degli interessi economico-sociali più forti. Un preciso ruolo, svolto dai giudici nel mondo occidentale, non solo negli Stati Uniti, che occorre non dimenticare. I giudici inglesi, per fare un altro esempio, sono stati e sono più conservatori dei giudici americani; i giudici italiani e francesi, in generale, nel corso della storia, hanno svolto funzione di conservazione (funzione, ovviamente, mai denunciata dai conservatori come « *indebita supplenza* »).

4. La fine del governo dei giudici

4.1. *Il contrasto fra Roosevelt e la Corte suprema*

Giudico astratte le analisi istituzionali che, assolutizzando il valore della « *indipendenza della magistratura* », individuano un attentato ad essa in ogni azione volta a mantenere i giudici nei limiti costituzionali.

Le tensioni istituzionali vanno, invece, giudicate storicamente ed in concreto, per stabilire se una determinata iniziativa sia istituzionalmente e costituzionalmente corretta. Vi sono iniziative politiche che effettivamente costituiscono attentato all'indipendenza dei giudici (molte in Italia ne sono state portate avanti negli ultimi anni), mentre altre costituiscono doverosi interventi al fine di ripristinare la corretta dialettica istituzionale che può incepparsi anche a causa del comportamento del potere giudiziario.

In altri termini, non è vero che la magistratura abbia sempre ragione e la classe politica sempre torto, come non è vero il contrario. Dato un conflitto fra magistratura e classe politica occorre scendere, quindi, nel merito della contesa politico-istituzionale, per stabilire chi abbia ragione e chi torto; né è vero che la ragione stia sempre da una parte sola.

Nel conflitto fra Corte Suprema e Roosevelt non vi è dubbio che, fondamentalmente, fosse Roosevelt ad aver ragione e la Corte suprema ad aver torto; solo che Roosevelt, nella sua replica al fine di piegare lo scorretto « *governo dei giudici* », stava per andare oltre il segno, sicché

bene fece il Senato a bloccare il suo « sdegno », contribuendo così a mantenere la corretta dialettica dei poteri.

Il contrasto fra Roosevelt e la Corte suprema, nel corso degli anni '30, è, comunque, esemplare al fine di indicare il limite politico entro il quale la giurisdizione deve mantenersi e merita perciò di essere ancora analizzato.

4.2. *Il problema politico-economico-istituzionale affrontato da Roosevelt*

È bene ricordare l'antefatto politico-economico.

Dopo il crollo del 1929, che ha mostrato come il *laissez faire* e la classe politica di governo che lo aveva elevato a suo vessillo avesse fatto fallimento, la gente (il popolo sovrano) ha avuto la possibilità di cambiare il personale politico di due poteri, il Presidente ed il Congresso, ma non quello della magistratura federale, costituito da giudici nominati a vita; la Presidenza ed il Congresso, rinnovati in senso democratico dal voto popolare, si sono trovati, quindi, ad impattare contro un giudiziario conservatore — dotato del forte potere di intervento già analizzato (il *judicial review*, correlato con il principio dello *stare decisis*) — che ha continuato a mantener fermo il credo liberista.

Questo, quindi, il problema politico-istituzionale che Roosevelt ha dovuto affrontare e risolvere: come rinnovare gli orientamenti economico-politici e le leggi dello Stato federale con una magistratura conservatrice dotata di ampio potere di intervento e decisa ad imporlo? Jefferson, Jackson ed altri presidenti si erano trovati di fronte ad analoghi problemi e, ciascuno a suo modo, aveva cercato di escogitare delle soluzioni¹⁷.

Dopo dodici anni di controllo repubblicano, le corti federali (non solo la Corte suprema) erano prevalentemente composte da giudici conservatori ed il *Judiciary Act* del 1925 — fortemente voluto da Taft — aveva ulteriormente e non a caso esteso il potere dei giudici¹⁸.

Nel corso degli anni '30 la Corte ha dichiarato incostituzionali ben 16 leggi approvate dal Congresso su richiesta del presidente per cercare di risolvere la grave crisi economico-sociale di cui si è detto. In questo

17. Per una analisi dei sistemi impiegati dai vari presidenti per piegare la « forza nemica » — l'espressione è del repubblicano-jeffersoniano William Giles — cfr. Melvin G. Urofsky, *op. cit.*, pp 180 e ss.

18. Negli anni '30 la Corte era, precisamente, composta dai giudici conservatori Willis Van Devanter, James McReynolds, George Sutherland, Pierce Butler, « i quattro cavalieri dell'Apocalisse », dai giurici progressisti, alcuni dei quali famosi, Benjamin N. Cardozo, Louis D. Brandeis, Harlan Fiske Stone e da due *wings justices*, Charles Evan Hughes, il presidente della Corte, e Owen J. Roberts.

caso — è l'aspetto fondamentale da rimarcare — la Corte non solo ha contrastato frontalmente le scelte politiche del Presidente (dell'esecutivo) ma ha anche contrastato le scelte del Parlamento (del Congresso) e del popolo americano che aveva dato ampia fiducia a Roosevelt ed alla politica del *New Deal*. Le ha contrastate pretendendo imporre a tutti la politica conservatrice costruita dalla Corte a partire dal suo sorgere.

Si è avuta così, effettivamente, una manifesta pretesa di governo dei giudici che andava contrastata, e che è stata giustamente ed efficacemente da Roosevelt contrastata.

L'iniziativa svolta da Roosevelt, a tal fine, è ben nota. Egli ha proposto che il numero dei componenti della Corte suprema fosse incrementato, in modo da immettere in essa giudici non conservatori e così mutare il suo orientamento politico-economico. Un tentativo di manipolazione, indubbiamente, ma politicamente giustificato. La pressione del presidente Roosevelt è valsa, però, a far rinsavire la Corte che, a partire dal 1937, ha incominciato a rispettare le prerogative politiche del presidente, del Congresso (e del popolo sovrano); il Senato ha bloccato l'operazione di manipolazione escogitata da Roosevelt ed il sistema politico americano si è rimesso, quindi, a funzionare in modo corretto.

La validità del sistema di potere instaurato dai Padri Fondatori è, quindi, da vedere non già nella presenza di un giudiziario forte e indipendente, bensì nel sistema di equilibrio e di reciproco controllo dei poteri; è da vedere, cioè, nel sapiente bilanciamento istituzionale fra principio democratico (o, se si vuole, di sovranità popolare) e principio di legalità fatto valere dal giudiziario (in particolare dalla Corte suprema) in ultima istanza.

« Noi popolo degli Stati Uniti », si legge nel preambolo della Costituzione. È così affermato, in prima istanza, il principio di sovranità popolare. Ma poi la Costituzione prosegue, assegnando al giudiziario il compito di interpretare le leggi in modo autonomo ed esclusivo, sul presupposto di una Costituzione rigida che anche il Congresso ed il Presidente (il potere esecutivo) devono rispettare.

4.3. *Il 1937 quale spartiacque istituzionale*

Il 1937 deve essere quindi considerato come una data cruciale per il giudiziario e, più in generale, per l'equilibrio dei poteri negli Stati Uniti, perché è la data in cui ha avuto finalmente fine quel governo dei giudici, di segno conservatore, che aveva avuto inizio con la nascita della Corte federalista nel 1789.

Nel 1937 vi erano tutti i presupposti di una seria crisi costitu-

zionale, della più seria crisi a partire dalla guerra di secessione. È ben vero che in precedenti sentenze, come nella *Marbury contro Madison* del 1803, la Corte si era opposta alla politica dell'esecutivo e del Congresso ed era stata contrastata dal potere politico; ma, prima degli anni '90 del XX secolo, aveva osato come nel corso di quegli anni.

Il 1937, dunque, a mio avviso, è da vedere come la da in cui il potere politico ha saputo indicare al giudiziario il suo limite costituzionale: i giudici non possono e non devono governare in contrasto con la volontà popolare e con le esigenze politiche espresse dai rappresentanti del popolo legittimamente eletti. Da allora il giudiziario ha imparato la lezione.

Dopo il 1937 in America si sono succedute Corti conservatrici e progressiste, ma in nessun caso si è più configurato un tentativo di governo dei giudici, considerando che, a ben vedere, il governo dei giudici si ha non già quando i giudici emettono sentenze progressiste o conservatrici, ma solo quando, evadendo dai limiti costituzionali loro assegnati (interpretazione ed applicazione delle leggi), essi pretendono dettare al Parlamento ed al Governo la politica da seguire.

5. L'uso ideologico dell'espressione « governo dei giudici »

Lo scostamento fra Roosevelt e la Corte suprema è richiamato di solito in Europa per ricordare che il « governo dei giudici » è cosa riprovevole. In Europa, a partire dalla rivoluzione francese, mai vi è stato però un serio tentativo di governo dei giudici. Piuttosto, in particolare in Francia e in Italia, si sono avuti i « giudici del governo »; giudici cioè mortificati, intimidiati e subordinati, secondo il modello francese; incapaci di esercitare un serio controllo di legalità nei confronti dei detentori del potere.

Nel saggiato già citato, Michael H. Davis ha mostrato come l'espressione « governo dei giudici », in Francia e negli Stati Uniti sia stata adoperata, una volta in volta, in senso manipolatorio. Tutti coloro che hanno voluto contenere il potere dei giudici e restringere il controllo di legalità da parte degli stessi sono tenuti ad esercitare, hanno parlato, ideologicamente, di « governo dei giudici »; proprio allo scopo di intimidire i giudici, di paralizzarli.

A mio avviso in questo stesso senso l'espressione è stata adoperata

19. Per l'analisi relativa alla condizione dei giurici francesi a partire dalla rivoluzione cf. IV. Accattatis, *La difficile lotta per la realizzazione in Francia nell'indipendenza della magistratura*, in questa *Rivista*, n. 4/1989.

in Italia nel corso degli anni '80 e, in particolare, nel corso della recente « campagna » per una « giustizia giusta ».

Lambert — ha ricordato Davis — aveva adoperato l'espressione in un senso ben preciso; avvertendo il pericolo dei giudici che pretendessero imporre una loro politica economica al governo responsabile e osassero dichiarare incostituzionali gli emendamenti alla Costituzione legittimamente approvati; ciò che, peraltro, mai si è verificato, salva la pratica erosione — già menzionata — dell'XI emendamento della Costituzione.

In Francia come negli Stati Uniti gli uomini politici hanno, comunque, adoperato la frase di Lambert del tutto sganciata dal suo preciso, originario significato²⁰. Un accurato esame ha portato Davis a concludere che il significato della frase è mutato, nel corso del tempo, correlativamente al mutare della cultura politica francese: uno il significato dato al momento della caduta della III Repubblica, un altro al tempo del governo Vichy, un altro ancora sotto la IV Repubblica, un altro infine sotto la V Repubblica; ma il comune denominatore è rimasto sempre quello già indicato: volontà di contenere al massimo la presenza del giudiziario (e, poi, del Consiglio costituzionale) in funzione di controllo di legalità²¹.

Quando il libro di Lambert usciva pubblicato in Francia, erano gli anni in cui Kelsen esprimeva l'esigenza di un controllo di legalità anche nei confronti dei Parlamenti (mediante la istituzione delle Corti costituzionali poi effettivamente istituite in diversi paesi). Senza espressamente criticare il libro di Lambert, Kelsen ha però criticato le argomentazioni di coloro che si opponevano all'istituzione delle Corti costituzionali utilizzando le analisi di Lambert.

Il libro di Lambert è stato, in particolare, molto citato, in Francia, nel corso del dibattito relativo alla Costituzione della V Repubblica proprio al fine di restringere i poteri del Consiglio costituzionale. Ed infatti il Consiglio costituzionale in Francia è sorto non al fine del controllo delle leggi del Parlamento e a tutela dei diritti dei cittadini scritti nella Costituzione ma a garanzia delle prerogative legislative del potere esecutivo.

Attualmente il dibattito, in Francia, riguarda i poteri del Consi-

20. Davis ci informa che negli Stati Uniti circolano pochissime copie del libro di Lambert; sicché il libro, ancor oggi, è molto citato ma pochissimo letto.

21. Naturalmente l'abuso della frase ancor oggi continua. Recentemente in Francia di « governo dei giudici » si è parlato con riferimento all'estensione di potere della Corte europea di giustizia: cfr. *La Cee, une Communauté de droit*, *Le Monde*, 1° marzo 1990.

glio costituzionale e la indipendenza della magistratura, e cioè la persistente subordinazione dei giudici al potere esecutivo²².

6. Il ruolo dei giudici nello Stato di diritto

Interrogatosi sul significato proprio e specifico attribuito da Lambert all'espressione « governo dei giudici », Davis ha registrato, quindi, il fluttuare ideologico dei significati ma non si è posto le questioni di fondo: è davvero esistito un governo dei giudici negli Stati Uniti? L'analisi di Lambert era fondata? Quali limiti i giudici devono rispettare perché il governo dei giudici non si verifichi?

Una risposta a questi quesiti nel presente saggio ho tentato di darla:

a) negli Stati Uniti un governo dei giudici effettivamente vi è stato, voluto e favorito dalle forze politico-economiche dominanti; l'analisi di Lambert è da ritenere fondata; si verifica il governo dei giudici quando i giudici pretendono dettare al Parlamento ed al Governo la politica da seguire. Questi rilievi nulla tolgono, ovviamente, all'importanza dell'analisi di Davis: di governo dei giudici, in Francia, in Italia ed in altri paesi abitualmente si è parlato e si parla in senso ideologico: non per contrastare un reale governo dei giudici o un tentativo di governo, quanto con l'obiettivo di restringere il controllo di legalità che i giudici, per legge, devono svolgere;

b) la conclusione generale da ricavare dall'analisi fin qui svolta può essere questa: se è da rifiutare il governo dei giudici, come sopra precisamente definito, sono del pari da contrastare i tentativi (ammantati di discorsi ideologici) volti ad impedire o ad infrenare i controlli di legalità che, per legge, imparzialmente e nei confronti di tutti, nello Stato di diritto ai giudici competono. Infatti, in uno Stato di diritto occorrono giudici « effettivamente indipendenti », consapevoli dell'esi-

22. Per una più precisa informazione relativa all'indicato dibattito rinvio alle interviste ed agli articoli di seguito citati: *Il faudrait étendre aux citoyens le droit de contester la constitutionnalité des lois*, intervista a Robert Badinter, *Le Monde*, 3 marzo 1989; Robert Badinter, *La République des juges*, *Le Monde*, 8 settembre 1989; Thierry Bréhier, *Les embûches politiques d'une réforme de la Constitution*, *Le Monde*, 29 marzo 1990; Georges Vedel, *Réforme de la Constitution: ni gadget ni révolution*, *Le Monde*, 6 aprile 1990; *Une grève de la magistrature sans précédent*, *Le Monde*, 19 giugno 1990; *Les magistrats en colère*, *La justice sécularisée*, *Le Monde*, 21 giugno 1990; *Un front uni des gens de justice*, *La sujétion des juges*, *Le Monde*, 22 giugno 1990; *La justice délabrée*, *Les magistrats menacent de récidiver*, *Le Monde*, 23 giugno 1990.

genza di mantenere un accurato *self-restraint*, ma nel contempo capaci e decisi nel far valere la *rule of law* nei confronti di « chiunque »²³.

È però da chiedersi chi sia impegnato a sostenere effettivamente e fino in fondo questa « funzione dei giudici » negli Stati democratici occidentali. La lezione che viene dalla storia è quella già accennata: tradizione bonapartista di subordinazione dei giudici in Francia e in Italia, tradizione conservatrice dei giudici negli Stati Uniti e in Gran Bretagna, sostenuta a spada tratta dalle forze della conservazione²⁴.

Sono queste le tradizioni di indipendenza (dipendenza) delle magistrature nel mondo occidentale, al di là delle agiografie ufficiali.

Anche negli Stati Uniti — ciò che Davis, nel suo saggio, non ha ricordato — i conservatori hanno osteggiato il governo dei giudici da quando questi sono divenuti progressisti, e cioè a partire dalla Corte Warren²⁵. Ma dov'è scritto che, a fronte di Costituzioni democratiche e progressiste — finché durano —, i giudici debbano essere necessariamente conservatori?

23. Occorre qui notare che nella sentenza *Marbury contro Madison*, che ha dato fondamento, negli Stati Uniti, al potere di *judicial review*, John Marshall ha precisamente espresso l'esigenza di *judicial restraint*: « La Corte — si legge nella sentenza — ha competenza a decidere solo in materia di diritti individuali ...; le questioni propriamente politiche non possono essere decise dai giudici ». Naturalmente negli Stati Uniti si discute ancora e continuerà a discutersi al fine di identificare con precisione quale sia la materia « propriamente politica » sottratta alla competenza dei giudici.

24. Per un'analisi relativa all'orientamento dei giudici inglesi cfr. J. A. G. Griffith, *Giudici e politica in Inghilterra*, Feltrinelli, 1980.

25. Per una precisa definizione della funzione politica, giuridica e culturale svolta dalla Corte Warren e per un'analisi degli attacchi ad essa portati nel corso del tempo dai conservatori rinvio a Melvin I. Urofsky, *op. cit.*, pp. 763 e ss. La più famosa sentenza della Corte Warren è la *Brown contro Board of Education* del 17 maggio 1954 che ha rovesciato l'orientamento della sentenza *Plessy contro Ferguson* del 1896, già ricordata. Rispetto alla sentenza *Brown* si è posto il problema della *implementation*. Mentre le sentenze conservatrici della Corte sono state normalmente portate in esecuzione dal potere politico con molto vigore (l'iniziativa Roosevelt ha spezzato l'aurea tradizione, ma nel contesto politico-economico già esaminato), la « funzione supplente » progressiva della Corte Warren — che certo non può essere qualificata come « governo dei giudici » — normalmente non ha trovato il sostegno del Governo o ha trovato sostegno in modo contraddittorio, stentato, « controvoglia ». È questa una lezione importante che si ricava dall'esperienza della Corte Warren e da quella di tutti i giudici progressisti nei diversi paesi: vi è, in altri termini, supplenza e supplenza; vi può essere supplenza di tipo progressivo (incoraggiata dai progressisti) e supplenza di tipo conservatore (incoraggiata dai conservatori), ma le due supplenze non si equivalgono perché la prima ha molta difficoltà a tradursi in « diritto concreto » (in diritto concretamente operante), mentre la seconda procede normalmente a gonfie vele.