

# QUESTIONE GIUSTIZIA

TRIMESTRALE PROMOSSO DA MAGISTRATURA DEMOCRATICA

*Direttore:*

Giuseppe Borrè

*Comitato di redazione:*

Edmondo Bruti Liberati, Gian Carlo Caselli, Claudio Castelli, Giacomo Conte, Maurizio Converso, Pietro Curzio, Luigi Ferrajoli, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Renato Greco, Luigi Marini, Salvatore Mannuzzu, Sergio Mattone, Francesco Mazza Galanti, Franco Misiani, Guido Neppi Modona, Massimo Niro, Livio Pepino, Marco Pivetti, Domenico Piombo, Alessandro Pizzorusso, Agnello Rossi, Salvatore Senese, Giuseppe Soresina, Carlo Maria Verardi

*Direzione:* via Marcello Durazzo 5/7 - 16122 Genova - tel. (010) 889331

*Redazione milanese:* v.le Monza 106 - 20127 Milano - tel. (02) 2827651

*Redazione romana:* viale di Villa Pamphili 40 - 00152 Roma - tel. (06) 6884356

*Amministrazione, abbonamenti:* v.le Monza 106 - 20127 Milano

*Abbonamento 1993:* Italia L. 95.000, abbonato sostenitore L. 150.000; Estero L. 120.000, da versare sul c.c.p. 17562208 intestato a Franco Angeli s.r.l., Milano

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 391 del 17-10-1981

Direttore responsabile: dr. Franco Angeli - Trimestrale - Spedizione in abbonamento postale Milano - Contiene meno del 50 % di pubblicità - Copyright © 1993 by FrancoAngeli srl, Milano - Stampa testo: Consorzio Artigiano L.V.G., Azzate (Varese) Stampa copertina: Tipomozza, v.le Monza 126, Milano

*III trimestre 1993 - Finito di stampare nel febbraio 1994*

## SOMMARIO N. 3, 1993

**In memoria di Attilio Baldi e Igino Cappelli** pag. v

### **Leggi e istituzioni**

- Ruolo della politica, ambito della giurisdizione, di *Pier Luigi Zanchetta* » 493
- Il potere giudiziario nella concezione federalista ed antifederalista, di *Vincenzo Accattatis* » 539
- Il « sapere per la verità »: inerzia probatoria delle parti e poteri del giudice del dibattimento (Corte cost., sent. 111/1993), di *Piero Gaeta* » 557
- Modificare la legge sul danno ambientale?, di *Carlo Maria Verardi* » 579

### **Prassi e orientamenti**

- Un giudice al tribunale della libertà: spunti per una riflessione sull'esperienza napoletana, di *Enzo Lomonte* » 595
- Custodia cautelare e formazione della prova, di *Raffaello Magi* » 607

### **Obiettivo: Giustizia civile in crisi** » 613

- I. Ancora un rinvio per la giustizia civile, di *Gianfranco Gilardi* » 615
- II. Quale futuro per la giustizia civile?, di *Massimo Fabiani, Gianfranco Gilardi, Ezio Siniscalchi* » 619
- III. Udiienza di trattazione e preclusioni nel nuovo processo civile, di *Gianfranco Gilardi* » 630
- IV. La riforma del processo civile e il diritto transitorio, di *Luciano Panzani* » 645

**Giudici e società**

L'attività cognitiva del giudice ed il pregiudizio di genere, di  
*Teresa Massa* pag. 659

**Osservatorio internazionale**

Lo stupro etnico: un nuovo crimine contro l'umanità, di  
*Antonietta Carestia* » 667

**Dibattito su: Cultura e prassi della precostituzione del giudice** » 679

I. Dalla relazione di Giovanni Conso al convegno su « Il principio di precostituzione del giudice » » 680

II. Risoluzione del Csm su formazione dei collegi e assegnazione dei processi in Cassazione » 687

III. Circolare del Csm sulle tabelle 1994-1995: la Corte di cassazione » 692

**Documenti**

Mozione conclusiva del X Congresso di Magistratura democratica » 695

Consiglio superiore della magistratura: sulla revisione delle circoscrizioni giudiziarie (relatore *G. Palombarini*) » 704

IL POTERE GIUDIZIARIO  
NELLA CONCEZIONE FEDERALISTA  
ED ANTIFEDERALISTA \*

di Vincenzo Accattatis

I - Introduzione

1. L'esigenza di rivisitare a fondo « The Federalist »

Il Federalista, scrive Alexis de Tocqueville ne *La Democrazia in America*, « dovrebbe diventare familiare a tutti gli uomini di Stato dei vari Paesi »<sup>1</sup>; ma non lo è divenuto perché i federalisti vogliono un governo pluralistico rifiutato dai Paesi a tradizione autoritaria e dalla cultura di governo degli Stati a tradizione autoritaria<sup>2</sup>.

In Italia *The Federalist* è stato tradotto, con enorme ritardo, solo negli anni '50, e solo negli ultimi anni ha formato oggetto di un dibattito significativo<sup>3</sup>. Quasi assente, peraltro, ancor oggi, la cultura di *The Antifederalist*, chiamata a bilanciare quella di *The Federalist*, a farle da utile contraltare, come negli Stati Uniti. La cultura di *The Federalist* è, infatti, in gran parte autoritaria, mentre quella di *The Antifederalist* è democratica. La « Democrazia in America », come Tocqueville ben

\* Il presente scritto è la prima parte di un saggio in cui l'autore esamina i problemi della democrazia negli Stati Uniti d'America.

1. Cfr. A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, vol. I, Garnier-Flammarion, Paris, 1981, p. 186.

2. In termini attenuati esprime lo stesso giudizio N. Matteucci, *La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Il Mulino, 1987, p. 140.

3. Cfr. *Il Federalista: 200 anni dopo*, a cura di Guglielmo Negri, Il Mulino, 1988 (Atti del Simposio internazionale organizzato dal Centro studi americani in collaborazione con l'Associazione italiana di scienze politiche e sociali e con l'Associazione di studi nordamericani, in occasione della celebrazione del duecentesimo anniversario della Costituzione degli Stati Uniti); *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio e G. Negri, Il Mulino, 1980; *La Costituzione statunitense e il suo significato odierno*, a cura di Tiziano Bonazzi, Il Mulino, 1988; N. Matteucci, *op. cit.*

sapeva, si definisce coniugando *The Federalist* e *The Antifederalist*, la cultura « decisionista » di Hamilton con quella « repubblicana » di Jefferson<sup>4</sup>. L'operazione non è facile, ma è questo il terreno di analisi.

È doveroso, comunque, essere molto grati a coloro che in Italia hanno favorito la conoscenza di *The Federalist*: il miglior modo per combattere le tendenze alla concentrazione del potere sempre forti in Italia e particolarmente forti nell'ultimo decennio; è doveroso esser loro molto grati, con l'accortezza però di integrare — come già affermato — la cultura « federalista » con quella « antifederalista ». La cultura antifederalista americana è simile a quella democratica francese, con la differenza che non è... giacobina. Se la cultura istituzionale italiana continua ad oscillare fra la cultura autoritaria francese e tedesca e quella di *The Federalist*, essa resta sempre nell'alveo conservatore. Perché non tentare qualche passo in avanti? Cercherò di farlo nel presente saggio. Lo scopo del saggio è, infatti, quello di analizzare le pagine di *The Federalist* dedicate alla magistratura, tenendo presenti le analisi di *The Antifederalist* e di Tocqueville.

Inutile aggiungere che questo saggio pretende essere solo un inizio di analisi, un primo approccio.

Noto incidentalmente che nel simposio organizzato per il bicentenario della Costituzione americana e di *The Federalist*<sup>5</sup> non si è cercato o trovato lo spazio per un'approfondita analisi relativa alla magistratura. La cosa, francamente, mi sembra paradossale, visto che *The Federalist* è la più ampia e chiara analisi relativa alla indipendenza della magistratura ed alla divisione dei poteri; analisi, ancor oggi, a mio avviso, attualissima.

La rinnovata analisi di *The Federalist* deve essere, ovviamente, di tipo critico. *The Federalist*, in altri termini, deve essere oggi riletto per individuare la validità ed i limiti di alcuni principi ed istituti fondamentali della cultura istituzionale occidentale. Riforme istituzionali e costituzionali oggi in Italia? Quali, in quale direzione? *The Federalist* dà, ancor oggi, un importante contributo per riflettere seriamente ed approfonditamente (ammesso che si voglia farlo al di fuori di strumentalizzazioni) di riforme istituzionali. *The Federalist* esprime un modello, uno dei modelli rilevanti, della cultura occidentale: quello del costituzionalismo pluralista, del costituzionalismo con divisione dei poteri.

4. Cfr. V. Accattatis, *Mito e realtà del governo dei giudici: l'esperienza degli Stati Uniti*, in questa *Rivista*, 1990, p. 932 ss.

5. Sopra, nota 3.

## 2. I tre modelli fondamentali relativi alla magistratura

Con riferimento alla magistratura, nella concezione dello Stato di diritto, possiamo oggi registrare tre modelli fondamentali: 1) il modello inglese: magistratura rigorosamente soggetta al potere del parlamento ed in funzione di controllo anche nei confronti del potere esecutivo; 2) il modello francese post-rivoluzionario: magistratura dipendente dal potere esecutivo ed ampiamente manipolata; 3) il modello statunitense, esaltato da Tocqueville: magistratura reale potere politico dello Stato federale.

*The Federalist* tratta del modello *sub* 3) in comparazione con il modello *sub* 1) e prescinde, ovviamente, dal modello « bonapartista » non ancora apparso sulla scena del mondo.

Quando i federalisti e gli antifederalisti scrivevano, in Francia vi erano ancora i parlamenti che facevano « viziosamente » — il termine è di Tocqueville — da argine al potere del re tendente all'assolutismo. Federalisti e antifederalisti tengono presente il modello di magistratura delineato da Montesquieu, da un giudice cioè dell'*ancien régime*, da un giudice già presidente « à mortier » di un parlamento francese.

Nella Costituzione degli Stati Uniti e in *The Federalist* non vive, quindi, il giacobinismo — ancora di là da venire — ma vive la cultura dello Stato costituzionale che si era andata faticosamente elaborando nei Paesi europei e in America a partire dalla *Magna Charta*<sup>6</sup>.

## 3. I quattro possibili approcci nei confronti della cultura istituzionale americana

Nei confronti della cultura istituzionale americana quattro atteggiamenti sono possibili:

1) rifiuto di questa cultura sul presupposto delle tradizioni autoritarie della cultura italiana (è l'atteggiamento tradizionale, non solo della cultura di destra ma anche, talvolta, della cultura di sinistra che non ripudia affatto il giacobinismo e la concentrazione del potere);

2) accoglimento della cultura conservatrice federalista e messa da parte della cultura democratico-jeffersoniana e del *Bill of Rights* (è l'atteggiamento « progressista » tradizionale dei democratico-pluralisti italiani; in Italia, ancor oggi, fortemente minoritario);

6. Cfr. M.G. Urofsky, *A March of Liberty*, New York, Alfred A. Knopf, 1988, p. 2 ss.; N. Matteucci, *op. cit.*, p. 199 ss.; V. Accattatis, *Il principio della soggezione dei giudici alla legge*, in questa *Rivista*, 1991, p. 558 ss.

3) accoglimento della cultura democratica americana in tutta la sua ampiezza (orientamento culturale in Italia quasi tutto da costruire);

4) accoglimento della cultura democratica americana ma con approccio critico, non apologetico.

È in quest'ultima ottica culturale, avveniristica, che io colloco il presente saggio.

## II - La fondamentale diversità del costituzionalismo inglese e americano

### 1. « The Federalist »

1. *The Federalist* è la collezione di 85 articoli scritti fra l'ottobre 1787 e l'agosto del 1788 al fine di influenzare il voto di ratifica in favore della proposta nuova Costituzione degli Stati Uniti appena approvata dalla Convenzione federale di Philadelphia. Gli articoli sono firmati con lo pseudonimo di Publius e sono stati scritti da James Madison, Alexander Hamilton e John Jay; principalmente da Madison e da Hamilton.

Madison, è da ricordare, è stato una figura chiave nel corso della Convenzione. Egli ha redatto gli appunti da cui oggi apprendiamo come i lavori si sono svolti, visto che, per decisione dell'Assemblea, questi lavori si sono svolti in segreto<sup>7</sup>. Gli appunti di Madison e gli articoli di *The Federalist* sono quindi la fonte più autorevole ai fini della interpretazione della Costituzione degli Stati Uniti.

L'altra fonte autorevole sono gli articoli di *The Antifederalist* (mai tradotti in italiano) e cioè gli articoli scritti per contrastare la campagna federalista.

La Corte suprema degli Stati Uniti utilizza molto spesso gli articoli di *The Federalist* al fine di interpretare correttamente la Costituzione. Gli appunti di Madison e gli articoli di *The Federalist* sono considerati, insomma, negli Stati Uniti, come i « lavori parlamentari » della Costituzione.

2. L'occasione per la composizione degli articoli di *The Federalist* e di *The Antifederalist* è stata offerta dalla lotta per la ratifica della Costituzione da parte dello Stato di New York. La polemica è cominciata

7. J. Madison, *Notes on Debates in the Federal Convention of 1787*, W.W. Norton & Company, New York, London, 1987.

con il primo articolo scritto dal governatore George Clinton, sotto lo pseudonimo di Cato, il 27 settembre del 1787. Cinque giorni dopo Hamilton ha replicato con un articolo firmato Caesar. Il primo articolo di *The Federalist*, scritto da Hamilton ed apparso sotto lo pseudonimo di Publius, è stato pubblicato il 27 ottobre del 1787. Hamilton vi solleva un problema importante: « Il popolo di questo Paese è destinato a porre e a risolvere la seguente questione: se le società umane siano in grado di darsi un valido sistema di governo per libera scelta, dopo matura riflessione, o se siano, invece, condannate in eterno a far dipendere la loro forma di governo dal caso o dall'impiego della violenza »<sup>8</sup>.

È questa una nuova ed originale impostazione rispetto al costituzionalismo inglese, che non era stato opera di ingegneria istituzionale, fatta « a lume di ragione »; che non era costituito di « Carte » più o meno ben scritte, di documenti più o meno solennemente approvati, ma di equilibri politici reali via via instauratisi nel corso del tempo; di equilibri di forze, di accordi, per ripetere un'espressione di Hamilton, regolati « con la violenza ».

« Con la spada in pugno », lo ricorda Hamilton nell'articolo 84 di *The Federalist*, il 15 giugno del 1215 i baroni inglesi avevano ottenuto dal re la *Magna Charta*<sup>9</sup>. Il parlamento ha gradualmente accresciuto il suo potere nel corso dei secoli, a spese della corona, a partire dal XIII secolo. « Con la spada in pugno » Cromwell, nel XVII secolo, ha fatto decapitare il re<sup>10</sup>. Con la gloriosa rivoluzione la monarchia è stata rimessa sul trono, dopo che, con la forza, era stata resa « costituzionale » (cioè con potere limitato).

## 2. Il problema della democrazia

Essenziale alla rivoluzione francese — è stato scritto<sup>11</sup> — non è il taglio della testa dei re e dei signori, ma l'affermarsi di un nuovo principio di legittimità: la sovranità popolare e il dominio della legge nei confronti di tutti. Ma « come fare » per realizzare il dominio della legge nei confronti di tutti? Ecco la questione lasciata irrisolta dai rivoluzionari francesi e risolta in un certo modo dalla storia francese successiva alla rivoluzione.

Che la legge dovesse essere sovrana assoluta, in quanto espressione

8. Cfr. *The Federalist Papers, A Mentor Book*, New York and Scarborough, Ontario, New American Library, 1961, p. 33.

9. *Ibid.*, p. 513.

10. M.G. Urofsky, *op. cit.*, p. 33 ss.

11. R. Rossanda, in *Crisi della giurisdizione e crisi della politica*, Milano, Angeli, 1988, p. 95 ss.

della volontà sovrana del popolo, lo avevano affermato tutti gli illuministi francesi. Su questo punto Rousseau era perfettamente d'accordo con Montesquieu, pensatore tanto distante da lui; ma « come fare » per assicurare la prevalenza della legge nei confronti di tutti? Sulla scorta della elaborazione di Locke, Montesquieu aveva fornito una risposta, ben assimilata dai padri fondatori americani, mentre Rousseau non l'aveva fornita.

Nel mondo occidentale, come bene è stato scritto, il problema della democrazia non consiste tanto nella determinazione del fondamento ultimo della legittimità del potere politico quanto nella determinazione dei modi in cui il potere politico deve essere trasferito dal popolo ai suoi rappresentanti e dei modi in cui esso deve essere esercitato da questi ultimi. In altre parole, il problema della difesa e dello sviluppo della democrazia — è questo il nostro impegno di oggi — si risolve (come bene ha messo in rilievo Luigi Ferrajoli) anche o soprattutto nella scelta e nella determinazione dei « congegni » atti a rendere democratico (controllato, limitato) l'esercizio dei poteri perché — lo sapevano bene Montesquieu ed i padri fondatori americani — chi detiene il potere è portato ad abusarne<sup>12</sup>. Questa idea, espressa e ribadita in *The Federalist*, è essenziale alla democrazia quanto quella della sovranità popolare, pur essa dalla Costituzione degli Stati Uniti chiaramente espressa, perché questa idea porta a spezzare il potere, a parcellizzarlo, ad evitare che la democrazia sia... distrutta.

Trattando degli scrittori politici dell'antica Grecia, Jefferson ha notato che « essi avevano eccellenti idee sul valore della libertà personale ma nessuna sul sistema di governo necessario per salvaguardarla ». Tale sistema di governo comincia a sorgere in Inghilterra, nel XIII secolo, con la *Magna Charta*. È il primo momento in cui il potere « si divide ». Segue la storia del potere del parlamento che cresce fino ad espropriare il re del potere legislativo, la storia del sistema rappresentativo, la storia della sovranità popolare come fonte di nuova legittimità, come l'unica vera fonte di legittimità, con l'esecutivo subordinato al parlamento ed i giudici soggetti alle leggi.

### 3. La « rule of law » inglese e americana

La *Magna Charta*, firmata da re Giovanni nel 1215, afferma che nessuna persona, in Inghilterra, neanche il re in persona, può vantare

12. Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione - Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989, e Prefazione di N. Bobbio, p. XIII ss.

la pretesa di essere « al di sopra della legge ». È questo il principio fondamentale della *rule of law*.

Nel 1258 in Inghilterra si riunisce il « Great Council of the Magnates », chiamato « Parlamento ». Nel corso dei secoli, il potere del Parlamento si rafforza a spese del potere della corona<sup>13</sup>.

Già nel 1376 il Parlamento osa processare e punire un ministro del re. Il re continua a governare derivando la sua autorità da Dio, il Parlamento continua a governare derivandola, invece, dal popolo; anche se, all'inizio, il popolo (che effettivamente conta ed ha potere) è molto ristretto. È questo il secondo, fondamentale momento del « potere diviso » che si esprime, nella sua forma più vistosa, nel XVII secolo, con la decapitazione del re.

Nel 1469, in un classico studio di diritto, Sir John Fotescue scrive che il re non può fare leggi né imporre tasse « *without the consent of the three estates of the realm* ».

Il giudice Edward Coke opera perché, nello scontro con il re, prevalga il parlamento. La *common law* è opera di ragione, egli sostiene di fronte al re, e questa ragione, in Inghilterra, deve essere espressa dai giudici.

Quando, in America, nella seconda metà del XVIII secolo, James Otis si oppone al potere dei governatori, invocando la Costituzione — il primo atto di argomentata ribellione nei confronti della sovranità inglese — tiene presente l'insegnamento di Coke<sup>14</sup>.

L'idea di una legge fondamentale capace di limitare i poteri del governo, di ogni tipo di governo; l'idea della sovranità assoluta della legge, e, in particolare, della Costituzione rigida, rispetto ad ogni potere; l'idea che, nello Stato liberal-democratico, debba esservi un « governo di leggi e non di uomini », parte, precisamente, da qui.

Seguendo le argomentazioni di Otis molti giudici dichiarano il « Townsend Revenue Act » incostituzionale. Inizia così, in termini di contestazione legale, la rivoluzione americana.

A partire dagli anni 1771-1773, data della prima edizione americana dell'opera, hanno grande influenza negli Stati Uniti i *Commentaries* di William Blackstone. Unitamente agli articoli della Costituzione, come interpretati alla luce di *The Federalist*, essi concorrono a fondare il potere dei giudici. Tutti i costituenti americani (trenta dei quali erano avvocati o giudici) erano convinti dell'assoluta autorità di Blackstone in materia legale e costituzionale. Blackstone era ispirato dal diritto natu-

13. Cfr. R. Butt, *A History of Parliament: The Middle Ages*, Constable, Marboro Books, 1989.

14. Cfr. M.G. Urofsky, *op. cit.*, p. 41; N. Matteucci, *op. cit.*, pp. 173, 199, 223.

rare, oltre che dalla *common law*, e quindi dai tre principi fondamentali che consacra: della sicurezza personale, della libertà personale e della proprietà privata. Per Blackstone, come per la maggioranza delle persone colte del XVIII secolo, il diritto è strettamente collegato con la morale e con la religione<sup>15</sup>. I parlamenti ed i sovrani non godono di poteri assoluti, ma sono soggetti alle leggi di Dio. Se il potere politico viola le leggi morali fondamentali — è anche l'insegnamento di Locke — il popolo ha il diritto di ribellarsi, di rompere il « patto sociale ».

È Blackstone a teorizzare la dottrina dello *stare decisis* (del precedente giudiziario) che fonda il potere dei giudici in modo forte. I giudici devono attenersi ai precedenti che solo essi sono in grado di conoscere; essi sono quindi i naturali depositari delle leggi, della sapienza giuridica accumulata nel corso dei secoli; i depositari della tradizione. La teorizzazione del presidente della Corte suprema John Marshall, contenuta nella nota sentenza *Marbury contro Madison* del 1803, evolve naturalmente dalle teorie di Blackstone, oltre che dalle teorizzazioni contenute in *The Federalist*.

Ponendo il potere giudiziario nelle mani di un gruppo sociale conservatore, ha scritto Melvin G. Urofsky, Blackstone ha fatto un'operazione politica di grande rilievo<sup>16</sup>. La stessa operazione politica è stata compiuta dai federalisti. I giudici, tradizionalmente, in Gran Bretagna e negli Stati Uniti, hanno, infatti, portato avanti una politica conservatrice; hanno favorito, a spada tratta, la proprietà ed i gruppi politico-economici dominanti.

### III - Una riflessione realistica sui poteri

#### 1. Un'antropologia pessimistica

« Tutto il *Federalist* è dominato da un'antropologia pessimistica, che sembra avere ascendenze machiavelliche e hobbesiane... perché coglie l'effettivo comportamento dell'uomo, nel quale la ragione coesiste con ben più potenti passioni e, fra queste, l'amore per il potere... L'uomo è ambizioso, fazioso, vendicativo e rapace, dominato dalla brama di potere o dal desiderio di predominio sugli altri o dall'invidia dell'altrui potenza e ricchezza: passioni pericolosissime, che portano le classi diri-

15. Cfr. M.G. Urofsky, *op. cit.*, p. 75; N. Matteucci, *op. cit.*, p. 87.

16. Cfr. M.G. Urofsky, *op. cit.*, p. 77.

genti ad abusare della fiducia in loro riposta »<sup>17</sup>. Occorre però storicizzare: non l'uomo in generale ha queste particolari ed acute « passioni », ma, in particolare, l'uomo storicamente emerso in Europa a partire dal XV secolo<sup>18</sup>.

« La premessa realistica non serve, però » — agli autori di *The Federalist* — « a una giustificazione dell'assolutismo; serve piuttosto a fondare sulla realtà e non in astratte utopie la ricostruzione costituzionale, a consentire il primato della ragione sulle passioni; ciò è possibile nella misura in cui il discorso si apre sulla società civile e accetta, come positiva, la sua natura pluralistica »<sup>19</sup>.

## 2. La concezione democratica degli autori di « The Federalist »

Gli autori di *The Federalist* diffidano dell'uomo, ma, più di ogni altra cosa, diffidano dei despoti di « buone intenzioni », di ogni forma di potere concentrato. Il pericolo più grande per i cittadini e per la democrazia è secondo loro rappresentato dall'uso privato del potere pubblico. Gli uomini devono imparare che la miglior difesa dei loro diritti deve essere riposta nella forma democratica rappresentativa di governo (nella scelta dei rappresentanti affidata al popolo) e nello stretto e costante controllo dei governanti da parte dei governati.

Nel mondo non esistono « naturali armonie », accomodamenti ottimali e spontanei dei privati interessi, ma possono esistere leggi ben fatte che cerchino di armonizzare i vari interessi, istituti giuridici ben concepiti capaci di garantire nel miglior modo possibile la convivenza di tutti nell'interesse di tutti; capaci di garantire le libere iniziative. Nel mondo non esistono naturali armonie ma solo artificiali armonie; manufatti giuridici e istituzionali escogitati dall'*homo sapiens*, dagli uomini di buona volontà<sup>20</sup>.

L'*homo faber* può costruire di tutto e può costruire anche, se lo vuole, buone leggi e buone istituzioni; come ne può costruire di pessime. La storia abbonda di pessime leggi e di pessime istituzioni sfociate nella tirannia o nell'anarchia o nell'anarchia preparatrice della tirannia;

17. Cfr. N. Matteucci, *op. cit.*, p. 237.

18. Per lo sviluppo di questo aspetto cfr. C.B. Macpherson, *The political theory of possessive individualism*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1985. Le « passioni » di cui trattano i federalisti sono precisamente quelle collegate con l'« individualismo possessivo ».

19. Cfr. N. Matteucci, *op. cit.*, p. 237.

20. Per la illustrazione del concetto di « manufatti giuridici e istituzionali », cfr. L. Ferrajoli, *op. cit.* e *Prefazione* di N. Bobbio, p. XIII ss.

perciò occorrono governi capaci di governare; ma deve trattarsi, comunque, di governi democratici, espressione del popolo, con potere diviso.

A mio avviso si tratta di un fondamentale insegnamento che è bene sia rimarcato oggi in Italia.

#### IV - Le analisi di Madison sui temi della faziosità, dell'eguaglianza e della giustizia, del pluralismo

##### 1. La giustizia come garanzia dei frutti dell'ineguaglianza

Il fine del governo, afferma Madison nell'articolo 51, è la giustizia, essa « è il fine della società civile », essa è stata sempre perseguita dagli uomini e sempre lo sarà, « finché sarà ottenuta, o finché la libertà stessa sarà perduta nel perseguirla »<sup>21</sup>. Ma cos'è questa giustizia, che è cosa più importante della stessa libertà; che cos'è questa giustizia per perseguire la quale la stessa libertà può essere messa a rischio? Charamente non è l'eguagliamento di ogni condizione, una eguaglianza imposta dall'alto, rifiutata dagli autori di *The Federalist* in quanto giudicata oppressiva. La giustizia per Madison come per Hume — com'è stato ben scritto — è, sostanzialmente, « la garanzia dei frutti dell'ineguaglianza »<sup>22</sup>. È questo un concetto fondamentale. Un limite al concetto di giustizia nell'ambito della cultura occidentale ed anglosassone in particolare.

Il concetto di giustizia di tipo anglosassone rimane, ancor oggi, ancorato all'elaborazione da David Hume. Hume, com'è noto, ha strettamente collegato il sistema di giustizia con il diritto di proprietà<sup>23</sup>.

Per gli autori di *The Federalist* non l'eguaglianza ma l'ineguaglianza è la naturale condizione umana. Nello stato di natura vi è l'ineguaglianza della forza bruta, la logica del più forte (la concezione generale degli autori di *The Federalist*, come già notato, è di tipo hobbesiano, ma

21. Cfr. *The Federalist Papers*, cit., p. 230. Avverto che richiamo il nome degli autori seguendo *A Mentor Book*. Altri testi lasciano incerta la paternità dell'articolo 51 fra Madison e Hamilton. Così M. Beloff, *The Federalist*, Basil Blackwell, New York, 1987, p. 264 e M. D'Addio e G. Negri, *Il Federalista*, Il Mulino, 1980, p. 394.

22. Cfr. M. Beloff, *op. cit.*, p. LIV.

23. D. Hume, *A Treatise of Human Nature, Books Two and Three*, Fontana/Collins, London, 1972, p. 210 ss.

con i correttivi apportati da Locke). Le società civilizzate assicurano, invece, che ciò che è « legittimamente conseguito » sia mantenuto dal suo possessore, dal proprietario; sia da lui goduto in modo indisturbato.

## 2. Le fonti comuni della faziosità secondo Madison

2.1. I partiti politici sono essenziali alla democrazia, per elaborare programmi volti al governo della società, per cercare di realizzare conflittualmente tali programmi. La vera libertà dei cittadini consiste nelle scelte politiche che i diritti di cittadinanza, costituzionalmente garantiti, consentono. I cittadini non possono realmente e concretamente scegliere, o non possono scegliere in modo politicamente incisivo ed efficace, ove mai tali programmi collettivi alternativi non vengano da vari partiti formulati e sostenuti. Questi sono concetti moderni, ma, nel XVII secolo, praticamente i partiti ancora non esistevano.

Il concetto di partito politico organizzato, parte essenziale dei governi rappresentativi, è quasi del tutto estraneo alla mentalità di Madison; come lo era, d'altronde, a quella della maggior parte degli uomini del suo tempo. Madison definisce « fazione » un numero di cittadini, siano maggioranza o minoranza, uniti da particolari impulsi, interessi o passioni in contrasto con i diritti di altri cittadini o con i permanenti e comuni interessi della società. Egli, cioè, concepisce la società come un « intero » in senso mitico. Rimuovere le cause che generano le fazioni abolendo la libertà sarebbe, comunque, per lui, rimedio peggiore del male — è questa la pernicioso scelta effettuata invece in Francia nel corso della rivoluzione<sup>24</sup> —, rimuoverle imponendo ai cittadini conformità di opinioni, di interessi e di passioni, è cosa irrealizzabile.

Le fonti più comuni della faziosità derivano dall'ineguale distribuzione della ricchezza. E qui l'analisi di Madison si fa acuta e modernissima. Coloro che possiedono e coloro che non possiedono formano — a suo avviso — i due poli contrapposti costanti della società. Gli interessi degli agrari, degli industriali, dei commercianti, dei possessori di capitali finanziari crescono, di necessità, nelle nazioni civili e si ripartiscono in diverse classi sociali sollecitate ad agire a tutela dei loro interessi particolari. Primo compito della legislazione è il governo di questi interessi particolari ed il governo delle loro reciproche interferenze. Madison

24. Alludo, ovviamente, alla legge Le Chapelier del 1791 che ha proibito ai « cittadini di una stessa professione, agli imprenditori ... agli operai » ecc. di organizzarsi collettivamente a protezione dei loro « pretesi interessi comuni » (cfr. J. Imbert, G. Sautel, M. Buolet-Sautel, *Histoire des institutions et des fait sociaux*, 2, Presses Universitaires de France, Paris, 1970, p. 283 ss.).

— come gli altri federalisti — pensa, quindi, ad un governo interventista, non liberista (lasciar fare, lasciar passare). Federalismo significa anche questo: intervento dello Stato per la direzione generale ed il coordinamento degli interessi verso la realizzazione di fini comuni<sup>25</sup>.

Madison sottolinea la pericolosità delle fazioni in parlamento.

A nessun individuo, egli afferma, è concesso di essere giudice in causa propria giacché il suo personale interesse lo svierebbe irrimediabilmente dall'esercizio imparziale della sua pubblica funzione; ma cosa sono mai le leggi se non deliberazioni prese da individui con riferimento ad interessi in cui essi sono personalmente coinvolti?

Vi è, ad esempio, una proposta di legge relativa ai debiti privati. In causa sono, quindi, gli interessi dei creditori e quelli dei debitori; giustizia vorrebbe che, fra i due gruppi di interessi in contrasto, si mantenesse l'equilibrio, ma, in parlamento, le parti in causa sono esse stesse giudici ed è prevedibile, quindi, che a prevalere sia la parte meglio rappresentata, siano cioè gli interessi più forti, sia la « fazione più potente », sia la *lobby* più potente. Madison non intende la funzione dei partiti politici ma intende benissimo quella delle *lobbies*.

Si dovranno proteggere le industrie nazionali a spese dei produttori esteri. Si tratta di questione rispetto alla quale gli industriali e gli uomini di finanza si collocano su posizioni diverse, dato che essi hanno diversi interessi da difendere, entrambi non solleciti dell'interesse pubblico generale.

Le imposte sui vari tipi di proprietà dovrebbero essere governate da equità ed imparzialità (discorso in Italia oggi attualissimo), eppure nessun atto legislativo offre maggiori tentazioni di parzialità: ogni scellino da pagare messo a carico delle minoranze in parlamento è uno scellino risparmiato per la maggioranza.

Il moralismo, secondo Madison, non serve. Vano raccomandare agli uomini politici di essere equi, di saper conciliare gli interessi contrapposti, di limitare le proprie pretese. Gli statisti equi sono merce rara. Le cause della faziosità non possono quindi in alcun modo essere soppresse per via di sermoni; devono, piuttosto, essere governate mediante istituti ben concepiti. È questa l'angolazione fondamentale di tutte le analisi svolte in *The Federalist*.

Il grande oggetto della nostra ricerca, osserva Madison, è quello di cercare e trovare i criteri oggettivi e le istituzioni di buon governo; è quello di trovare il modo di salvaguardare, contemporaneamente, l'interesse dei singoli cittadini ed il pubblico interesse dal pericolo rappre-

25. V. Accattatis, *Mito e realtà del governo dei giudici: l'esperienza degli Stati Uniti*, cit.

sentato dalle fazioni e dalle *lobbies*; senza intralciare la libertà, senza danneggiare le regole democratiche.

Ma come realizzare, in concreto, tali obiettivi? Due sole vie, secondo Madison, sono praticabili: 1) prevenire la possibilità che una singola fazione domini il governo della cosa pubblica; 2) impedire che l'interesse particolare di una fazione, se penetrato nella maggioranza, prevalga e si realizzi.

Una cosa è, comunque, certa: una democrazia pura — intesa l'espressione nel senso di democrazia diretta, « costituita da pochi cittadini » — contro la logica delle fazioni non ha rimedio, mentre lo ha una democrazia di più vaste dimensioni (una democrazia rappresentativa, una repubblica del tipo di quelle esistenti negli Stati moderni). Se la democrazia è costituita da pochi cittadini, è fatale che un interesse particolare accomuni sempre la maggioranza di governo. In tal caso nessun rimedio alla faziosità esiste. La parte più debole, la minoranza, è, in ogni caso, fatalmente sacrificata.

Una repubblica moderna differisce dalla democrazia diretta, quale esistita in alcune città-stato dell'antica Grecia, sotto due profili: per essere molto estesa e per essere rappresentativa. I rappresentanti non si identificano immediatamente e direttamente con gli interessi delle fazioni; e questo è un gran vantaggio. Essi, in generale, sono i migliori e più coltivati esponenti delle diverse fazioni, sicché sono in grado di assumere una visione più sintetica, globale, complessiva<sup>26</sup>.

2.2. L'articolo 10 ha grande importanza, non solo nell'economia generale di *The Federalist*, e come sviluppo culturale di una scienza politica realistica relativa alle istituzioni, ma anche, in particolare, con riferimento alle dinamiche reali e concrete del potere giudiziario. L'azione delle *lobbies* (delle « fazioni ») non si esercita, infatti, solo sul parlamento, come Madison ipotizza, ma anche sul giudiziario<sup>27</sup>. La storia del giudiziario degli Stati Uniti — come quella degli altri Paesi occidentali — è anche (o soprattutto) la storia delle *lobbies* che hanno agito sul giudiziario e lo hanno influenzato<sup>28</sup>.

26. Per una più ampia analisi dell'articolo 10, Jack N. Rakove, *La nuova scienza politica del Federalist*, in *Il Federalista: 200 anni dopo*, a cura di G. Negri, cit., p. 25 ss.; G. Bruni Rocchia, *Il Federalist e lo spirito della democrazia*, nella stessa opera collettanea, p. 245 ss.; R.B. Stewart, *L'incubo di Madison: federalismo e stato assistenziale regolamentatore*, nella stessa opera, p. 249 ss.; Emory Elliot, *Testi sacri? Il Federalist e i canoni letterari americani*, nella stessa opera, p. 335 ss.

27. V. Accattatis, *Mito e realtà*, ecc., cit.

28. Cfr. M.G. Urofsky, *op. cit.*, p. 243 ss.; Lawrence Baum, *The Supreme Court*, Congressional Quarterly inc. Usa, 1985, p. 117; W.M. Wiecek, *The Reconstruction of Federal Judicial Power, 1863-1876*, in *American Law and the Constitutional Or-*

Osserva Madison nell'articolo 54 che, se è vero che la legge concede al ricco ed al povero un voto per ciascuno, non è men vero che il ricco, nella società e nel sistema politico, ha un potere di influenza enormemente maggiore, in ragione del suo potere economico-sociale, della sua ricchezza capace di influenzare altri « a votare come egli vuole ». Sono queste le categorie fondamentali per analizzare, ancor oggi, il sistema politico.

### 3. Il pluralismo e la difesa delle minoranze

« Il regime repubblicano — afferma Madison nell'articolo 51 — non serve solo a salvaguardare la società dalla tirannide dei suoi governanti, ma anche a garantire una parte di essa contro gli abusi dell'altra parte. Necessariamente vi sono interessi diversi nelle differenti classi dei cittadini. Se la maggioranza dovesse trovarsi unita in un comune interesse, i diritti della minoranza sarebbero precari. Esistono due soli modi per cercare di rimediare a questo male: mediante la creazione, in seno alla comunità, di una volontà diversa ed autonoma rispetto a quella della maggioranza, vale a dire della stessa società; oppure mediante l'inserimento, nella società civile, di tali e tante classi di cittadini da rendere improbabile, se non impossibile, la costituzione di una maggioranza tendenziosa. Il secondo modo è accolto negli Stati Uniti. Negli Stati Uniti, infatti, mentre tutta l'autorità deriva dalla società e ad essa risponde, la società è divisa in molteplici parti, interessi, categorie sociali, sicché i diritti degli individui e delle minoranze non corrono seri rischi di essere ingiustamente sopraffatti dagli interessi di una maggioranza prevaricatrice. Il grado di sicurezza dipende... dal numero degli interessi e delle associazioni... ».

La garanzia delle libertà e dei diritti delle minoranze è vista quindi, da Madison, nel pluralismo sociale cui si lega il pluralismo istituzionale, la divisione dei poteri. È questo uno dei concetti centrali della cultura politica ed istituzionale federalista; concetto opposto a quello della cultura tradizionale francese, tedesca ed italiana, che pretende costruire l'efficienza del governo e le garanzie in termini di centralizzazione<sup>29</sup>.

der, Harvard University Press, Cambridge - Massachusetts and London, 1988, p. 237 ss.; L.M. Friedmand and J. Ladinsky, *Social Change and the Law of Industrial Accidents*, in *Il Federalista: 200 anni dopo*, cit., p. 269 ss.

29. Trovo sorprendente che nel Simposio organizzato dal Centro studi americani e dalle altre associazioni menzionate in nota 3 nessuna particolare analisi sia stata dedicata al concetto di pluralismo.

#### 4. L'esigenza di conciliare il vigore del governo con la salvaguardia delle libertà

Nell'articolo 37 Madison afferma che una delle più grandi difficoltà incontrate dalla Convenzione è stata quella di cercare di conciliare, nella misura del possibile, la stabilità ed il vigore dell'azione di governo con la salvaguardia delle libertà, parte essenziale del regime repubblicano. È questo uno dei problemi costituzionali centrali risolti abitualmente dagli Stati autoritari con il sacrificio delle libertà.

L'energia ed il vigore del governo, scrive Madison, è indispensabile ai fini della sicurezza interna ed esterna dell'Unione e perché le leggi siano messe in esecuzione; essi sono, inoltre, indispensabili per la formazione di una comune coscienza nazionale. I governi mutevoli ed instabili sono un male da evitare.

Una salda unione, osserva Hamilton nell'articolo 9, è di grande importanza per la pace e la libertà dei singoli; è la barriera contro le faziosità. La storia delle piccole repubbliche dell'antichità, in Grecia e in Italia, suscita sentimenti di repulsione tenuto conto delle guerre di fazione e delle incessanti rivoluzioni. Queste repubbliche si sono sempre mosse fra i due estremi della tirannide e dell'anarchia, proprio a causa della mancanza di un'adeguata struttura politica capace di contenere gli elementi di disgregazione.

Dai disordini che hanno tormentato la storia delle antiche repubbliche gli amanti delle soluzioni autoritarie hanno spesso tratto ragione per combattere il regime repubblicano, qualificato come debole ed inconsistente; o per criticare le libertà civili, giudicate illusorie od impossibili. Essi hanno affermato che qualsiasi tipo di governo libero sarebbe in contrasto con il buon governo della società. È vero invece che l'umanità ha conosciuto governi liberi di buon governo; l'America stessa potrà costituire uno di questi esempi positivi.

I governi repubblicani devono essere capaci di governare, e governare in modo efficace: è la condizione della loro sopravvivenza; ma devono governare come governi liberi, con divisione dei poteri, non in modo autoritario.

La repubblica, sostiene Madison sempre nell'articolo 37, esige non solo che il potere emani dal popolo ma anche che coloro ai quali il popolo conferisce il potere siano e restino sotto il controllo popolare. Ciò significa che gli incarichi devono essere temporanei e limitati e che il potere deve essere al massimo diffuso. La stabilità esige, invece, incarichi di lunga durata; due aspetti difficilmente conciliabili, che, tuttavia, devono essere conciliati; anche se, purtroppo, la scienza politica non ha ancora trovato delle valide soluzioni.

Nell'articolo 47 Madison afferma, con nettezza, che la concentrazione dei poteri è nient'altro che dittatura e che dai costituenti americani i poteri sono stati definiti e correlati seguendo le idee di Montesquieu. I poteri definiti dalla Costituzione sono, peraltro, più divisi di quelli inglesi, che Montesquieu ammira. In Inghilterra, ricorda Madison, l'esecutivo ed il legislativo non sono divisi, ma fusi fra loro, e i giudici sono nominati dall'esecutivo (e possono essere rimossi dalle loro funzioni dal parlamento). Ha ragione Montesquieu ad affermare che senza separazione dei poteri non può esistere libertà, ma la totale separazione in uno Stato è cosa impossibile; i poteri devono essere, quindi, separati, ma fra loro coordinati, soluzione alla quale la Costituzione degli Stati Uniti ha provveduto.

Nell'articolo 48 Madison insiste su questi stessi concetti. I poteri devono essere divisi ed autocontrollantisi... Per realizzare il controllo dei poteri non basta definirli con precisione in una legge o nella Costituzione; si tratta, invece, di trovare dei meccanismi in concreto capaci di realizzare i necessari controlli. In particolare, i poteri meno forti, come il giudiziario, devono essere protetti dai poteri più forti che possono portar loro attentato; argomento che sarà ripreso da Hamilton nell'articolo 78.

Quali i sistemi validi — si chiede Ancora Madison nell'articolo 51 — per realizzare la divisione ed il controllo dei poteri? La risposta è che « quando tutti gli esterni rimedi risultino inadeguati si deve rimediare organizzando l'intera struttura istituzionale in modo che ogni potere costituisca argine agli altri poteri ». Ogni potere deve essere dotato di « autonoma e propria volontà »; occorre, inoltre, che « i membri di ciascun potere abbiano scarsa possibilità di interferire per la nomina dei componenti degli altri ». « Le nomine delle supreme cariche esecutive, legislative e giudiziarie devono discendere dalla medesima fonte di autorità », il popolo, ma « attraverso canali indipendenti ».

## 5. Le istituzioni riguardate in concreto

Nell'analisi di *The Federalist* gli aspetti « materiali » sono in primo piano. È la concreta spregiudicatezza dell'analisi che fa la ricchezza e la serietà di *The Federalist*.

I componenti di ciascun potere — scrive infatti Madison nell'articolo 51 — devono dipendere il meno possibile dagli altri poteri con riferimento alle retribuzioni. Qualora i giudici fossero retribuiti secondo il buon gradimento del potere legislativo od esecutivo la loro autonomia sarebbe perduta, poiché chi somministra a qualcuno i mezzi per vivere

— afferma Hamilton nell'articolo 78 — ne « comanda la volontà »<sup>30</sup>.

I federalisti, insomma, ci ricordano che, a voler essere « reali ed effettive », le garanzie devono saper fare i conti con i « poteri reali » e con gli « appetiti reali » degli uomini. Non degli uomini concepiti in astratto, ma degli uomini riguardati in concreto, concretamente viventi in determinate società, storicamente determinati dalla tradizione e dalla storia<sup>31</sup>.

La migliore garanzia per contrastare la graduale concentrazione del potere — afferma Madison nell'articolo 51 — è quella di dare ai responsabili di ciascun potere i mezzi adeguati ed il personale interesse necessario per resistere alle prevaricazioni degli altri... « Gli interessi personali degli uomini devono coincidere con la realizzazione delle loro costituzionali funzioni ».

« La migliore garanzia della fedeltà degli uomini — scrive Hamilton, secco, nell'articolo 15 — sta nel far coincidere l'interesse con il potere »; ma, ovviamente, chi vuole ottenere il risultato contrario (di paralizzare cioè e di rendere inefficienti le pubbliche istituzioni) procede in modo contrario... In altri termini, i federalisti hanno indicato gli strumenti per rendere le pubbliche istituzioni efficienti in funzione di reciproco controllo, ma, con ciò stesso, hanno anche indicato gli strumenti per renderle inefficienti e paralizzare i controlli. È proprio nella natura degli « strumenti » di poter essere adoperati in un modo o nell'altro, in un senso o in senso contrario.

Analizziamo ancora un poco questo fondamentale aspetto: fornire mezzi adeguati per l'esercizio delle pubbliche funzioni — o non fornirli —, se si vuole che le pubbliche funzioni (o determinate pubbliche funzioni) funzionino — o non funzionino —.

Sin dai tempi di Malthus e di Ricardo il liberismo ha sempre proceduto sul presupposto dell'inefficienza delle pubbliche funzioni deliberatamente organizzata e su quello delle orchestrate denunce dell'inefficienza del sistema pubblico al fine di consentire al sistema privato di farsi spazio<sup>32</sup>. È questo il sistema *Wight* di governo imitato dall'America. I Federalisti hanno cercato di opporsi al sistema *Wight* ma non ci

30. Com'è noto, nell'*ancien régime* l'indipendenza della magistratura francese era fondata sulla venalità delle cariche. Il sovrano, che non somministrava stipendi ai giudici, non ne poteva « comandare le volontà ».

31. Anche se gli autori di *The Federalist* non sono consapevoli di tutto questo. Il limite della concezione degli autori di *The Federalist* è, infatti, proprio nella mancata storicizzazione della « natura dell'uomo ».

32.Cfr. T.R. Malthus, *An Essay on the Principle of Population*, Penguin Books, 1979; D. Ricardo, *Sui principi dell'economia politica e della tassazione*, Istituto Editoriale Internazionale, Firenze, 1976.

sono riusciti (come già notato, la loro concezione era mercantilista, non liberista).

La crisi della giustizia in tutti i Paesi — e, in particolare, in Italia — si spiega anche in ragione della deliberata politica degli interessi forti, delle *lobbies* forti, capaci di influenzare potentemente i governi, di prevalere, di farsi giustizia da sé. Il problema dell'efficienza della giustizia è, in effetti, un problema centrale al fine di realizzare, nei Paesi governati dalla logica delle *lobbies*, un minimo di giustizia « eguale per tutti ».

Un altro esempio. La tecnica indicata dai federalisti, impiegata in modo rovesciato, ha trovato in Italia una significativa espressione nell'istituto del silenzio-assenso, escogitato dalla dottrina amministrativa: se, di fronte ad una domanda, l'amministrazione pubblica resta inerte per un certo tempo, il silenzio vale assenso. L'inerzia e l'inefficienza della pubblica amministrazione si sono risolte così a vantaggio dei privati e delle potenti *lobbies* che hanno tutto l'interesse ad una pubblica amministrazione che non funzioni, che conceda autorizzazioni senza effettuare verifiche e controlli. In applicazione di questo « istituto » l'ambiente ed il territorio sono stati, in Italia, devastati.