

Vincenzo Accattatis

**GOVERNO  
DEI GIUDICI  
E GIUDICI  
DEL GOVERNO**

introduzione di  
Giuseppe Borrè

FrancoAngeli

**Il Catalogo ipertestuale FrancoAngeli è consultabile in Internet e su CdRom**  
 Oltre 7.000 titoli, abstract e indici dettagliati, 20.000 autori, 60 riviste sono consultabili in modo ipertestuale su Internet con gli aggiornamenti sulle ultime novità, la possibilità di effettuare ricerche per argomento, per autore, *full text* ...  
 Un sito agile, operativo, aggiornato a disposizione di tutti i lettori all'indirizzo **WWW.FRANCOANGELI.IT**

Dalle discipline umanistiche all'economia, dalla psicologia all'architettura, dal management al diritto, all'informatica, ai servizi sociali, all'urbanistica, alla pedagogia, alla sociologia, **FrancoAngeli** è la più grande biblioteca specializzata in Italia. Una gamma di proposte per soddisfare le esigenze di ricerca e di aggiornamento di studiosi e professionisti e quelle della formazione universitaria.

Copyright © 1998 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

Edizione						Anno											
1 <sup>a</sup>	2 <sup>a</sup>	3 <sup>a</sup>	4 <sup>a</sup>	5 <sup>a</sup>	6 <sup>a</sup>	7 <sup>a</sup>	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008

È vietata la riproduzione, anche parziale o ad uso interno o didattico, con qualsiasi mezzo effettuata, compresa la fotocopia. Per la legge la fotocopia è lecita solo per uso personale *purché non danneggi l'autore*. Ogni fotocopia che eviti l'acquisto di un libro è illecita ed è punita con una sanzione penale (art. 171 legge 22.4.1941, n. 633). Chi fotocopia un libro, chi mette a disposizione i mezzi per fotocopiare, chi comunque favorisce questa pratica commette un furto e opera ai danni della cultura.

Stampa: Tipomozza, via Merano 18, Milano.

I lettori che desiderano essere informati sulle novità da noi pubblicate possono scrivere, inviando il loro indirizzo a: "FrancoAngeli, viale Monza 106, 20127 Milano".

# Indice

Prefazione, di <i>Giuseppe Borrè</i>	pag.	7
Introduzione, di <i>Vincenzo Accattatis</i>	»	17
<b>1. Il principio della soggezione dei giudici alla legge in Gran Bretagna e il governo dei giudici nell'« ancien régime »</b>	»	19
1. Il principio di legalità in Gran Bretagna	»	19
2. Il sistema giudiziario dell'« ancien régime »	»	25
3. L'anarchia dell'« ancien régime » e le possibili soluzioni	»	31
4. Le richieste dei rivoluzionari nella prima fase della rivoluzione e la fine del « governo dei giudici »	»	33
5. La critica di Voltaire al velleitario tentativo di governo dei giudici	»	36
6. La responsabilità storica dei parlamenti	»	40
7. L'uso ideologico dell'espressione « governo dei giudici »	»	42
8. L'equilibrio del potere in Inghilterra e in Francia dopo le rispettive rivoluzioni	»	43
<b>2. La difficile lotta per la realizzazione in Francia dell'indipendenza della magistratura</b>	»	47
1. Il « governo dei giudici » e i « giudici del governo »	»	47
2. I « giudici del governo » in Francia	»	50
3. Il timido e contraddittorio inizio dell'indipendenza della magistratura francese	»	58
4. I più recenti avvenimenti	»	73
<b>3. Mito e realtà del « governo dei giudici »: l'esperienza degli Stati Uniti</b>	»	77
1. Il governo dei giudici	»	77
2. La cultura politico-economica dei « padri fondatori »	»	78

3.	La funzione conservatrice della Corte suprema nel corso della storia	pag.	80
4.	La fine del governo dei giudici	»	85
5.	L'uso ideologico dell'espressione « governo dei giudici »	»	88
6.	Il ruolo dei giudici nello Stato di diritto	»	90
<b>4.</b>	<b>Il Federalista</b>	»	93
1.	Introduzione	»	93
2.	La fondamentale diversità del costituzionalismo inglese e americano	»	96
3.	Una riflessione realistica sui poteri	»	100
4.	Le analisi di Madison sui temi della faziosità, dell'eguaglianza, della giustizia, del pluralismo	»	102
<b>5.</b>	<b>L'articolo 78 del Federalista e la concezione antifederalista del potere giudiziario</b>	»	111
1.	Il potere giudiziario nella teorizzazione di Hamilton	»	111
2.	Una miniera da esplorare	»	115
3.	I controlli di costituzionalità delle leggi	»	119
4.	Il potere giudiziario nella concezione antifederalista	»	123
<b>6.</b>	<b>La sentenza Marbury</b>	»	127
1.	La « judicial review »	»	127
2.	Il fondamento normativo, politico-culturale e giurisprudenziale della « judicial review »	»	128
3.	Edward Coke e la « judicial review » in Gran Bretagna	»	129
4.	La sentenza Kamper contro Hawkins e la sentenza Marbury	»	131
5.	La sentenza Marbury e il principio di rigidità	»	134
6.	La cultura giuridica costituzionale americana e italiana e il giuramento di fedeltà alla costituzione	»	137
7.	La concezione anglosassone del diritto	»	139
8.	La riflessione di Tocqueville sul potere giudiziario americano	»	141
9.	La rappresentatività dei giudici e il governo dei giudici	»	142
10.	Esigenza di ulteriore analisi in tema di rappresentatività	»	146
11.	Il « self-restraint » espresso dalla sentenza Marbury	»	148

Mentre questo volume era in bozze, all'improvviso, Giuseppe Borrè ci ha lasciati. È difficile, in poche righe, descrivere l'entità del vuoto che la sua scomparsa provoca in *Questione giustizia* e nei *quaderni* che ne costituiscono complemento e integrazione. Più che le parole valgono il suo ricordo e la sua immagine di giurista acuto e versatile, di magistrato esemplare per sapienza e rigore, di docente lucido e appassionato, di intellettuale cristallino per indipendenza e impegno. Nella direzione della rivista e dei *quaderni*, sempre personalmente curati e seguiti sino all'ultima pagina, Borrè è stato garante rigoroso e inflessibile di una « scelta di campo » egualitaria ed emancipatoria, tesa a salvaguardare le libertà e la dignità di tutti e di ciascuno e, per questo, impegnata in una ferma difesa del quadro costituzionale. E la necessità di un impegno accresciuto in questa direzione è stato quasi il *leitmotiv* dei suoi ultimi interventi, a cominciare da quello svolto nel congresso di Napoli di Magistratura democratica, tutto teso a sottolineare la gravità di questo momento « nel quale la bugia è la regola, dove la spregiudicatezza domina sovrana, dove l'approssimazione è il modo normale di vita, dove il tatticismo politico si coniuga con la non simulata ma reale ignoranza e dove si parla di una assemblea costituente come se fosse ordinaria amministrazione, oppure di importazione di sistemi costituzionali stranieri come se si trattasse di importazione di grano alla rinfusa o di pelli secche » (cfr. *Questione giustizia*, n. 2/1997, p. 286). La coerenza con questa scelta di campo sarà il nostro impegno dei prossimi mesi e anni.

La vita e la vicenda politica di Borrè hanno inverato l'affermazione di R.C. Van Caenegem che apre uno degli ultimi *quaderni di Questione giustizia*, dedicato ad una riflessione di Magistratura democratica su se stessa (*Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, a cura di N. Rossi, Angeli, Milano, 1994, p. 7): « È innegabile che i giuristi siano spesso stati servi e strumento del potere, qualunque esso fosse; ma questo non significa che si debbano dimenticare quegli altri che hanno seguito la loro coscienza e le loro idee, indipendentemente da o perfino contro chi governava il mondo; e la scienza giuridica deve loro molto ». Così, come maestro di libertà e di cultura, lo ricorderanno generazioni di magistrati, di giuristi, di democratici.



## Prefazione

di Giuseppe Borrè

1. È significativo che a breve distanza di tempo vedano la luce due libri intitolati al « governo dei giudici ». Il riferimento a tale formula è in entrambi polemico, nel senso che i due libri intendono opporre, all'uso ideologico e denigratorio di essa, una analisi attenta e approfondita dell'evoluzione della funzione giudiziaria, non nascondendo i problemi che tale evoluzione implica ma anche denunciando il carattere propagandistico e non disinteressato delle tante stroncature che a quella formula si ispirano.

Il primo libro (*Governo dei giudici. La magistratura fra diritto e politica*) è opera collettanea curata da E. Bruti Liberati, Adolfo Ceretti e Alberto Giasanti per la collana « Giustizia » di Feltrinelli. L'altro (*Governo dei giudici e giudici del governo*) è questo, cui dedico qualche riflessione introduttiva, di Vincenzo Accattatis, che riprende, con alcune integrazioni, una serie di saggi già pubblicati dall'autore nella rivista *Questione giustizia*.

La raccolta ad unità di tali scritti vuol ricomporre i tasselli della risposta che Accattatis, seguendo il filo di singole analisi storiche e comparatistiche dedicate alla Francia, all'Inghilterra e particolarmente agli Stati Uniti d'America, ha dato, nell'arco di più anni, al tema, fattosi via via sempre più acceso, ma anche sempre più oggetto di attenzioni strumentali e faziose, del rapporto fra magistratura e politica.

Il titolo del libro di Accattatis è in qualche modo più scoperto e più polemico dell'altro, perché non soltanto denuncia il carattere ideologico dell'espressione « governo dei giudici », ma le contrappone ciò che invece è una corposa realtà, i « giudici del governo », vale a dire il fenomeno della soggezione della magistratura all'esecutivo, quale è esistita (e in qualche misura ancora esiste) nel nostro Paese; quale è regola (da ultimo però assoggettata a forti scossoni) in molti paesi europei; e quale si vuole che ritorni ad esistere anche in Italia, proprio da coloro che gridano allo scandalo del « governo dei giudici ».

2. L'espressione « governo dei giudici » — si sa — fu usata per la prima volta da E. Lambert con riferimento — fortemente e giustamente

critico — ai giudici conservatori della Corte Suprema degli Stati Uniti, che per lungo tempo riuscirono ad osteggiare, grazie al loro potere di *judicial review*, le riforme di Roosevelt degli anni '30. È stato tuttavia dimostrato (Accattatis ne dà ampiamente conto nel capitolo *Mito e realtà del governo dei giudici*) che la valenza negativa dell'espressione, spiegabile in quel caso in cui i giudici assunsero vera e propria qualità di opposizione politica alle scelte del presidente e del congresso, pretendendo di esprimere un'alternativa politica *tout court*, è stata, invece, in molte altre situazioni, usata in senso manipolatorio, per far apparire come goffo inquinamento della democrazia ciò che era invece legittimo adempimento, da parte dei giudici, della funzione di difesa della legalità, funzione che è l'altra faccia del principio di uguaglianza e che perciò, per definizione, non sopporta franchigie.

Accattatis, del resto, nel capitolo da ultimo citato, ricorda opportunamente che quando il libro di Lambert veniva 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 molti paesi) ».

Si delinea qui l'alternativa che percorre tutto il libro: da una parte l'idea (alquanto radicata anche nella cultura di sinistra) dell'unitarietà e indivisibilità della sovranità popolare, del primato del parlamento quale sua incarnazione più diretta, e della diffidenza, in ultima analisi, verso la giurisdizione; dall'altra l'idea del « potere diviso » come garanzia di libertà, della soggezione anche dei parlamenti alla legge (costituzionale) e della essenzialità, in tale prospettiva, della funzione giurisdizionale, strumento indispensabile per realizzare quello che è stato chiamato « governo di leggi e non di uomini ».

3. Una delle voci più lucide, fra le tante che si sono levate contro il presunto « governo dei giudici » nel nostro Paese, è quella di Giovanni Tarello (*Chi ci salverà dal governo dei giudici?*, in *Mondoperaio*, 1983).

Certo hanno inciso, nel mutamento del modo d'essere della giurisdizione, i margini di compromettibilità sempre più spesso lasciati dal legislatore nella legge, o per deliberato proposito di delega o quale effetto inevitabile del sovrapporsi di emendamenti di segno discorde nel corso dei lavori parlamentari. Ma ciò che veramente avrebbe determinato, in tale processo modificativo, il salto di qualità, è per Tarello la utilizzazione, da parte dei giudici, della Costituzione come tavola orientatrice nella interpretazione della legge. Tutto non si esaurirebbe infatti nell'alternativa, per i giudici, di applicare la legge o di mandarla alla Corte costituzionale, unico organo depositario del rapporto di tensione con il Parlamento, ma

esisterebbe la « terza via » dell'interpretazione adeguatrice, alla luce, appunto, dei principi costituzionali.

Si tratta — dice Tarello — di una prospettiva « insidiosissima », in virtù della quale il detto rapporto di tensione « si è trasferito per tutti i rivoli del giudiziario, trasferendo questa tensione strutturale, per così dire, all'ingiù ». L'immagine, che pur vuol essere critica, non potrebbe essere più felice, perché coglie il rapporto stretto fra tale nuovo carattere della funzione giurisdizionale e il nuovo modo d'essere antiverticistico, antigerarchico, antiburocratico della magistratura: un modo d'essere, appunto, « all'ingiù ».

4. È certamente vero che il rapporto acquisito dalla magistratura con la Costituzione (più lentamente nella sfera più alta della giurisdizione, dapprima attardatasi, come si sa, nella distinzione fra norme precettive e programmatiche) ha rappresentato uno straordinario elemento di spinta nella crescita dell'indipendenza.

La possibilità data al giudice di sollevare questioni di costituzionalità significa anzitutto che il giudice ha uno specifico « diritto di resistenza » alla legge sospettata di contrasto con la Costituzione. Significa che la legge, lungi dal rappresentare un rassicurante punto fermo per il giudice, è, al contrario, il doveroso oggetto di un dubbio, di un'analisi critica che la pone a confronto con la carta fondamentale. Il giudice è dunque, anzitutto, « critico della legge », e questo, unitamente alla caduta del mito della interpretazione come ricognizione dell'unico significato possibile della norma, muta in radice il quadro del rapporto fra il giudice e l'ordinamento, precludendo il comodo rifugio in logiche autoreferenziali ed imponendo, invece, scelte e giudizi di valore, il che vuol dire crescita culturale della funzione e tendenziale abbandono dei connotati burocratici che hanno per lungo tempo segnato il corpo giudiziario.

Ma vi è anche un altro profilo sotto il quale il mutamento in esame va considerato. Il fatto che ciascun giudice (anche il più piccolo ed anzi, da principio, proprio i più piccoli) possa sollevare questione di costituzionalità e, senza il filtro di istanze superiori, essendo la sua ordinanza non impugnabile, possa provocare il giudizio sulla legge, ha operato come fattore di forte accentuazione del carattere diffuso della funzione giurisdizionale e, in ultima analisi, come « coscienza di uguaglianza » all'interno della magistratura.

Se si tengono presenti le brevi considerazioni che precedono, non meraviglierà la coincidenza temporale, nella storia della magistratura italiana, di tre fenomeni: la fioritura delle grandi questioni di costituzionalità degli anni '60, il sorgere del dibattito sul carattere non meramente ricogni-

tivo dell'interpretazione della legge e la lotta contro la carriera (sfociata, come si sa, nelle leggi, pur parziali e per certi aspetti discutibili, del 1966 e del 1973).

5. Il ricordato scritto di Giovanni Tarello si conclude con l'indicazione di « tre strumenti atti a depotenziare, in senso politico, la magistratura ». Essi sono la separazione della magistratura inquirente da quella giudicante; la immissione di « consistenti quantità » di personale proveniente dalla professione forense o dall'università a livello di corti d'appello e di corte di cassazione; la riforma del modo di elezione del Csm, abbandonando il sistema proporzionale per liste concorrenti.

A prima vista sembra di cogliere una certa sproporzione fra la « patologia » denunciata — che in fin dei conti si sostanzia in una particolare disponibilità della magistratura all'utilizzazione dei precetti costituzionali e dunque in un fenomeno essenzialmente culturale — e la strutturalità e radicalità dei « rimedi » proposti, che sovvertono profondamente l'ordinamento giudiziario e pongono problemi di revisione costituzionale (quanto meno relativamente alla norma che prevede il reclutamento dei magistrati per concorso e che soltanto per la Cassazione consente, in tutt'altra prospettiva, la nomina di laici).

Ma sproporzione in realtà non v'è, perché far uso della Costituzione significa compiere scelte di valore e queste non sono nemmeno concepibili se non ambientate in un sistema pluralistico, di giurisdizione diffusa, di forte coscienza dell'indipendenza, che certo non è monopolio della corporazione dei giudici ma che tuttavia è nata, nei fatti, da una lunga e complessa esperienza dell'associazionismo giudiziario e che perciò sarebbe esposta ad oggettivo indebolimento per effetto di « studiate » immissioni esterne; significa assumere come criterio-guida il principio di uguaglianza, il quale comporta che non siano più possibili spazi di privilegio o di immunità per gli interessi forti e che perciò debba operare il principio di obbligatorietà dell'azione penale, principio che la separazione delle carriere, almeno in prospettiva, pone in pericolo; significa infine che per proteggere tutto questo non può che esservi un sistema di governo autonomo, la cui forza sta proprio in quel pluralismo che la suggerita modifica elettorale vorrebbe sacrificare.

I rimedi sono dunque proporzionati alla supposta patologia e caso mai va rimarcata la lucidità con cui Tarello, scrivendo nel 1983, li individuava. Chi avrebbe detto, allora, che l'immissione di « consistenti quantità » di avvocati nella magistratura sarebbe diventato un problema cruciale della metà degli anni '90?

6. Ma quale legittimazione ha il giudice per « far uso » della Costituzione (o compiendo egli stesso il sindacato di costituzionalità delle leggi ordinarie o investendo di esso, come accade in Italia, un organo *ad hoc*) e così uscire dall'antico steccato della mera attuazione della volontà del legislatore, attribuendo alla propria funzione una valenza in qualche modo « politica »?

Accattatis affronta il problema con riguardo alle concrete esperienze storiche di tre ordinamenti: quello francese, quello inglese, quello statunitense. In Francia un'evoluzione in tal senso è mancata, essendo stati i giudici condizionati, sul piano teorico, dal mito della volontà generale, e più concretamente, sul piano pratico, dalle pastoie di un ordinamento giudiziario bonapartista che li rendeva « giudici del governo ». E l'evoluzione è mancata anche in Gran Bretagna, per il principio della onnipotenza del Parlamento e (altra faccia della medesima medaglia) per la mancanza di una costituzione rigida.

Discorso del tutto diverso è da farsi per gli Stati Uniti d'America: qui il carattere rigido della costituzione e una sufficiente indipendenza dei giudici (condizioni entrambe necessarie: A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, Padova 1996) hanno creato i presupposti del sindacato di costituzionalità delle leggi. La sentenza *Marbury v. Madison*, emessa dalla Corte Suprema degli Usa nel 1803, è ampiamente riferita e analizzata da Accattatis come quella che, riprendendo le sequenze argomentative di Hamilton nell'articolo 78 del *The Federalist*, « ha affermato il potere (della Corte) di *judicial review* e cioè di essere interprete, in ultima istanza, della costituzione », disapplicando, se contrastanti, le leggi ordinarie.

Abbandono, dunque, del principio di sovranità popolare e « governo dei giudici »? Non è così. È ben vero che « nessun atto contrario alla costituzione può essere ritenuto valido dai giudici » (articolo 78 di *The Federalist*); ma questa conclusione — si aggiunge — non implica la superiorità del potere giudiziario su quello legislativo; essa indica soltanto che il potere del popolo è superiore a quello di entrambi; pertanto, se la volontà del legislatore, che si esprime nella legge, contrasta con quella del popolo, espressa nella costituzione, i giudici sono chiamati a far prevalere la seconda sulla prima. « Noi popolo degli Stati Uniti » si legge nel preambolo della costituzione americana, « col che è affermato — scrive Accattatis — il principio di sovranità popolare; ma poi la costituzione prosegue, assegnando al giudiziario il potere di interpretare le leggi in modo autonomo ed esclusivo, sul presupposto di una costituzione rigida che anche il Congresso ed il Presidente debbono rispettare ». Questa idea del « potere diviso » — conclude Accattatis — « 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 », che è la vera premessa perché possa aversi un governo di leggi e non di uomini.

Nell'ampia disamina dedicata all'articolo 78 di *The Federalist*, Accattatis evidenzia il passo in cui si parla del « potere interpretativo » dei giudici. Come fra due fonti pariordinate il giudice sceglie la posteriore (perché questo, in tal caso, è il criterio di ragione), così fra due fonti non pariordinate il giudice sceglie la superiore e scarta la inferiore. « Né vale obiettare che, sul presupposto dell'esistenza del contrasto, i giudici possano interpretare le leggi a proprio piacimento, giacché questo può accadere anche in caso di contrasto fra due leggi ordinarie ed in ogni atto interpretativo. In altri termini, è inerente al potere interpretativo dei giudici fare scelte del genere; i giudici devono interpretare le leggi, sicché se essi fossero inclini ad esercitare la loro arbitraria volontà invece di quella consacrata nella legge, a rendere cioè operative le loro inclinazioni politiche invece di quelle dalla legge espresse, ciò potrebbe verificarsi in ogni caso, anche in caso di applicazione delle leggi ordinarie. Il rilievo insomma prova troppo perché tende a negare la funzione interpretativa immanente nell'esercizio della giurisdizione ». È incommensurabile la distanza che separa posizioni come queste di *The Federalist* da quelle che caratterizzarono, sullo stesso tema, la Francia rivoluzionaria, ove decreti del 1790 proibirono ai giudici ogni interpretazione della legge che non fosse puramente letterale, giacché « se la legge potesse essere interpretata, estesa, o applicata secondo la determinazione di una volontà particolare — spiegava Robespierre — l'uomo non sarebbe più sotto la salvaguardia della legge ma sotto il potere di colui che l'interpreta o l'estende » (S. Senese, *Crisi della giustizia o crisi della democrazia?*, in *Mondoperaio*, 1984, fasc. 6-7).

Il mito giacobino dell'onnipotenza della legge ha avuto vita breve e ben presto si è convertito, come nota lucidamente Accattatis, in concreto controllo sulla magistratura, ordinata secondo le linee dell'ordinamento giudiziario bonapartista che l'hanno fatta somigliare all'*Armée*.

Sul versante dell'esperienza costituzionale statunitense, invece, al modello ordinatore della volontà generale si è opposta, vincente, la concezione pragmatica del potere diviso, e si è compreso (come Accattatis dice citando Luigi Ferrajoli) che « il problema della democrazia non consiste tanto nella determinazione del fondamento ultimo della legittimità del potere politico quanto... nella determinazione dei congegni atti a rendere democratico (controllato, limitato) l'esercizio dei poteri », quanto nella complessità delle autonomie e degli equilibri, dei pesi e contrappesi, che producono democrazia (o almeno la difendono) anche se non sono riconducibili al flusso della responsabilità politica: si pensi all'espansione non

solo dell'ambito di incidenza dell'attività delle corti, ma, oggi, anche del « metodo di decisione giudiziaria », proprio delle cosiddette autorità amministrative indipendenti (cfr. E. Bruti Liberati, *Postfazione*, in *Governo dei giudici*, cit., p. 190).

Del resto, è risalente (se ne trova menzione nell'articolo 51 di *The Federalist* analizzato da Accattatis) l'idea che devono ammettersi eccezioni al principio per cui ogni nomina a cariche pubbliche « dovrebbe essere derivata dalla stessa fonte di autorità, il popolo ». Specie per quanto riguarda il settore giudiziario « sarebbe inopportuno insistere rigorosamente sul principio, in primo luogo perché, una particolare qualificazione essendo richiesta per i giudici, la considerazione fondamentale dovrebbe essere quella di cercare un metodo di nomina che garantisca questa qualificazione ». Ciò non significa che il giudice sia un soggetto « separato », un puro e semplice « esperto ». La cultura, che lo qualifica, è qualcosa di molto più alto e molto più importante di una « tecnica », è cultura dell'imparzialità, cultura di fedeltà all'ordinamento (che è anche capacità di contestare la legge quando non risponda alla costituzione): un complesso corredo professionale, dunque, che non si limita a creare una affidabilità tecnica, ma legittima il giudice all'esercizio di un potere originario. Come ha scritto A. Proto Pisani (*Il giudice di pace fra mito e realtà*, in *Foro it.*, 1989, V, 1 ss.), in un ordinamento a diritto scritto e, aggiungerei, a costituzione scritta (sui nessi fra scrittura e rigidità della costituzione v., ancora, A. Pace, *op. cit.*), il giudice rinviene nella professionalità il sale della propria legittimazione democratica.

7. Le pagine di Accattatis ci aiutano a capire in che senso la magistratura sia e debba essere indipendente e come proprio in tale indipendenza si collochi il suo connotato di politicità. La magistratura, cioè, non è un fattore neutro nel quadro degli equilibri politico-costituzionali proprio se è, e perché è, indipendente. Nella fedeltà alla legge — non nel significato proprio del formalismo giuridico, come ricognizione dell'unica interpretazione possibile, ma come diritto/dovere di resistenza a tutto ciò che legge non è, naturalmente intendendosi per legge anzitutto la costituzione — sta il valore costituzionale della giurisdizione e il nucleo fisiologico della sua politicità. L'art. 101, secondo comma, Cost. non è, come pur è ritenuto da qualcuno, l'enunciazione dello statuto del potere giudiziario come « potere nullo », ma, al contrario, in quanto sancisce la soggezione soltanto alla legge, esprime una fortissima carica polemica verso il passato (un passato di « giudici del governo ») ed è fattore fondativo di indipendenza e di partecipazione al circuito della sovranità. Essere soggetti soltanto alla legge significa non esserlo agli altri poteri interni o esterni alla magistratura, né

ai poteri economici, e questo vuol dire pluralismo (non anomia o disordine o ribellismo) nell'interpretazione, vuol dire inesistenza di zone franche nell'esercizio della giurisdizione, vuol dire insomma, proprio come scrive Accattatis, uguaglianza di tutti i cittadini — ricchi o poveri, potenti o deboli — di fronte alla legge. Precisamente in questa indipendenza sta la politicità della giurisdizione.

Tale indipendenza ha trovato essenziale alimento nell'esistenza di una costituzione rigida nel nostro Paese. « Che vale — si legge nella citata sentenza *Marbury* — che i poteri siano limitati, che i limiti siano fissati in un testo scritto, se in ogni momento essi possono essere violati da coloro che sono sottoposti alle limitazioni? » E ancora: « Se i giudici devono applicare la costituzione in quanto superiore alla legge ordinaria, devono di necessità disapplicare la legge ordinaria ». Non si esce dalla seguente alternativa: « O la costituzione è superiore alla legge ordinaria, o è sullo stesso livello e, quindi, modificabile dal parlamento a suo piacimento. Se si accede alla prima ipotesi ne viene di conseguenza che una legge ordinaria contraria alla costituzione non deve essere considerata legge; se si accede alla seconda, è invece da concludere che le costituzioni sono solo assurdi tentativi fatti dal popolo per limitare un potere per sua natura non limitabile ».

Al tale ruolo di « assurdo tentativo » non è certo riducibile la costituzione italiana, come in genere le moderne costituzioni scritte, e questo è riconosciuto da tutti, a cominciare da coloro che hanno in animo di modificarla. Essa, quindi, è essenziale supporto dell'indipendenza dei magistrati italiani, non solo nel senso che vi sono previsti strumenti di garanzia della giurisdizione (il Csm), ma anche, e prima ancora, nel senso che la costituzione dà all'operato dei giudici un contenuto che ne valorizza e ne esalta l'indipendenza. Ai giudici comuni, è vero, non è direttamente consentito, in Italia, il sindacato di costituzionalità della legge, ma già si è visto che il solo fatto che essi, da un lato, debbano intendere la legge alla luce della costituzione, compiendo, ogni volta che sia necessario, la cosiddetta « interpretazione adeguatrice », ed abbiano (ciascuno di essi in piena autonomia, dal più piccolo al più alto della scala processuale) il potere/dovere di disapplicare, almeno temporaneamente, la legge e di contestarla davanti alla Corte costituzionale quando ne sia dubbia la legittimità, ha già un enorme effetto in termini di produzione di indipendenza della magistratura e di crescita del tasso di democrazia nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Eppure, dalla cultura di sinistra, un disegno come quello del sindacato di costituzionalità delle leggi era stato pesantemente contestato, come una « bizzarria », in nome della sovranità popolare e del parlamento come suo luogo privilegiato. Ma la storia ci dice che molta della democra-

zia, inverteasi nel nostro Paese, è passata proprio di lì, attraverso sentenze della Corte costituzionale e, per dar luogo a queste, attraverso ordinanze dei giudici.

Orbene, tutto ciò non è « governo dei giudici ». È (come è giusto che sia) prevalenza della regola di diritto, perché laddove esiste una costituzione rigida, questa è, come scrisse Tocqueville, « diritto naturale » dei giudici.

Come è stato detto (J.D. Bredin, citato nella *Postfazione* di Bruti Liberati), « il nostro tempo ha messo in crisi molti miti e illusioni: così il mito rivoluzionario di una sovranità assoluta del popolo, espressa dal parlamento », e « si è costituita una nuova realtà fatta di equilibri più complessi ». L'istanza di legalità, che segna il nostro tempo con una forza che è stata paragonata a quella di una rivoluzione, non si identifica ed anzi è in tensione con la volontà generale, perché questa è pur sempre volontà di maggioranza mentre la *regula iuris* è anzitutto protezione dei diritti fondamentali, che tali sono, in primo luogo, per chi è debole, per chi è minoranza, e che proprio perciò esigono la loro tutela da parte dei giudici « in applicazione delle norme costituzionali » (*The Federalist*, 78). Insomma, come scrive S. Rodotà (*Magistratura e politica in Italia*, in *Il governo dei giudici*, cit.), « il riferimento alla sovranità popolare è in qualche modo soppiantato dal riferimento ai diritti fondamentali »: e in ciò, appunto, sta il significato profondo della costituzione rigida e della indipendenza della magistratura, che sono gli assi portanti di questa dimensione della legalità.

8. Il ruolo che viene così assegnato alla magistratura è complesso e difficile. Certo molto più ricco e più arduo di quello che una volta i giudici svolgevano. Non ruolo di governo, s'intende, ma ruolo di difesa della legalità, e tuttavia senza gli ideologismi e le coperture che una volta riuscivano a contenerlo in ambito limitato e pienamente compatibile con la sfera della politica, dalla quale la magistratura, attraverso un fraintendimento del concetto stesso di indipendenza, era postulata al di fuori.

Si tratta di un compito significativo, che esigerà dal corpo dei magistrati grande dedizione, grande professionalità, grande trasparenza, e prima di tutto, forse, grande senso del limite, grande capacità di autocontrollo, e ciò non perché, attraverso una calcolata prudenza, si smussino gli angoli della rivoluzione della legalità, ma perché questa stessa, in quanto « diritto », ha fra le sue componenti naturali il confronto, il rispetto delle ragioni dell'altro, l'aspirazione alla ragionevolezza, insomma quella che G. Gorla chiamò la *prudentia-iuris*.

Queste sono le considerazioni che il libro di Accattatis contiene e sollecita. Considerazioni, come si vede, di non piccolo respiro e di importanza non secondaria. In un momento difficile e contraddittorio come quello che stiamo attraversando, segnato, al fondo, da una comune voglia di rivincita nei confronti della giurisdizione e percorso da pericolose improvvisazioni e da sconcertanti mutamenti di campo delle idee, non può non cogliersi la utilità di un lavoro come quello di Accattatis, perché esso fornisce — con il conforto dell'analisi storica e del diritto comparato — un aiuto a comprendere le cose in termini meno contingenti di quelli che rischiano, giorno dopo giorno, di prevalere nella cultura corrente.

## Introduzione

Il primo capitolo del presente saggio è dedicato al sorgere del principio moderno della soggezione dei giudici alla legge in Gran Bretagna ed al « governo dei giudici » francesi nell'*ancien régime*; il secondo alla indipendenza-dipendenza della magistratura francese a partire dalla rivoluzione del 1789; il terzo al « governo dei giudici » realizzato dalla Corte suprema americana dal suo sorgere al 1937; il quarto, il quinto ed il sesto alla concezione del potere giudiziario dei federalisti e degli antifederalisti americani.

Nell'insieme il volume — che è la somma di vari saggi pubblicati sulla rivista *Questione giustizia*, con qualche aggiornamento — tratta dell'indipendenza-dipendenza della magistratura e del principio di legalità nella tradizione francese, anglosassone ed italiana.

Ringrazio Giuseppe Borrè, Renato Greco, Luigi Ferrajoli, Franco Ippolito, Sergio Mattone, Alessandro Pizzorusso, Gianfranco Viglietta per aver letto i saggi pubblicati su *Questione giustizia* e avermi dato utili suggerimenti ai fini dell'elaborazione unitaria del libro. Ringrazio Paolo Viola per aver letto il libro in elaborazione ed avermi espresso il suo giudizio. Preciserò in seguito il punto in discussione fra il professor Viola e me. Un particolare ringraziamento va a Paolo Funaioli con il quale ho discusso i vari saggi pubblicati su *Questione giustizia* nel corso della loro elaborazione.

Ho ritenuto di non apportare modifiche — se non meramente formali — ai saggi pubblicati, sicché, ovviamente, l'elaborazione va riferita all'anno di pubblicazione degli stessi sulla rivista. Il primo saggio (« Il principio di soggezione dei giudici alla legge in Gran Bretagna e il governo dei giudici nell'*ancien régime* ») è apparso nel n. 3/1991 della rivista; il secondo (« La difficile lotta per la realizzazione in Francia dell'indipendenza della magistratura ») nel numero 4/1989 — ho fatto seguire al saggio apparso sulla rivista un rapido aggiornamento; il terzo (« Mito e realtà del governo dei giudici: l'esperienza degli Stati Uniti ») nel numero 4/1990; il quarto (« Il Federalista ») nel 3/1993; il quinto (« L'articolo 78

del Federalista e la concezione antifederalista del potere giudiziario») nel numero 2-3/1994; il sesto (« La sentenza Marbury ») nel numero 2/1995. I tre saggi da ultimi menzionati sono apparsi sulla rivista sotto il titolo comune « Il potere giudiziario nella concezione federalista e antifederalista ».

V. A.

# 1. Il principio della soggezione dei giudici alla legge in Gran Bretagna e il governo dei giudici nell'« ancien régime »

## 1. Il principio di legalità in Gran Bretagna

### 1.1. Il principio dell'assoluta sovranità del parlamento

Com'è ovvio, la rivoluzione borghese inglese del XVII secolo è da vedere come momento importantissimo per la storia delle istituzioni: giudici soggetti alla legge, quindi al potere del parlamento, ma tutelati dal parlamento nei confronti delle pretese dell'esecutivo. Viene così scritta una pagina fondamentale dell'assetto moderno della divisione dei poteri; allo stesso modo un'altra pagina sarà scritta nella Costituzione degli Stati Uniti che istituisce la divisione fra i tre poteri dello Stato e definisce il giudiziario come potere — benché soggetto alla legge — tuttavia indipendente non solo nei confronti del potere esecutivo ma anche nei confronti del Congresso.

Secondo A.V. Dicey « due aspetti, in ogni tempo, a partire dalla conquista dei normanni, hanno caratterizzato la politica istituzionale dell'Inghilterra... Il primo è... il principio dell'onnipotenza del parlamento... Il secondo, strettamente connesso con il primo, è... il principio della supremazia della legge... Gli osservatori stranieri, ad esempio Voltaire... Tocqueville, o Gneist sono stati colpiti, ben più degli stessi inglesi, per il fatto che l'Inghilterra è un paese... governato dal principio di legalità »<sup>1</sup>.

Ma se è vero che i due aspetti, in ogni tempo, hanno caratterizzato le istituzioni inglesi non è men vero che essi hanno effettivamente trionfato, in Inghilterra, solo a partire dalla rivoluzione del XVII secolo. È dopo la rivoluzione che il principio di legalità, in Inghilterra, ha preso il significato di soggezione di tutti (anche dell'esecutivo e del re in persona) alle regole della *common law* ed alle leggi approvate dal parla-

1. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, London, 1952, p. 183 ss.

mento ed applicate dai giudici. È stato il giudice Edward Coke fra i primi e più forti sostenitori del principio secondo il quale anche il re doveva essere ritenuto soggetto alla *common law*, come interpretata dai giudici. Il 13 novembre del 1608, davanti a Giacomo I che aveva riunito in assemblea i « suoi giudici » per affermare che essi dovevano ubbidire ai suoi ordini, Coke ha dichiarato, con fermezza, che le cause dovevano essere decise non già secondo i « voleri del re » ma secondo « la legge inglese » e che i giudici e solo i giudici erano depositari delle leggi. « Ciò significa — ha replicato Giacomo I con indignazione — che anch'io sarei soggetto alla legge (*that I shall be under the law*), affermazione sediziosa (*which it is treason to affirm*) ». <sup>2</sup>.

Il re *under the law*, è questa l'affermazione di principio dello Stato di diritto. Un secondo principio, che si realizzerà però negli Stati Uniti ed in vari paesi europei con l'istituzione di costituzioni rigide e di corti supreme in funzione di controllo delle leggi fatte dai parlamenti, ma che mai si è realizzato in Gran Bretagna, è la collocazione del potere del parlamento *under the law* <sup>3</sup>. Un governo di leggi, non di uomini, nel senso più pieno.

La « ribellione » dei giudici al re, la rivendicazione, da parte dei giudici, della loro autonomia, è da vedere come un presupposto fondamentale della rivoluzione inglese del XVII secolo <sup>4</sup>.

Analoga rivendicazione di autonomia nei confronti del potere sovrano è stata avanzata dai parlamenti francesi prima della rivoluzione. Anche questa rivendicazione di autonomia ha rappresentato un momento preparatorio della rivoluzione. La Fronda parlamentare francese è cessata nel marzo del 1649 con la pace di Rueil, seguita alla sconfitta di Condé <sup>5</sup>. La monarchia ha quindi avuto la capacità di reagire, vincere

2. Cfr. Melvin I. Urofsky, *A March of Liberty*, Alfred A. Knopf, New York, 1988, p. 6.

3. Va però notato che il Consiglio costituzionale francese, istituito principalmente per evitare possibili invadenze del parlamento ai danni dell'esecutivo, solo stentatamente sta cercando di collocare il legislatore *under the law*. Cfr. Yves Mèny, *Politique comparé*, Montchrestien, Paris, 1987, p. 416 ss.; Lèo Hamon, *Le juges de la loi*, Fayard, Paris, 1987, p. 141 ss.; George Vedel, Pierre Devolvè, *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 1984, p. 81 ss.

4. Cfr. S.A. de Smith, *Constitutional and Administrative Law*, Penguin Books, 1978, pp. 40, 69, 70, 113, 315.

5. Cfr. Jean-Louis Harouel, Jean Barbery, Eric Bournazel, Jacqueline Thibaut-Payen, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Presses Universitaires de France, 1987, p. 529 ss.; Jacques Ellul, *Histoire des institutions*, 4, Presses Universitaires de France, 1987, p. 45 ss.; Pierre Deyon, *La France baroque, 1589-1661*, in G. Duby, *Histoire de la France de 1348 à 1852*, Larousse, Paris, 1987, p. 168 ss.

e consolidare il suo potere; al contrario di quanto è accaduto in Inghilterra, dove, proprio in ragione della sconfitta della monarchia, si è instaurato il sistema parlamentare. Dalla sconfitta delle due Fronde è riemerso, in Francia, si è detto, il potere assoluto; anche se non si è trattato, nel 1649, di una sconfitta definitiva, visto che i parlamenti francesi sono riusciti a mettere in scacco e ripetutamente ancora la monarchia fino all'avvento della rivoluzione.

Nel *Leviatano*, polemizzando con Coke che reclamava l'autonomia dei giudici nei confronti del potere sovrano, Hobbes, nell'intento di contrastarlo, conclusivamente sosteneva: « In tutte le corti di giustizia colui che giudica è sempre il sovrano, il giudice è subordinato e deve avere ben chiare le intenzioni del sovrano, in modo che la sua sentenza esprima non la sua volontà ma quella del sovrano... »<sup>6</sup>.

Tutti conoscono l'esito della storia, così importante per la divisione dei poteri ed il trionfo del principio di legalità: a vincere non fu Hobbes, alleato con la monarchia feudale, ma Coke, alleato con la nascente borghesia.

L'importanza della presa di posizione di Coke nei confronti della Corona e, in particolare, l'importanza della sua opera teorica, è stata messa bene in evidenza da Christopher Hill nel saggio *La rivoluzione inglese e lo Stato*. Le tre ultime parti dei suoi celebri *Institutes* — nota Hill — sono state pubblicate solo nel 1641, per espresso ordine della Camera dei comuni, mentre erano state messe al bando dalla monarchia.

Dalla borghesia rivoluzionaria Coke viene considerato « il secondo padre della legge » e cioè l'interprete più autorevole<sup>7</sup>.

Si consideri poi, per intendere a pieno l'estensione di potere dei giudici inglesi, che in quel tempo la Corona inglese non aveva eserciti stabili né un apparato di polizia alle sue dipendenze; neanche aveva un esteso e ramificato apparato di funzionari amministrativi (di tipo francese). In periferia poteva far sentire la sua presenza e la sua voce esclusivamente attraverso il clero ed i « suoi » giudici.

6. Thomas Hobbes, *Leviathan*, Everyman's Library, London-New York, 1979, p. 143.

7. Cfr. Christopher Hill, *La rivoluzione inglese e lo Stato*, in *Saggi sulla rivoluzione inglese del 1640*, Feltrinelli, 1976, p. 77 ss. Per una più ampia analisi della personalità e del ruolo di Coke, cfr. Johnson, *Life of Sir Edward Coke*, 1837; C.D. Bowen, *The Lion and the Throne*, 1957; S.E. Thorne, *Sir Edward Coke (1552-1952)*, 1959; S. Cotta, *Montesquieu e la Costituzione degli Stati Uniti*, in *Le origini del pensiero politico e costituzionale americano*, Il Veltro, Roma, 1970, p. 38 ss.; Jean Beauté, *Un grand juriste anglais*, Paris, P.U.F., 1975.

## 1.2. La « rule of law » secondo la definizione di Coke

Sarà necessario tentare di precisare in quali limiti esiste il principio di legalità in Gran Bretagna, considerato che, su tali questioni, in Italia permangono risalenti luoghi comuni dovuti alla diffusione delle idee di Montesquieu, il quale ha preteso che in Inghilterra fosse stato instaurato un sistema di divisione dei poteri, pretesa destituita, invece, di fondamento. Infatti l'Inghilterra mai ha conosciuto una reale divisione dei poteri del tipo di quella istituita dalla Costituzione degli Stati Uniti d'America, ma ha conosciuto invece, ed anzi — come si è detto — ha inventato, il principio dell'assoluta supremazia del parlamento.

A partire dalla rivoluzione del XVII secolo, i giudici sono stati « fedeli alle leggi » nel senso di una loro esclusiva subordinazione ai precedenti giudiziari (alla *common law*) ed al parlamento, mentre prima erano subordinati alla *common law* e al potere reale.

In realtà, in un primo momento, i giudici (Coke, in particolare) avevano rivendicato il proprio « potere autonomo » (di assoluti interpreti della *common law*) anche nei confronti del parlamento, ma presto erano stati ridotti a ragione; un esito questo poco felice, essendo stato il parlamento sottratto ad ogni controllo legale. Infatti, se il governo dei giudici è da considerare come il peggior governo possibile, non così va giudicato il sistema dei reciproci controlli, dei *checks and balances*.

## 1.3. Un tentativo di governo dei giudici?

È di Coke l'affermazione formulata nel celebre *Dr. Bonham's Case* del 1610: « Le leggi espresse dal parlamento sono soggette alla *common law* (*the common law will control acts of Parliament*), che è in grado di annullarle; se una legge espressa dal parlamento è contraria alla *common law* e alla ragione o è assurda (*repugnant, or impossible to perform*), alla luce delle norme della *common law* deve essere annullata ». Una chiara pretesa di *judicial review* in senso ampio<sup>8</sup>; ma solo impropriamente il tentativo di Coke di imporre il controllo di legalità dei giudici di *common law* anche nei confronti del parlamento potrebbe essere etichettato come tentativo di governo dei giudici; solo impropriamente perché Coke, in definitiva, ha proposto un sistema di *judicial review* del tipo di quello poi instaurato negli Stati Uniti, tanto che ivi l'iniziativa di Coke è stata tenuta come precedente ed esempio. Senon-

8. Cfr. Melvin I. Urofsky, *op. cit.*, p. 7. Le decisioni con le quali i giudici inglesi hanno arginato il potere reale sono rinvenibili in *Sources of English Constitutional History*, Haper & Brothers Publishers, New York and London, 1937, p. 435 ss.

ché, non esistendo in Inghilterra una costituzione di tipo rigido, quale elaborata dai padri fondatori americani, Coke non aveva a suo sostegno una « forza della legge » paragonabile a quella esistente negli Stati Uniti dopo la ratifica della Costituzione.

Né a qualificare il tentativo di Coke come tentativo di governo dei giudici può valere l'esperienza del governo dei giudici che si è poi instaurata negli Stati Uniti, non già come ineluttabile conseguenza della sentenza Marbury — che ha validità di principio giuridico anche oggi che di governo dei giudici non è più da parlare —, ma, invece, in termini di abusiva azione supplente conservatrice dei giudici americani solo sul presupposto della sentenza Marbury; e non a partire dal 1803 ma a partire dalla fine del XIX secolo e fino al 1937<sup>9</sup>.

Se fosse prevalso il punto di vista di Coke, se fossero sussistite le condizioni politico-sociali nell'Inghilterra del XVII secolo, il sistema di governo inglese sarebbe risultato più equilibrato, le libertà politiche e civili sarebbero state meglio « garantite », alcuni gravi abusi del parlamento sarebbero stati eliminati.

• Comunque, sono in molti oggi, in Gran Bretagna, a reclamare un più penetrante controllo di legalità nei confronti del parlamento, una maggiore tutela giuridica dei diritti fondamentali dei cittadini sulla base di una costituzione scritta<sup>10</sup>.

Nessun tentativo di governo dei giudici può essere peraltro visto nell'azione di limitazione del potere dell'esecutivo operata dai giudici (e da Coke in particolare).

Il tentativo di Coke di imporre la supremazia della *common law*, come interpretata dai giudici, anche nei confronti del parlamento deve essere inteso, anzi, come la prima alta (anche se « simbolica ») affermazione della *rule of law* in senso ampio e pregnante, in quel senso che poi è prevalso, negli Stati Uniti, con la sentenza Marbury e in vari Stati con il controllo di costituzionalità delle leggi affidato alle varie corti costituzionali<sup>11</sup>.

Vero è invece che quello della *rule of law* resta, ancor oggi, in Gran Bretagna, un principio ambiguo ed ideologico, proprio perché in Gran Bretagna non vi è, in effetti, una *rule of law* capace di imporsi a tutti i

9. Per una più ampia trattazione di questi aspetti, cfr. V. Accattatis, *Mito e realtà del « governo dei giudici »*. *L'esperienza degli Stati Uniti*, in *Questione giustizia*, n. 4/1990. Saggio riprodotto di seguito.

10. Cfr. S.A. de Smith, *op. cit.*, p. 38; *Briton's rights*, in *The Economist* 13 dicembre 1986; *When justice isn't done*, ivi, 28 ottobre 1989; *Time to change, The British Constitution - A Modest Proposal*, ivi, 6 luglio 1991.

11. Melvin I. Urofsky, *op. cit.*, p. 77 ss.

poteri<sup>12</sup>. Il « re in parlamento », in certo senso, ne è sottratto, proprio perché il « re in parlamento » (e oggi, praticamente, il Gabinetto) ha poteri assoluti<sup>13</sup>. Esso incontra limiti politici ma non limiti giuridici, salvo a livello di legislazione internazionale. Del resto, proprio in base all'assolutismo del « re in parlamento » ed alla tradizione di tipo imperiale, la Gran Bretagna è molto mal disposta oggi ad accettare l'integrazione europea e il limite posto dalle norme internazionali. A livello internazionale gli Stati sono eguali, ma la Gran Bretagna — com'è ben noto — è più eguale degli altri; o, almeno, cerca di esserlo.

#### 1.4. *La teorizzazione di Locke*

Secondo Locke « l'istituzione di un giudice sulla terra con l'autorità di decidere tutte le controversie e di riparare tutti i torti è il presupposto di una società civilizzata ... Ovunque vi siano uomini, comunque associati, privi di una tale autorità, è da concludere che essi vivono ancora nello stato di natura »<sup>14</sup>.

Perché, ciò nonostante, Locke non configura il giudiziario come potere? Proprio perché l'evoluzione del sistema politico inglese si è configurata nel senso della supremazia assoluta del parlamento e non nel senso della divisione dei poteri, posto che il tentativo di contrastare questo tipo di evoluzione, operato da Coke, per ragioni politiche non era riuscito.

Locke, in definitiva, descrive il sistema politico-costituzionale uscito dalla rivoluzione borghese del XVII secolo. Con la sua teorizzazione legittima l'evoluzione costituzionale propria dell'Inghilterra<sup>15</sup>.

12. Tutti i costituzionalisti inglesi rilevano la difficoltà di definire in modo preciso il concetto di *rule of law* che spazia dal diritto costituzionale al diritto internazionale.

13. L'assolutezza dei poteri del parlamento inglese (che trova oggi un limite solo nella normativa di diritto internazionale accettata dalla Gran Bretagna) è misurata dal fatto che il parlamento ha emanato finanche leggi penali retroattive, contro ogni principio di civiltà giuridica: cfr. S.A. de Smith, *op. cit.*, p. 71. Per un'analisi di diritto comparato fra i poteri negli Stati Uniti, in Gran Bretagna, in Francia e in Italia, cfr. Yves Mèny, *op. cit.* e il numero 41/1987 di *Pouvoirs*, Presses Universitaires de France, Paris.

14. John Locke, *Two Treatises of Government*, Everyman's Library, London-Melbourne-Toronto-New York, 1978, p. 160.

15. Da notare però che Locke vede il potere legislativo come soggetto ai principi del diritto naturale. Locke tratta, infatti, della subordinazione dei poteri (di tutti i poteri) al *commonwealt*: *op. cit.*, p. 192 ss.; cfr., inoltre, Ernest Barker, *Social contract*, Oxford University Press, London-Oxford-New York, 1960; C.B. Macpherson, *The political theory of possessive individualism*, Oxford University Press, 1985.

### 1.5. *Il modello anglosassone dello Stato di diritto come il modello di Stato di diritto*

« Tutti i cittadini — scrive Voltaire — non possono essere egualmente potenti, ma tutti possono essere egualmente liberi: ed ecco quel che gli inglesi hanno finito con l'ottenere... Essere libero significa dipendere soltanto dalle leggi ». A questo risultato è pervenuta, alla fine, « la legislazione inglese: a ristabilire ogni uomo in tutti i diritti della natura, di cui gli uomini sono spogliati in quasi tutte le monarchie. Questi diritti sono: libertà della propria persona e dei propri beni, di parlare alla nazione per mezzo della propria penna, di poter essere giudicati, in materia penale, solo da un *jury* di uomini indipendenti, di non poter essere giudicati in alcun caso altrimenti che secondo i precisi termini della legge; di professare in pace qualsiasi religione ». Tutte queste libertà, in Inghilterra, sono chiamate « prerogative » ed « è, infatti, una grandissima e felice prerogativa... esser sicuro, dormendo, di svegliarsi il mattino dopo con i medesimi beni di fortuna; di non essere strappato, nel colmo della notte, dalle braccia della propria moglie e dei propri figli, per essere condotti in un torrione... »<sup>16</sup>.

Quando Benjamin Constant definisce la libertà dei moderni riprende la definizione della libertà degli inglesi data da Voltaire. Alla riflessione di Voltaire, oltre che a quella di Montesquieu, di Rousseau e di Constant si riallaccia la teorizzazione di Tocqueville. A questa teorizzazione risale il concetto moderno del « dominio della legge », contrapposto a quello « degli uomini », oltre che alla teorizzazione dei « padri fondatori » americani.

Importante è, comunque, rilevare che il miglior pensiero illuminista e liberale francese, nel proporre un modello di Stato di diritto, si riferisce al modello anglosassone, e non potrebbe essere diversamente<sup>17</sup>.

## 2. Il sistema giudiziario dell'« ancien régime »

### 2.1. *Il pluralismo e la legge nell'antico regime*

È stato giustamente osservato che quasi tutti i conflitti che turbano

16. Voltaire, *Governo inglese*, in *Scritti filosofici*, vol. II, Laterza, 1972, p. 597 ss.

17. Montesquieu, Voltaire e Constant operano allo stesso modo in cui opera Tocqueville: assumono cioè dalla esperienza storico-politica (rispettivamente inglese ed americana) un « modello ideale ». La ricchezza del pensiero di Tocqueville vive della confluenza dell'esperienza inglese, francese ed americana.

la storia interna della Francia nel XVI secolo hanno un elemento in comune, e cioè sono causati — o, almeno, prolungati e sostenuti — dalla incessante lotta della corona contro i poteri indipendenti di vari gruppi sociali, di varie istituzioni. La corona concepisce ininterrottamente piani per estendere il suo controllo e per rendere la « volontà del re » effettiva, ma il cuore della resistenza alla volontà del re si trova, paradossalmente, proprio nella « macchina dello Stato »: nella burocrazia, largamente indipendente dal potere reale in ragione della venalità ed ereditarietà delle cariche, e nei giudici<sup>18</sup>.

I poteri del monarca erano teoricamente illimitati. In teoria il re poteva emanare leggi a suo piacimento, visto che non era soggetto alla legge ma la legge era soggetta a lui (governo di uomini e non di leggi).

Le leggi fondamentali del regno, spesso invocate dai parlamenti, non erano obbligatorie per il re. Proprio in ragione di questi poteri teoricamente illimitati si è parlato di « monarchia assoluta » (*legibus soluta*), ma, in realtà, la così detta monarchia assoluta proprio assoluta non era, considerando che era limitata in vario modo, principalmente in ragione della indipendenza della magistratura e del potere dei parlamenti di registrare, e, quindi, rendere noti e pubblicizzare, gli editti e le ordinanze del re<sup>19</sup>.

## 2.2. La giustizia nell'antico regime

Nell'antico regime il re era « la fonte » della giustizia oltre che della legge. La giustizia « emanava » da lui e poteva essere « ritenuta » o « delegata »<sup>20</sup>. Nella normalità dei casi era delegata ma non a giudici funzionari, secondo la riforma di Maupeou, poi imitata da Napoleone, bensì a giudici divenuti sufficientemente indipendenti dal re per aver comprato le pubbliche funzioni.

La giustizia delegata era organizzata a più livelli. In basso la giu-

18. Roger Mettam, *Government and Society in Louis XIV's France*, The Macmillan Press Ltd., London and Basingstoke, 1977, p. IX.

19. Per un'analisi dei limiti e dei freni che il potere reale in quel tempo incontrava, cfr. Roger Mettam, *op. cit.*, p. IX ss.; Jacques Ellul, *Histoire des institutions*, cit., 3, *Le Moyen age*, Presses Universitaires de France, Paris, 1962; Jean-Louis Harouel, Jean Barbery, Eric Bournazel, Jacqueline Thibaut-Payen, *op. cit.*, p. 420 ss.; S.E. Finer, *Lo Stato in prospettiva storica*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1 aprile 1990, p. 4 ss.

20. Cfr. Jean-Louis Harouel, Jean Barbery, Eric Bournazel, Jacqueline Thibaut-Payen, *op. cit.*, p. 348 ss.; Arlette Lebigre, *La justice du roi*, Albin Michel, Paris, 1988, p. 14 ss., 48 ss. Per un ottimo e recente studio relativo all'origine della monarchia francese, cfr. John W. Baldwin, *Philippe Auguste et son gouvernement*, Fayard, Paris, 1991.

risdizione di diritto comune (*le tribunal du prévot*); parallelamente le giustizie dei vari signori e quelle municipali; al di sopra di esse *les sièges de bailliage e de sénéchaussée*; al vertice i *Parlements* e i *Conseils souverains*<sup>21</sup>.

Agli otto parlamenti esistenti nel XVI secolo (Paris, Toulouse, Bordeaux, Rouen, Dijon, Aix, Grenoble, Rennes) si sono aggiunti poi, per annessione di nuove province, quelli di Pau, Metz, Besançon, Douai, Nancy. Il potere maggiore era ovviamente detenuto dal Parlamento di Parigi che aveva una circoscrizione enormemente estesa<sup>22</sup>.

### 2.3. *La patrimonialità delle cariche*

Nell'*Esprit des lois* Montesquieu si dice favorevole alla patrimonialità delle cariche pubbliche, suscitando le ironie di Voltaire<sup>23</sup>. Voltaire definisce la patrimonialità « una simonia più funesta della vendita dei benefici ecclesiastici ».

Tocqueville vede nella patrimonialità delle cariche un presupposto di indipendenza. « Con il suo desiderio di far soldi di ogni cosa il governo ha messo in vendita finanche le pubbliche funzioni, ma, in tal modo, le ha rese più indipendenti; si è tolto così il potere di condizionarle direttamente. Una delle sue voglie (quella di far denaro) ha paralizzato quindi l'altra voglia (quella di concentrare il potere, di dirigere, di dominare) »<sup>24</sup>. Come conseguenza ne è derivato che il governo non è riuscito a portare ad effetto i suoi stessi comandi. « Questa costituzione patologica e bizzarra » (*vicieuse*) delle pubbliche funzioni è però riuscita, secondo Tocqueville; a garantire una sorta di pluralismo istituzionale (*tenait lieu d'une sorte de garantie politique contre l'omnipotence du pouvoir centrale*). Si è trattato, indubbiamente, di una diga irregolare e mal costruita, ma utile al fine di indebolire la concentrazione del potere (*qui divisait sa force et ralentissait son choc*).<sup>25</sup>.

21. Cfr. Jean-Louis Harouel, Jean Barbery, Eric Bournazel, Jacqueline Thibaut-Payen, *op. cit.*, p. 474 ss.

22. Ivi, p. 529 ss.

23. « Vero... che Montesquieu ha la debolezza di dire che la venalità delle cariche negli stati monarchici è opportuna », scrive Voltaire. « Che volete? Era presidente "à mortier" in provincia... Anche allo spirito più filosofico è difficile non pagare il tributo all'amor proprio. Se un droghiere si occupasse di legislazione vorrebbe che tutti comperassero cannella e noce moscata » (*Su Hobbes, Grozio e Montesquieu*, in *Scritti filosofici*, cit., vol. I, p. 577-578).

24. A. de Tocqueville, *L'ancien régime et la Révolution*, Gallimard, 1967, p. 192.

25. *Ibidem*.

Gli storici contemporanei sono sostanzialmente d'accordo con Tocqueville.

« L'assolutismo — scrive André Bourdè — aveva lasciato sussistere i “privilegi” collegati con le “leggi fondamentali”, essenza della monarchia ». Il diritto di proprietà è stato utilizzato per limitare i poteri del monarca <sup>26</sup>.

« Le prerogative parlamentari — scrivono François Furet e Denis Richet — delimitano... una delle differenze fondamentali... quella cioè che distingue il dispotismo dalla monarchia ... Quest'oligarchia dei grandi giudici del regno, pur moltiplicando le prove del suo conservatorismo di casta, pur facendo bruciare l'Emilio e condannando a morte Calas, conserva intatto il favore dell'opinione pubblica urbana » perché fa da argine al potere assoluto del re. Provvisoriamente il parlamento « fa le veci dell'assemblea eletta vagheggiata dal Terzo Stato ». Il sovrano attacca ripetutamente il potere dei parlamenti ma poi finisce immancabilmente per cedere <sup>27</sup>.

La riforma di Maupeou del 1771 tenta di risolvere il problema della « governabilità », come oggi si direbbe, in termini di accentuazione dell'autoritarismo e di negazione del pluralismo, ma, nel 1774, Luigi XVI ristabilisce i violati poteri dei parlamenti e decreta, con ciò stesso, la fine della monarchia assoluta e la sua stessa fine <sup>28</sup>.

Secondo J. Ellul, « dal punto di vista dell'amministrazione, il sistema della venalità delle cariche non ha avuto risultati disastrosi dato che ha fatto entrare nell'amministrazione personale attivo ed intelligente e ha prodotto un'amministrazione indipendente dal potere del re (per il fatto che i funzionari, inamovibili, non andavano a caccia di promozioni) »; com'è accaduto, invece, in Francia, successivamente, ed accade ancor oggi <sup>29</sup>. « Una magistratura del genere è stata in grado di contrastare il potere esecutivo e di garantire gli interessi collettivi » <sup>30</sup>.

Anche per Harouel, Barbey, Bournazel e Jacqueline Thibaut-Payen la venalità delle cariche, per la magistratura, ha avuto, come conseguenza positiva, l'istituzione di funzionari esperti ed indipendenti dal potere politico; negli altri settori del pubblico impiego ha invece prodotto effetti disastrosi: « considerandosi proprietari della particella d'autorità rappresentata dai loro uffici, comprati o ereditati, i pubblici ufficiali si

26. A. Bourdè, *La Lumières*, in G. Duby, *Histoire de la France de 1348 à 1852*, cit., p. 258.

27. F. Furet e Denis Richet, *La rivoluzione francese*, Laterza, 1974, p. 47 ss.

28. A. Bourdè, *op. cit.*, p. 259.

29. J. Ellul, *Histoire des institutions*, cit., 4, Presses Universitaires de France, Paris, 1987, p. 61.

30. *Ibidem*.

sono comportati come titolari di un potere autonomo e si sono sentiti poco propensi all'obbedienza. Molti pubblici ufficiali hanno eseguito gli ordini del sovrano solo nella misura del loro personale tornaconto»<sup>31</sup>.

« Il tema del governo dei giudici — ha affermato Cohen-Tanugi — è uno dei punti di riferimento costanti della classe politica francese, che, con questo mezzo, ha espresso il rigetto del sistema di governo americano e, prim'ancora, il rifiuto del sistema politico nato dalla rivoluzione e del precedente sistema di controllo giudiziario nei confronti della monarchia ... Le crescenti prerogative politiche dei tanto deprecati parlamenti nell'ultimo periodo dell'*ancien régime*, per una parte almeno, hanno rappresentato invece una forma di controllo politico nei confronti del potere assoluto »<sup>32</sup>.

#### 2.4. *Le ragioni di Voltaire e quelle di Montesquieu*

Non si può, comunque, evadere da questi problemi di fondo: i giudici devono essere soggetti alla legge, non possono governare; o, se si vuole, il loro « governare » deve realizzarsi solo nella forma dell'interpretazione e dell'applicazione della legge; ma i giudici devono imporre il rispetto della legge nei confronti di tutti. Nei paesi con costituzioni rigide devono imporre il dominio della costituzione anche nei confronti del parlamento, nelle forme dalle costituzioni previste<sup>33</sup>. Da correlare al più generale principio della soggezione dei giudici alla legge è il principio dell'indipendenza della magistratura. Si evidenziano, così, le rispettive ragioni di Voltaire e di Montesquieu (e Tocqueville): Voltaire intende bene che i giudici non possono divenire legislatori, che un'indipendenza sganciata dal principio della soggezione dei giudici alla legge è un assurdo, che non porta ad altro che al caos o alla... rivoluzione; Montesquieu (e Tocqueville) affermano però che senza l'indipendenza della magistratura il preteso dominio della legge nei confronti di tutti è illusorio. Le due verità vanno, quindi, coordinate e composte. Gli stati di diritto moderni sono impegnati ad operare questa composizione certamente non agevole, ma, per tale operazione, ineludibile risulta il

31. Cfr. Jean-Louis Harouel, Jean Barbery, Eric Bournazel, Jacqueline Thibaut-Payen, *op. cit.*, p. 458. Per una precisa analisi delle alternative alla venalità delle cariche, cfr. Nicole Castan, *Les alarmes du pénal: du sujet gibier de justice à l'Etat en proie à ses citoyens (1788-1792)*, in *Une autre Justice, 1789-1799, Etudes publiées sous la direction de Rober Badinter*, Fayard, 1989, p. 45 ss.

32. L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'état*, Presses universitaires de France, Paris, 1985, p. 86 ss.

33. Nel saggio già citato S.E. Finer trascura la distinzione fra costituzioni rigide e no, che non è certo di poco momento.

principio generale affermato da Montesquieu: il potere deve essere diviso, non concentrato; lo Stato di diritto non può non essere articolato e pluralista.

## 2.5. *Il problema istituzionale della Francia dell'antico regime*

Il problema istituzionale della Francia dell'antico regime è stato quello di non avere un'alternativa fra governo accentrato e governo caotico e cioè di non avere un organo rappresentativo capace di divenire un'alternativa di potere politico reale rispetto alla monarchia. Lo sbocco è stato la rivoluzione che non ha però determinato un nuovo e più valido equilibrio di potere ma ha determinato, invece, una serie di convulsioni che sono sfociate, infine, nel bonapartismo e cioè in una nuova forma di potere concentrato fondato sui plebisciti.

La nascita della democrazia rappresentativa — ha scritto Samuel E. Finer — è troppo ben conosciuta perché sia raccontata di nuovo in tutti i dettagli. Il secolo XVII ha visto il sorgere, tra gli stati europei, di due diversi modi di governare: un modo di tipo autocratico ed un altro di tipo rappresentativo<sup>34</sup>. In precedenza i monarchi erano vincolati non solo da « un profondo impegno politico » nei confronti dei diritti dei sudditi ma anche dal pluralismo di origine feudale. I sovrani spagnoli, francesi, prussiani hanno combattuto aspramente il pluralismo. In alcuni stati più piccoli i ceti sociali hanno contrastato efficacemente il potere monarchico accentrato, ma solo il parlamento inglese è riuscito ad « espropriare il potere del re » e a costituire stabilmente il governo rappresentativo « come tradizione contrapposta all'assolutismo ». Mentre le monarchie francese e prussiana hanno cercato, con successo, di abolire o neutralizzare i rispettivi *corps intermediaires*, gli inglesi non solo hanno perfezionato il potere del parlamento, ma hanno anche esteso la forma di governo rappresentativo alle tredici colonie americane. Fatto decisivo per la successiva « storia del mondo »<sup>35</sup>.

La Francia prerivoluzionaria non aveva istituzioni rappresentative. È proprio questa la differenza capitale rispetto all'Inghilterra. I parlamenti francesi non erano rappresentativi. Con la rivoluzione e con grande spargimento di sangue la Francia si è data, finalmente, un « governo rappresentativo », ancorché « gracile ».

« La monarchia — ha scritto Montesquieu — è la sorgente di ogni potere... ma non concentra in sé tutto il potere, perché è proprio della natura della monarchia di avere, nel suo interno, dei poteri intermedi

34. S.E. Finer, *op. cit.*

35. *Ibidem.*

(*des pouvoirs intermédiaires*), subordinati e dipendenti, che impediscono alla volontà momentanea e capricciosa di un solo di governare e che assicurano la continuità e fissità delle leggi fondamentali »<sup>36</sup>. Montesquieu vede, quindi, le leggi fondamentali come prevalenti, come limite rispetto alla volontà del sovrano, allo stesso modo di Locke, e vede i « corpi intermedi » come utile momento di rottura di un potere che, altrimenti, sarebbe dispotico<sup>37</sup>. In altri termini, Montesquieu distingue monarchia da dispotismo e intende bene che l'azione politica volta a eliminare il pluralismo di origine feudale e a concentrare il potere è cosa deplorabile; ciò che ancora molti in Italia continuano a non vedere.

### 3. L'anarchia dell'« ancien régime » e le possibili soluzioni

#### 3.1. *Il tradizionale orientamento della cultura democratica italiana nei confronti del « governo dei giudici »*

In Italia, tradizionalmente, l'azione dei parlamenti contro il potere monarchico, in quanto volta ad introdurre un indebito « governo dei giudici », è stata giudicata in modo decisamente negativo, specie dagli storici democratici e di sinistra. Un solo esempio. Nella sua storia della rivoluzione francese Gaetano Salvemini include nelle « pochissime buone cose di Luigi XV » la sua strenua lotta contro i poteri del parlamento. Secondo Salvemini, « i parlamenti ... e sopra tutti quello di Parigi raccoglievano le borie, le ambizioni, i pregiudizi dell'alto clero, dell'alta nobiltà, dell'alta burocrazia. Quando il re era debole — osserva Salvemini, citando Carlyle — il suo parlamento gli abbaiava alle calcagne come un cagnaccio, a seconda del grido popolare; quando il re era forte, lo precedeva, invece, latrando e, braccio solerte, gli scovava la selvaggina... I parlamenti si opponevano al re e facevano sfoggio delle dottrine attinte allo Spirito delle leggi, non per migliorare le condizioni del paese, ma per estendere la propria influenza politica, tener soggetto il re alla loro volontà, e condurre a termine la reazione feudale, che era cominciata dopo la morte di Luigi XIV con la reggenza del duca d'Orléans ». Nei tribunali, che il cancelliere Maupeou sostituì ai parlamenti, « la giustizia era organizzata in maniera più economica, meno complicata, più sollecita ... E questo spiega come Voltaire, allora all'apogeo della gloria, si levasse a difendere con calore l'opera di Mau-

36. Per un'analisi della concezione di Montesquieu, cfr. Marcel Prèlot e Georges Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, Dalloz, Paris, p. 469 ss.

37. Cfr. nota 15.

peou »<sup>38</sup>. Salvemini ritiene però necessario che fosse tolta al re « l'autorità assoluta », che fossero create, accanto a lui, « assemblee indipendenti capaci di frenare l'arbitrio dei ministri »<sup>39</sup>. Ma come realizzare tale obiettivo? È questo il vero problema al quale si sono trovati di fronte gli illuministi prima ed i rivoluzionari dopo; problema ancor oggi studiato dagli storici della rivoluzione francese<sup>40</sup>.

La riforma Maupeou non era certo la via per perseguire l'obiettivo indicato da Salvemini.

Con la riforma Maupeou — e con le successive riforme che non hanno avuto però pratico effetto — la monarchia ha inteso consolidare il potere autoritario, seguendo le teorizzazioni di Jean Bodin e di Cardin Le Bret, non certo trasformarsi in monarchia costituzionale soggetta alla legge ed al potere delle assemblee rappresentative<sup>41</sup>.

Il re avrebbe potuto contrastare efficacemente le pretese dei parlamenti convocando gli Stati generali, ma si è guardato bene dal farlo perché ha perseguito la soluzione del conflitto in termini di realizzazione di un potere più accentrato.

Se la monarchia ha dovuto sempre indietreggiare di fronte ai parlamenti ciò è dipeso dalle contraddizioni interne del potere, ma anche dal fatto che i parlamenti avevano una loro legittimità, un loro sostegno, un loro consenso; e l'aspetto progressivo di questa legittimità e di questo consenso era proprio nella divisione dei poteri e nella esigenza di un potere costituzionale, « limitato », diverso da quello perseguito e reclamato dalla monarchia.

Non è necessario condividere la già citata affermazione di Furet e Richet (provvisoriamente, i parlamenti facevano « le veci dell'assemblea eletta vagheggiata dal terzo stato »). A far « le veci » dell'assemblea erano piuttosto i parlamenti quando chiedevano la convocazione degli Stati generali. Questa era la vera richiesta rivoluzionaria o che tale poteva divenire, come, in effetti, sarà.

### 3.2. La riforma Maupeou in contrasto con la prospettiva rivoluzionaria

La rivoluzione francese è un avvenimento storico primario nella

38. G. Salvemini, *La rivoluzione francese*, Feltrinelli, 1965, p. 72 ss.

39. Ivi, p. 74.

40. Cfr. Michelle Vovelle, *La Révolution, 1789-1799*, in G. Duby, *Histoire de la France*, cit., p. 303 ss.; F. Furet e Denis Richet, *op. cit.*, p. 48 ss.

41. Per un'analisi dettagliata della riforma Maupeou e delle successive, cfr. G. Sautel, *op. cit.*, p. 159 ss. Sull'azione dei legisti in favore della monarchia e delle teorie di Bodin, Zampini, Coquille, Le Bret, cfr. J. Ellul, *Le Moyen Age*, cit., p. 350 ss.; M. Prélot, *op. cit.*, p. 335 ss.; Maurice Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Presses Universitaires de France, 1980, p. 402 ss.

storia del mondo, più importante delle rivoluzioni inglese ed americana che l'hanno preceduta<sup>42</sup>.

Perché la rivoluzione? Perché l'*ancien régime* fosse distrutto, lo fosse e dalle fondamenta, lasciando però vivi e vegeti i germogli dei tempi nuovi, le libertà, l'eguaglianza, i diritti dei cittadini, ecc.

Nella Francia dell'*ancien régime* il re (legislatore al di fuori di ogni controllo, salvo quello, in larga parte improprio, garantito dai parlamenti), « fonte di giustizia » e taumaturgo, non riesce a portare avanti alcuna riforma capace di favorire il rinnovamento dello Stato in senso « costituzionale »; anzi si muove in senso contrario, cercando di accentrare il suo potere e di combattere il pluralismo di origine feudale.

Il re è garante della tradizione come interpretata dai suoi giuristi e dai suoi filosofi.

Gli intendenti sono chiamati a controllare, contenere, reprimere i « corpi intermedi », per evitare l'« anarchia »; ma il « vecchio mondo » è in crisi, l'anarchia è espressione della crisi, ne è la manifestazione<sup>43</sup>. Come uscire dalla crisi? In termini di più forte concentrazione del potere (è l'idea di Maupeou) o di un equilibrio costituzionale fra i poteri (è la volontà della prima fase rivoluzionaria). Le idee di Maupeou per nulla coincidono, infatti, con quelle della prima fase rivoluzionaria; occorre prenderne atto, sicché è da concludere che la riforma Maupeou, lodata da Salvemini e, ancor oggi, da molti in Italia, non solo ha il torto di porsi contro la prospettiva pluralistica di tipo feudale, da cui emerge la teorizzazione di Montesquieu e la logica dello Stato di diritto di tipo anglosassone, ma anche di porsi contro la prospettiva rivoluzionaria che, nella sua prima fase, seguendo la logica dei lumi, si colloca nell'alveo delle rivoluzioni inglese ed americana.

#### 4. Le richieste dei rivoluzionari nella prima fase della rivoluzione e la fine del « governo dei giudici »

##### 4.1. *La rottura della coalizione antiassolutistica*

In contrasto con la richiesta del terzo stato, il 21 settembre del 1788 il parlamento di Parigi chiede la convocazione degli Stati generali

42. Perché, secondo l'esatta affermazione di G.D.H. Cole e R. Postgate, (*The Common People*, Methuen & co. Ltd., 1976, London, p. 117), segna la fine del medioevo in Europa e mette in campo le forze che, ancor oggi, continuano ad operare in favore della democrazia o contro.

43. Per una precisa documentazione relativa all'azione degli intendenti, del loro controllo sui parlamenti, ecc., cfr. Roger Mettam, *op. cit.*, p. 140 ss.

secondo le modalità del 1614. All'indomani della delibera i parlamenti, da popolarissimi che erano stati sino ad allora, diventano improvvisamente impopolari; da quella data in poi, infatti, non sono più alleati con la borghesia, con il popolo, con il potere emergente in funzione anti-feudale ed antiassolutistica ma — per loro scelta e cioè per loro incapacità storico-politica — divengono parte subalterna e recalcitrante (come sempre erano stati in precedenza) del sistema di potere assolutistico « debole » (debole anche perché indebolito dalla stessa azione dei parlamenti).

È precisamente questo il momento in cui la borghesia passa dalla battaglia antiassolutistica a quella antifeudale ed egualitaria, condotta, contemporaneamente, contro l'assolutismo e contro i privilegi della società feudale; secondo la sua antica e, si deve aggiungere, « naturale » vocazione. I parlamenti stanno ormai dall'altra parte, dalla quale non sta l'esigenza di una giustizia imparziale, perché essa non coincide con la logica istituzionale feudale dei parlamenti ma coincide, invece, con l'esigenza del potere *under the law* e con il principio di effettiva eguaglianza di « tutti i cittadini » davanti alla legge; tutte rivendicazioni avanzate dai rivoluzionari nella prima fase della rivoluzione. I rivoluzionari francesi non hanno mai chiesto, infatti, una giustizia manipolata; tutto al contrario; anche se la loro esigenza di una giustizia non manipolata essi non l'hanno realizzata, né l'hanno realizzata i governi francesi negli anni successivi.

#### 4.2. *Le insoddisfatte esigenze della prima fase rivoluzionaria*

Il 21 settembre del 1788 il parlamento di Parigi chiede, dunque, la convocazione degli Stati generali secondo le modalità del 1614. È bene insistere su questo aspetto.

Perché questa nostalgia reazionaria? Perché il parlamento di Parigi, confusamente, vuole un potere rappresentativo, vuole la limitazione dei poteri del re ma per conservare i privilegi esistenti nell'*ancien régime* e per rafforzarli nei confronti della monarchia. Il terzo stato vuole, invece, la fine di ogni privilegio. Inizia così il conflitto fra parlamenti e terzo stato. In altri termini, al momento della scelta, « il liberalismo aristocratico si ribella alla spinta egualitaria e si rifugia nel proprio passato » per essere distrutto<sup>44</sup>. « Si tratta di un momento chiave della storia di Francia »<sup>45</sup>.

« Che cos'è il terzo stato? » si è domandato l'abate Sieyès. « Tut-

44. Cfr. F. Furet e Denis Richet, *op. cit.*, p. 49.

45. *Ibidem*.

to. E che cosa è stato finora nell'ordinamento politico francese? Nulla. E che cosa chiede ora di essere? Chiede di essere qualche cosa »<sup>46</sup>. In effetti, gradualmente, nel corso della rivoluzione, chiederà di essere tutto, ma riuscirà a soddisfare la sua richiesta solo con il bonapartismo e con il preciso contributo di Sieyès<sup>47</sup>. « Non domandate... quale posto, nell'ordine sociale, debbano oggi occupare i privilegiati: tanto varrebbe stabilire quale sede, nel corpo malato, si debba assegnare all'umore maligno che lo corrode... quale sede assegnare alla malattia... che gli divora la carne »<sup>48</sup>. Analisi corretta. I parlamenti in libera uscita sono stati espressione della malattia generale del corpo politico dell'*ancien régime*, ma, come già evidenziato, la guarigione non poteva né doveva essere, anche dal punto di vista dei rivoluzionari, il dispotismo regio, né altro tipo di dispotismo. Vero però che la rivoluzione ha imposto, nei fatti, un altro tipo di dispotismo, un altro tipo di dittatura, delle assemblee prima e dell'esecutivo dopo, il che vuol dire che la Francia non ha risolto bene il problema posto dalla rivoluzione: la costituzione di un governo rappresentativo pluralista, con governo della legge al posto del governo degli uomini e con « effettiva vigenza » del principio dell'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge.

#### 4.3. *I rivoluzionari non hanno chiesto la fine del « governo dei giudici »*

Nel suo saggio *Che cosa è il terzo stato?*, Sieyès non chiede la fine del governo dei giudici ma chiede solo la fine dei privilegi e l'instaurazione di un governo costituzionale rappresentativo che tenga conto del potere effettivo del terzo stato<sup>49</sup>. I *cabiers de doléances* non chiedono

46. Emmanuel-Joseph Sieyès, *Saggio sui privilegi - Che cosa è il terzo stato?*, Editori riuniti, 1972, p. 55.

47. Sieyès, l'« oracolo del terzo stato », la « talpa della rivoluzione », apre la rivoluzione (suo il decreto con il quale il 17 giugno 1789 l'Assemblea del terzo stato si trasforma in Assemblea nazionale e cioè in organo rappresentativo generale della nazione), l'alimenta con i suoi famosi saggi e poi la « chiude » con il bonapartismo (è lui, infatti, ad architettare e a dirigere il colpo di Stato del 18 brumaio dell'anno VII). Da notare che il potere assoluto nasce in Francia dall'alleanza fra monarchia e terzo stato. « In Gran Bretagna nobili e borghesi si alleano contro la monarchia » per costruire insieme il potere antiassolutistico, rappresentativo e democratico; in Francia, invece, monarchia e terzo stato si alleano fra loro per costruire il potere accentrato »: M. Duverger, *op. cit.*, p. 402 ss. Su questo punto cfr., inoltre, Albert Soboul, *Feudalesimo e Stato rivoluzionario*, Guida, 1979, p. 171 ss.

48. Sieyès, *op. cit.*, p. 127.

49. Quando, nel saggio citato, Sieyès discute del potere giudiziario, discute dell'esigenza di introdurre il sistema « democratico » della giuria, « il solo capace di proteggere dagli abusi del potere giudiziario, così frequenti e temibili dovunque non si sia giudicati dai propri pari ». Immediatamente dopo, per evitare gli ordini

la fine del governo dei giudici; chiedono, invece, la fine degli abusi dell'*ancien régime*. Nei *cabiers* i parlamenti vengono criticati — quando vengono criticati — in quanto luoghi di arbitrio, non in quanto luoghi di controllo del potere arbitrario del re.

Nella prima fase della rivoluzione, i rivoluzionari per nulla vogliono la concentrazione dei poteri; vogliono, invece, l'eguaglianza, la libertà, la divisione del potere e la cessazione degli arbitrii, non solo di quelli praticati dalla « giustizia delegata ».

#### 4.4. *La fine del « governo dei giudici »*

Per le ragioni politiche evidenziate, la borghesia al potere ha spazzato via prontamente il « dispotismo giudiziario ».

Il 4 agosto 1789 sono soppresse le giurisdizioni feudali e la venalità delle cariche.

Il 3 novembre sono mandati in « vacanza » i parlamentari.

Il 6 settembre 1790 sono soppressi i parlamenti.

Il primo floreale, anno II, giorno di Pasqua, l'ultimo presidente del parlamento di Parigi, Bochart de Saron e i suoi *présidents à mortier* (Molé de Champlatreux, Lefèvre d'Ormesson, Pasquier de Coulans), insieme a venticinque parlamentari, sono condotti davanti al Tribunale rivoluzionario, giudicati in tre ore e ghigliottinati la sera stessa<sup>50</sup>.

Ha avuto termine, così, in Francia, il « dispotismo giudiziario », ma ha avuto inizio un nuovo, temibile, dispotismo.

### 5. **La critica di Voltaire al velleitario tentativo di governo dei giudici**

#### 5.1. *Il velleitario tentativo di governo dei giudici*

« Chi osservi attentamente la lotta dei parlamenti contro il potere reale — scrive Tocqueville — si renderà conto che essa si svolge quasi sempre sul terreno politico, e non sul terreno della mera amministrazione... In contestazione non è il potere amministrativo ma il legislativo »<sup>51</sup>. È così colto l'aspetto cruciale della questione. I parlamenti pre-

illegali « emanati dal potere esecutivo », tratta dell'esigenza di una « buona Costituzione ». « Ogni governo rappresentativo deve avere una Costituzione ». Il potere legislativo spetta all'organo rappresentativo della nazione da costituire partendo dagli Stati generali (*op. cit.*, p. 90 ss.).

50. Cfr. Henri Dontenville, *Magistrats et Révolution*, in *Une autre Justice*, cit., p. 345 ss.

51. A. de Tocqueville, *op. cit.*, p. 130.

tendono appropriarsi della funzione legislativa pur non essendo rappresentativi e pur non essendo dotati di potere politico. L'assurdità dell'operazione risulta evidente.

A partire dagli anni della Fronda i parlamenti elaborano la « teoria delle classi ». Secondo questa teoria, priva di ogni base storica, i parlamenti sarebbero nati, per successivi frazionamenti, da una matrice originaria unica, *les plaids généraux* dei re franchi e dalla *Curia regis* dei primi capetingi. In conseguenza, tutti i parlamenti del regno sarebbero stati nient'altro che sezioni staccate (« classi ») di un'unica istituzione: il grande *Parlement de France*, con funzione autonoma e sovrana<sup>52</sup>.

In forza di questa immaginosa teoria i parlamenti hanno cercato di affermarsi, di fronte al re — titolare reale del potere politico, per quanto condizionato ed indebolito —, come depositari del diritto nazionale e, in particolare, del diritto di registrare o non registrare le ordinanze reali (e cioè di promulgare o no gli atti amministrativi e legislativi espressi dalla monarchia). In base a questa teoria il re neanche avrebbe potuto ordinare la promulgazione degli editti mediante i famosi « letti di giustizia » (recandosi cioè personalmente presso i parlamenti e togliendo così ai parlamenti il loro potere di giustizia « delegata »)<sup>53</sup>.

La teoria delle classi mostra, in modo chiaro, che, nell'antico regime, da parte dei parlamenti vi è stato effettivamente un tentativo di governo dei giudici, ma del tutto velleitario; tentativo reso possibile — come già evidenziato — dalla generale situazione di anarchia e dal sostegno che i parlamenti hanno, via via, ricevuto dalle forze emergenti della società, impegnate a costruire un nuovo ordine.

Come anche l'analisi relativa agli Stati Uniti mostra, il governo dei giudici (o, se si vuole, il tentativo di governo) è possibile solo sul presupposto dell'esistenza di forze sociali emergenti in grado di sostenerlo<sup>54</sup>. I giudici « da soli » non possono, ovviamente, mutare o tentare di mutare gli equilibri politici di uno Stato<sup>55</sup>. In presenza di un tentativo o di un preteso tentativo di governo dei giudici occorre, quindi, sempre cercare di individuare le forze politiche emergenti che fanno da supporto.

52. Cfr. Jean-Louis Harouel, Jean Barbery, Eric Bournazel, Jacqueline Thibaut-Payen, *op. cit.*, p. 531.

53. Nell'*ancien régime* gli atti legislativi prendono promiscuamente il nome di editti, ordinanze, decreti (cfr. J. Ellul, *Le Moyen Age*, cit., p. 374).

54. Cfr. V. Accattatis, *Mito e realtà del « governo dei giudici »*. *L'esperienza degli Stati Uniti*, cit.

55. Per un'analisi di questi aspetti cfr. D.G.T. Williams, *L'indipendenza dei giudici in Inghilterra*, in *Rassegna dei magistrati*, ottobre 1964, p. 339; V. Accattatis, *Indipendenza e politicizzazione dei giudici nella storia dell'Associazione nazionale magistrati*, in questa *Rivista*, 1986, p. 750 ss.

## 5.2. La critica di Voltaire

Voltaire critica i parlamenti in base agli esatti rilievi che essi non sono rappresentativi e che i giudici sono soggetti alla legge e non possono non esserlo. Aderisce alla riforma Maupeou per il fatto che questi è fautore non di un sistema democratico (come Rousseau) o di divisione di poteri (come Montesquieu), ma di un sistema di « dispotismo illuminato »; ma, ovviamente, chi non è fautore del dispotismo, illuminato o meno che sia, non può aderire alla posizione di Voltaire.

Voltaire « loda il sistema rappresentativo inglese — ha osservato René Pomeau —, ma mai ha espressamente chiesto l'istituzione in Francia di una Camera dei comuni del tipo inglese », e neppure — occorre aggiungere — ha criticato il re per aver congelato gli Stati generali, l'unico organo in certo senso rappresentativo della nazione<sup>56</sup>. Voltaire indica, comunque, con precisione la debolezza delle pretese parlamentari: « ... Consentitemi, quando fate delle rimostranze alle quali avete diritto, di dirvi ancora (*de vous remontrer*) che non esiste alcun organo giudiziario al mondo che abbia osato condividere il potere sovrano »<sup>57</sup>.

Evidentemente Voltaire non considera l'azione dei giudici inglesi del XVII secolo, né considera che la *common law*, anche dopo la rivoluzione del XVII secolo, dà ai giudici « potere di governo »<sup>58</sup>. Ancor oggi i giudici inglesi sono soggetti alla legge ma in modo diverso dai giudici continentali.

« Un equivoco — afferma Voltaire — ha prodotto i problemi in cui ci troviamo, il termine “parlamento”, che in Inghilterra significa Stati generali, vi ha fatto credere che voi foste gli Stati generali francesi; almeno, voi vi siete comportati come se foste gli Stati generali, o come se ne foste l'ombra. Ambizione naturale e perdonabile per degli ordini che hanno molti componenti degni di rappresentare la nazione e di difendere i suoi diritti. Ma, in nome della verità, cercate di stabilire bene ciò che voi in effetti siete: voi siete dei giudici, non dei rappresentanti del paese »<sup>59</sup>.

È chiaramente colto, così, il punto focale della questione, come pure l'aspetto posto in evidenza da Furet e Richet: i parlamenti si comportavano come se facessero le veci dell'assemblea eletta vagheggiata

56. R. Pomeau, *Politique de Voltaire*, A. Collin, coll. U., Paris, p. 27 (cito da M. Prèlot e G. Lescuyer, *op. cit.*, p. 426).

57. Cito da M. Prèlot e G. Lescuyer, *op. loc. cit.*

58. Voltaire, peraltro, conosce solo superficialmente il sistema inglese di governo: cfr. M. Prèlot e G. Lescuyer, *op. loc. cit.*

59. Cito sempre da M. Prèlot e G. Lescuyer, *op. cit.*, p. 427.

dal terzo stato. Nell'imminenza della rivoluzione, e fino al 21 settembre 1788, dal terzo stato sono stati accettati ed osannati in quanto « ombra », per dirla con Voltaire, del reclamato organo di rappresentanza.

Ovviamente, non l'equivoco verbale relativo al termine parlamento ha generato i mali, ma la crisi del sistema di potere dell'*ancien régime*, da risolvere, secondo Voltaire, in termini di dispotismo illuminato. Soluzione inaccettabile.

Si deve convenire con Salvemini che i parlamenti si opponevano al re non per migliorare le condizioni del paese, ma per « estendere la propria influenza politica ». Non si conviene invece con la sua tesi che i parlamenti cercavano di tenere il re « soggetto... alla loro volontà ». A prescindere da ciò che essi più o meno confusamente « volevano », i parlamenti hanno operato da argine al potere reale ed è questo lo storico, « oggettivo » aspetto da sottolineare. Secondo Salvemini i parlamenti hanno « voluto condurre a termine la reazione feudale ». I parlamenti hanno invece confusamente lavorato in due direzioni: 1) per mantenere i propri privilegi, accrescerli e contrastare le forze progressive della società impegnate a rovesciare l'antico regime ed a costituire una società egualitaria (più egualitaria rispetto a quella del passato), come la delibera del 21 settembre rende chiaro; 2) per affermare il primato della legge rispetto a quello degli uomini e per contrastare il potere assoluto del monarca in una prospettiva pluralista (teorizzazione di Montesquieu) e, in particolare, nella prospettiva che fosse creato un organo rappresentativo, partendo dagli Stati generali. Operazione politica, quest'ultima, da giudicare positivamente.

Per intendere quanto accadeva in Francia nel XVIII secolo occorre, comunque, mettere in campo le categorie dell'« ambiguità » e dell'« autocontraddizione ».

Non vi era, infatti, nulla di chiaro, di lineare e di non contraddittorio nell'*ancien régime*, sicché, se si vogliono « cogliere gli avvenimenti », occorre cercare di uscire dalle impostazioni soggettive (ciò che i parlamenti « volevano » o « non volevano »); occorre cercare di poggiare più solidamente i piedi sul terreno delle oggettività (ciò che i parlamenti hanno fatto o non hanno fatto in concreto, nel momento storico dato).

La vera questione sottesa al conflitto istituzionale nell'*ancien régime*, come oggi sappiamo e come gli uomini in quel tempo non sapevano o intuivano più o meno confusamente, era, comunque, questa: governo di leggi o di uomini? Nel suo saggio *Che cosa è il terzo stato?* Sieyès tratta, precisamente, di tale questione. I parlamenti cercavano di imporre al re le « leggi fondamentali » del regno, i costumi, le con-

suetudini; il re, al contrario — è questo il punto cruciale di discussione —, pretendeva di essere *legibus solutus*.

In definitiva, come indicato da Tocqueville, i parlamenti sono da vedere come una « diga irregolare e mal costruita ma utile al fine di indebolire la concentrazione del potere ». Chi ripudia la concentrazione del potere non può non aderire a questa conclusione. Chi resta legato a soluzioni di « dispotismo illuminato » aderisce, ovviamente, alla « soluzione Maupeou ».

L'orientamento politico-culturale di Voltaire va analizzato con riferimento ad un ulteriore profilo. Voltaire è fautore del « dispotismo illuminato ». Di fronte al caos generale, cerca di affrontare il problema della « governabilità », come oggi si direbbe, in termini di amputazione del pluralismo (che, nell'ottica di Voltaire, « produce il caos ») e di razionalizzazione e rafforzamento del potere esecutivo. Salvemini, in definitiva, fa proprio l'orientamento « decisionista » di Voltaire, ben presente ancor oggi in Italia. Si tratta di una sorta di incapacità di affrontare i problemi politico-sociali-istituzionali nella loro complessità e di cercare di risolverli facendo salvi i valori della democrazia.

## 6. La responsabilità storica dei parlamenti

Un altro aspetto è da rimarcare. L'idea-forza della rivoluzione nasce proprio dai parlamenti: convocare gli Stati generali, il solo organo « rappresentativo » della nazione<sup>60</sup>. Lanciando questa idea-forza i parlamenti dicono, insieme, tre cose: 1) affermano, ancora una volta, che la sovranità assoluta del monarca è cosa inaccettabile; 2) di contro alle pretese monarchiche, reclamano un sistema rappresentativo; 3) dichiarano, quindi, implicitamente, di non essere politicamente organi rappresentativi. Immediatamente dopo i parlamenti, però, si tirano indietro e... sono travolti. Indubbiamente i parlamenti chiedono gli Stati generali in difesa dei loro privilegi ma, ciò nonostante, nel momento in cui li impongono al re essi rappresentano la punta avanzata del movimento prerivoluzionario, come il terzo stato riconosce.

Nel corso della rivoluzione il sistema rappresentativo francese vie-

60. Naturalmente, « organo rappresentativo » in un rapporto conflittuale con le prerogative della corona. Gli Stati generali sorgono come organo di « consiglio » del re, ma poi si evolvono divenendo il solo « organo rappresentativo » lontanamente comparabile con il parlamento inglese; organo capace di contrapporsi e di essere contrapposto al potere della Corona. Cfr. J. Ellul, *Le Moyen Age*, cit., p. 363 ss.; M. Duverger, *op. cit.*, p. 44 ss.

ne costituito proprio a partire dagli Stati generali imposti al re dai parlamenti. L'errore « politico » dei parlamenti — insisto ancora su questo aspetto — è stato quello di contrapporsi successivamente alle richieste del terzo stato (assemblea unica con voto per singolo rappresentante). È da questo momento in poi che i parlamenti si pongono contro il corso progressivo della storia.

Occorre ancora ritornare sulla data, veramente cruciale, del 21 settembre 1788. I parlamenti, invece di appoggiare il terzo stato nella sua richiesta, ora scelgono in favore dei loro privilegi e della subalternità al potere della monarchia, mentre, nel XVII secolo, i giudici inglesi avevano scelto nel senso dell'alleanza con il parlamento e dell'opposizione al re. Si registra qui una divaricazione profonda fra la storia della Francia e quella dell'Inghilterra.

I giudici inglesi hanno scelto però per un potere rappresentativo, mentre in Francia il potere rappresentativo della nascente borghesia era ancora di là da venire. Nascerà in opposizione alle classi privilegiate e al potere giudiziario, piuttosto che in opposizione al potere del re. È questo, a mio avviso, un aspetto focale della storia istituzionale della Francia moderna. Da questo avvio deriva lo sviluppo rivoluzionario nel senso della concentrazione del potere.

Il punto focale è, comunque, proprio nel fatto che la Francia non aveva saputo costruire un sistema rappresentativo.

Il momento della costruzione del sistema rappresentativo, per riassumere ancora e fissare bene le idee su questa importante questione, si svolge in due tempi: 1) convocazione degli Stati generali; 2) modo di convocazione.

Nel primo momento, parlamenti e terzo stato sono alleati. Se il 21 settembre i parlamenti non si fossero tirati indietro, la Francia avrebbe potuto avere uno sviluppo istituzionale in termini di divisione dei poteri. La scelta dei parlamenti non solo ha rappresentato la condanna storica per i parlamenti stessi ma è stata il primo momento della involuzione per la quale la rivoluzione è incominciata a precipitare verso esiti autoritari. La responsabilità storica dei parlamenti però si attenua, perché, come già notato, essi non hanno scelto la subalternità al re in presenza di un potere legale rappresentativo esistente alternativo rispetto agli Stati generali. Si attenua, inoltre, perché le leggi fondamentali del regno erano nel senso di una certa tradizionale — anche se fluttuante — composizione degli Stati generali (assemblee separate dei tre stati)<sup>61</sup>. Il 21 settembre 1788 i parlamenti avrebbero dovuto decidere

61. Cfr. J. Ellul, *Le Moyen Age*, cit., p. 363 ss. Per la discussione delle rela-

di partecipare ad una lotta rivoluzionaria per la ristrutturazione profonda della società in conformità delle idee illuministiche e liberali che pure nei parlamenti albergavano e avrebbero dovuto quindi appoggiare la scelta profondamente innovativa e prerivoluzionaria del terzo stato, come Sieyès chiedeva; la prevalenza in essi della componente tradizionalista ha però ostacolato questa scelta, con le conseguenze analizzate.

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

Nel saggio *A government of judges: an historical review*, M.H. Davis si è occupato dell'uso ideologico dell'espressione « governo dei giudici », espressione adoperata per la prima volta da E. Lambert in critica al governo dei giudici conservatori americani<sup>62</sup>.

Il governo abusivo dei parlamenti è stato vituperato nella Francia rivoluzionaria e post-rivoluzionaria, ma — è da domandare — quanto in questo giudizio vi è di verità storica e quanto di ideologia, di volontà cioè di praticare forme di governo accentrato, di tipo assembleare o bonapartista? Molto, evidentemente, vi è di ideologia, per le ragioni già evidenziate e che qui si riassumono. In primo luogo perché il conflitto fra parlamenti e sovrano è parte di una generale crisi politica che va ben al di là del conflitto di « singoli poteri » (una simile impostazione è del tutto moderna), legislativo-giudiziario, come ha bene rilevato Tocqueville (è parte cioè del conflitto che riguarda la generale organizzazione del sistema politico dell'*ancien régime*). In secondo luogo perché il pluralismo sociale ed istituzionale, eredità della società feudale, è da considerare cosa positiva e non negativa, come bene ha mostrato Tocqueville e come a tutti dovrebbe oggi risultar chiaro. Inoltre perché — come pure evidenziato — anche nella prospettiva della prima fase rivoluzionaria il superamento del conflitto sarebbe dovuto avvenire non in termini di concentrazione del potere sovrano ma in termini di costituzione di un reale sistema rappresentativo, con sottomissione non solo del giudiziario, ma anche dell'esecutivo e del legislativo al dominio

tive questioni di costituzionalità, avvertite come tali, cfr. Sieyès, *op. cit.*, pp. 93, 103, 104; Michel Winock, *1789 - L'année sans pareille - Cronique*, Editions Olivier Orban, Paris, opera resa in articoli per *Le Monde* (pubblicati fra l'11 luglio ed il 2 settembre del 1988), tradotti dall'*Unità* a cura di Carlo Ricchini e Luisa Melograni (dalla versione italiana, p. 53 ss.).

62. Cfr. M.H. Davis, *A government of judges: an historical review*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 35/1987, p. 559. Per un più ampio resoconto sul saggio di Davis, cfr. V. Accattatis, *Mito e realtà del « governo dei giudici »*, ecc., cit. Il saggio di Davis sarà meglio analizzato in seguito.

della legge e con costituzione di un potere giudiziario realmente indipendente.

## 8. L'equilibrio del potere in Inghilterra e in Francia dopo le rispettive rivoluzioni

### 8.1. *La concentrazione del potere in Francia*

A seguito delle rispettive rivoluzioni (del XVII e del XVIII secolo) il potere politico in Inghilterra ed in Francia si è assestato, quindi, in modo molto diverso: in Inghilterra in termini di supremazia assoluta del parlamento e di soggezione dei giudici alle leggi, in Francia di dominio assoluto o quasi assoluto delle assemblee o del potere esecutivo e di continua manipolazione del giudiziario.

« È certo che i popoli — ha scritto Rousseau nell'Enciclopedia (voce *Economia politica*) — sono, alla lunga, ciò che il governo li fa essere ». L'affermazione non può essere condivisa. I governi sono espressione di una determinata società. La società inglese si è evoluta in un determinato modo ed ha costituito governi sostenuti dal potere del parlamento; la società francese si è evoluta, invece, in altro modo, seguendo la sua tradizione di concentrazione del potere.

Il principio della divisione dei poteri è scritto nell'art. 16 della dichiarazione francese dei diritti dell'uomo, ma viene presto rinnegato: « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée et la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ». Nell'Assemblea costituente Lally-Tollendal illustra così la norma: « Un potere unico finirà necessariamente per divorare tutto. Due si combatteranno fino a che l'uno riesce a schiacciare l'altro. Ma tre si manterranno invece in un perfetto equilibrio, nel senso che se due lotteranno fra loro il terzo si porrà in difesa di quello che rischia di essere oppresso e ristabilirà l'equilibrio ».

Analisi corretta. Tale è stato, anche se con difficoltà, l'andamento delle cose negli Stati Uniti d'America; ma in Francia, a partire dalla Convenzione, il potere ha avuto un'evoluzione diversa; è ritornato nel vecchio alveo, nella vecchia corrente.

« Con la Convenzione — ha scritto, con acutezza, Jacques Ellul — la rivoluzione è parsa come un mutamento di regime politico », ma in effetti non vi è stato mutamento « del modo di evoluzione dello Stato ». Tutto al contrario, l'evoluzione dello Stato francese, iniziata nel XIV secolo in termini di sempre maggiore autoritarismo e concentrazione di potere, è stata portata avanti dalla rivoluzione a stadi ulteriori. La ri-

voluzione, si può dire, ha comportato « una crescita dello Stato nel senso della concentrazione »<sup>63</sup>.

### 8.2. *La Francia dopo la caduta di Napoleone*

Dopo la caduta di Napoleone la Francia guarda di nuovo all'Inghilterra ed agli Stati Uniti per trarre ispirazione liberal-democratica. Le rivoluzioni del 1830 e del 1848 sono dominate dalla volontà di innovare rispetto alla tradizione autocratica francese rinsaldata, dopo la rivoluzione, con i plebisciti (parodia autoritaria del principio di sovranità diretta) ed il bonapartismo, ma le assemblee rappresentative francesi, fino al 1870, controbilanciano più che dirigere il potere esecutivo.

La Repubblica che nasce in Francia, nel 1870, dopo la disfatta, instaura finalmente un sistema rappresentativo parlamentare analogo a quello sorto in Inghilterra nel XVII secolo; con la differenza però che il giudiziario resta sempre sottomesso alle manipolazioni del potere politico, secondo la tradizione francese successiva alla rivoluzione; il bilanciamento dei poteri resta, quindi, sempre monco e parziale<sup>64</sup>.

La Costituzione gollista del 1958, ancor oggi in vigore — guardata in Italia con cupidigia da quanti vogliono instaurare la repubblica presidenziale —, rappresenta un ritorno alla tradizione autoritaria francese del potere concentrato.

### 8.3. *La tradizione autoritaria che molti in Italia oggi cercano di rinverdire*

« In Francia la libertà è antica — ha scritto Montesquieu — il dispotismo è moderno ». Guido de Ruggiero ha iniziato con questa frase di Montesquieu la sua storia del liberalismo europeo. Le parole di Montesquieu, secondo de Ruggiero, non sarebbero prive di verità storica, visto che, ovviamente, prima del costituirsi della monarchia assoluta, in Francia, come altrove in Europa, vi era stato il feudalesimo, per sua natura pluralistico<sup>65</sup>.

Va osservato però che a noi interessa ben poco oggi la libertà francese esistente in epoca feudale, mentre ci interessa molto di più la storia « profonda » del potere francese a partire dalla monarchia assoluta e fino ad oggi.

63. J. Ellul, *Histoire des institutions*, 5, Presses Universitaires de France, Paris, 1982, p. 85.

64. J.P. Machelon, *La République contre les libertés?*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1976. I concetti espressi nel testo saranno di seguito ampiamente elaborati.

65. G. De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo*, Laterza, 1984, p. 1.

La storia « profonda » del potere francese moderno è proprio quella descritta da Jacques Ellul.

Con le sue armate Napoleone ha esportato non solo la rivoluzione di tipo francese, con abbattimento dei precedenti regimi feudali (in particolare in Italia) ma ha anche esportato il modello di potere accentrato del tutto congeniale alle varie organizzazioni di tipo monarchico che egli ha abbattuto nel corso del suo passaggio. Con le sue conquiste, Napoleone ha esportato una certa concezione della « volontà generale » fondata sui plebisciti e sulle sue manipolazioni. È un'eredità che in Italia molti vogliono oggi rinverdire<sup>66</sup>.

66. Avendo letto il presente libro in fase di elaborazione, il professor Paolo Viola mi ha espresso un giudizio lusinghiero ma ha anche manifestato le sue riserve sul concetto di storia « profonda » del potere francese di tipo monarchico-cesaristico da me formulato seguendo l'analisi di Ellul. Ecco un ottimo argomento di discussione. La mia analisi storica è, peraltro, sostanzialmente concordante con quella espressa dal professor Viola nel saggio *Il trono vuoto* (Einaudi, 1989); in particolare circa la relativa, positiva azione dei parlamenti francesi nell'imminenza della rivoluzione. Per un mio più ampio giudizio sul saggio del professor Viola cfr. V. Accattatis, *Il governo dei giudici fra realtà e ideologia*, in *Invarianti*, n. 23/1992-1993.



## 2. La difficile lotta per la realizzazione in Francia dell'indipendenza della magistratura

### 1. Il « governo dei giudici » e i « giudici del governo ».

Lo Stato di diritto in Italia è stato normalmente considerato secondo modelli astratti e non, invece, secondo modelli storici concreti; si sono analizzate le idee di Montesquieu e di altri autori piuttosto che esaminare lo Stato di diritto così come si è concretamente realizzato in Gran Bretagna, negli Stati Uniti e in Francia (i tre modelli fondamentali di riferimento).

Non si deve dimenticare che è il modello francese, di stampo bonapartista, ad essersi realizzato concretamente in Italia e che è, quindi, questo a dovere essere più attentamente analizzato, anche perché molti in Italia continuano ad ispirarsi proprio ad un modello del genere.

La lotta per la realizzazione dello Stato di diritto in Italia è stata — e per larga parte è ancora — lotta per l'emancipazione dal modello bonapartista. È questo il concetto di fondo da cui occorre partire.

La storia della magistratura francese è, per noi, ricca di insegnamenti di vario tipo. È dalla Francia che ripetiamo il concetto (o, se si vuole, il mito) del giudice elettivo; è con la Francia che possiamo fare utili paragoni con riferimento sia al ruolo e alla funzione del Consiglio superiore della magistratura, sia al potere del Capo dello Stato in funzione di suo presidente, sia agli ostacoli che il Consiglio superiore può incontrare.

Attualmente, poi, in Francia si discute molto sulla giustizia che, mai come adesso, si è trovata strettamente collegata alla politica: « affari » Prouteau, Chaumet, Luchoire, Air Inter, Gordji, Michel Droit, false fatture di Lione. Si tratta di una discussione molto istruttiva anche per noi.

I rapporti fra giustizia e politica, in Francia, sono sempre stati intricati e la situazione attuale non fa eccezione, come hanno rilevato numerosi osservatori.

« La tradizione costituzionale francese — ha scritto R. Hadas-Lebel — è stata sempre diffidente verso il potere giudiziario, a partire dal 1789. Indebolita da due secoli di crisi e di controversie, la magistratura è oggi dilacerata fra l'indipendenza teoricamente riconosciuta dalla Costituzione ed il sistema gerarchizzato nella quale è costretta. È troppo facile dire che la giustizia è “agli ordini”, che è sottomessa ed accusare i magistrati di “rendere servizi in luogo di sentenze”; se la si lascia in condizioni di reale dipendenza, non si possono conseguire diversi risultati. Le pressioni politiche sui magistrati sono sempre esistite ed i governi, di destra o di sinistra, hanno sempre preferito ai giudici indipendenti quelli compiacenti. I cittadini francesi, fra l'altro, mai hanno avuto per i propri giudici il rispetto che hanno i cittadini dei paesi anglosassoni »<sup>1</sup>.

« La Francia — ha osservato a sua volta J.D. Bredin — intrattiene con la giustizia una relazione malata. L'indipendenza, ancor oggi, è affidata alla virtù personale del giudice, al suo coraggio. La politica costituzionale francese è stata sempre, comunque, nel senso di garantire una magistratura dipendente. È pertanto cosa cinica denunciare la dipendenza dei giudici quando la società è impegnata a garantirla. La verità è che la Francia non sopporta istituzioni indipendenti. Questa nazione, che si pretende sinceramente amante della libertà, mal tollera i meccanismi democratici, non sopporta i contropoteri. In Francia si amano i simboli ma non le istituzioni veramente indipendenti. La stessa Corte costituzionale non è stata istituita per controllare ma per proteggere il governo dai possibili “abusi” del potere legislativo »<sup>2</sup>.

Nello stesso senso si è espresso Ch. de Brie: « In Francia mai l'istituzione giudiziaria è riuscita a costituirsi come potere indipendente ed autonomo. Privati, sin dall'origine, del controllo di costituzionalità delle leggi e privati, inoltre, delle controversie fra cittadini ed amministrazione; organizzati, nel corso dei secoli, su modello militare, con progressione di carriera nelle mani dell'esecutivo e della gerarchia ... con commistione fra giudici e pubblici ministeri sottoposti al guardasigilli, i magistrati francesi hanno dietro di sé una lunga tradizione di dipendenza. Quasi ad ogni mutamento di regime, a partire da Napoleone I, purghe, epurazioni e giuramenti di fedeltà ... La giustizia è stata così mantenuta sottomessa »<sup>3</sup>.

La storia dell'indipendenza della magistratura francese — come

1. R. Hadas-Lebel, *Du bon usage d'un malaise*, *Le Monde*, 24 dicembre 1987.

2. J.D. Bredin, *Insupportable indépendance*, *Le Monde*, 20 novembre 1987.

3. Ch. de Brie, *La justice française en procès*, *Le Monde diplomatique*, febbraio, 1988.

quella della magistratura italiana — è, in effetti, la storia della sua dipendenza.

« Il tema del “governo dei giudici” — ha osservato Cohen-Tanugi — è uno dei punti di riferimento costanti della classe politica francese che, con questo mezzo, ha espresso il rigetto del sistema di governo americano e, prim'ancora, il rifiuto del sistema politico nato dalla rivoluzione e del precedente sistema di controllo giudiziario nei confronti della monarchia »<sup>4</sup> (cioè del « potere diviso »). La rivoluzione francese ha detto no al governo dei giudici e questo no è stato poi, più o meno, ripetuto da tutti i governi francesi successivi. Rifiuto legittimo, se si considera che il governo dei giudici è il peggior governo possibile; rifiuto legittimo nei confronti delle « indebite supplenze », come oggi si direbbe in Italia; ma non certo nei confronti dei controlli di legalità demandati nello Stato democratico e costituzionale alla magistratura, salvo a volerne distruggere un caposaldo fondamentale: il principio dell'eguaglianza di tutti i cittadini — ricchi o poveri, potenti o deboli — davanti alla legge. « Le crescenti prerogative politiche dei tanto deprecati parlamenti nell'ultimo periodo dell'*ancien régime*, per una parte almeno, hanno rappresentato una forma di controllo politico nei confronti del potere assoluto, un suo contenimento »<sup>5</sup>.

In effetti, a partire dalla rivoluzione e salvo alcuni periodi — II, III e IV Repubblica — lo Stato francese ha configurato la forma del cesarismo moderno. Il gollismo, cui molti uomini politici italiani, non solo di destra, oggi si richiamano, è da considerare la forma attuale del cesarismo francese da cui occorre mantenere accurate distanze; sia detto questo nel quarantaduesimo anniversario della Costituzione repubblicana italiana, che ha configurato un sistema di potere completamente diverso, e nel trentaduesimo della Costituzione gollista del 1958.

« Un incremento in Francia del potere dei giudici — ha scritto ancora Cohen-Tanugi — garantirebbe oggi una più ricca forma di democrazia »<sup>6</sup>. Come dubitarne?

Il governo dei giudici è da rifiutare, ma sono anche da rifiutare i giudici del governo. Occorrono invece giudici veramente indipendenti, consapevoli di mantenere un accurato *self-restraint*, ma anche capaci e decisi nel far valere la *rule of law* nei confronti di “chiunque”. È questo, in effetti, un fondamentale presupposto dello Stato di diritto.

« La giustizia in Francia — ha scritto Hubert Dalle — ha sempre

4. L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'état*, Presses Universitaires de France, Paris, 1985, p. 86.

5. *Ibid.*, p. 87.

6. *Ibid.*, p. 92.

avuto un'immagine mediocre presso la pubblica opinione. I *cabiers de doléance* che nel 1789 hanno preceduto la riunione degli Stati Generali costituiscono, oltre alle opere letterarie, una delle più antiche fonti di rivelazione dell'opinione pubblica di quel tempo sui temi della giustizia, sia per le critiche che per le proposte di riforma. Alla giustizia si rimproveravano la lentezza, il costo esorbitante, il linguaggio volutamente ermetico, oltre all'ignoranza, agli arbitrî ed alla venalità dei giudici. Si proponevano, quindi, la soppressione dell'acquisto degli uffici di giudice e delle *lettres de cachets*, che permettevano al re di incarcerare i sudditi; si chiedeva la soppressione delle giurisdizioni di eccezione, la fissazione preventiva della durata massima dei processi, l'instaurazione di un sistema di giudici di pace composti da conciliatori non professionisti più vicini ai cittadini; sul piano penale, si proponeva di rendere pubblica la fase istruttoria dei processi, di svuotare le prigioni e di renderle salubri »<sup>7</sup>. Né oggi, secondo Dalle, tale immagine è migliorata.

Da un'indagine condotta nel 1984 è risultato che sei persone su dieci ritenevano che la giustizia funziona male; il 35 % degli intervistati che i giudici francesi non possono essere considerati indipendenti (mentre il 24 % non ha ritenuto di dover esprimere alcuna opinione al riguardo). Nove persone su dieci hanno lamentato la lentezza della giustizia, sei su dieci il costo eccessivo ed il suo carattere discriminatorio.

## 2. I « giudici del governo » in Francia

### 2.1. Il giudice elettivo

La storia della magistratura francese moderna inizia con i decreti rivoluzionari del 4 ed 11 agosto del 1789, con la legge 24 agosto 1790 e con la Costituzione del 1791 che eliminano il precedente sistema giudiziario e rendono i giudici elettivi.

È questo il sistema francese di indipendenza della magistratura preso poi a modello da tutta la sinistra europea: collegamento fra giudici e sovranità popolare per via di elezioni.

L'alternativa si è posta, in seguito, nei seguenti termini: giudice professionale, nominato per concorso, o giudice elettivo; giudice esperto di leggi o giudice direttamente espresso dal popolo?

« A partire dalla rivoluzione — ha scritto J. Ellul<sup>8</sup> — il giudice

7. H. Dalle, *La giustizia in Francia e le prospettive di riforma*, in questa *Rivista*, 1987, pp. 221 e ss.

8. J. Ellul, *Histoire des institutions*, n. 5, *Presses Universitaires de France*, Paris, 1982, pp. 63 e ss.

viene concepito come macchina per applicare leggi che avrebbero dovuto tutto prevedere». Il carattere « popolare » della giustizia, espresso dalla rivoluzione, si è configurato in due differenti maniere: *a*) il potere giudiziario, come ogni altro potere, deve essere espressione della sovranità popolare; *b*) il popolo, attraverso le giurie, deve partecipare direttamente alle decisioni. Dopo la rivoluzione, i giudici esercitano il loro potere nel nome della Nazione. Il sistema elettivo viene favorito anche in ragione della ostilità nei confronti della monarchia e dei parlamenti: questi, da che il potere rivoluzionario è stato instaurato, sono stati riguardati come un momento di possibile opposizione dei giudici al potere rivoluzionario.

## 2.2. *L'inizio delle epurazioni*

In applicazione dei decreti del 1789, della legge del 1790 e della Costituzione del 1791 vi è stata, in Francia, una prima elezione dei giudici; ma gli eletti sono stati giudicati poco rivoluzionari e prontamente rimossi. Comincia così la storia delle epurazioni, della sistematica violazione della indipendenza della magistratura francese che è da vedere come conseguenza diretta della instabilità della classe politica di governo<sup>9</sup>.

Il 22 settembre 1792 l'Assemblea rivoluzionaria indice nuove elezioni. Nel corso del dibattito assembleare Condorcet attacca duramente i giudici perché poco rivoluzionari, Danton si augura che le successive elezioni diano migliori frutti. La Convenzione interviene ripetutamente per eliminare decisioni giudiziarie ritenute errate. Per allontanare i giudici ritenuti poco affidabili in senso rivoluzionario, con decreto 19 ottobre 1792, i Montagnardi eliminano ogni qualificazione professionale.

9. Il sistema delle epurazioni, in Francia come in Italia, può essere anche visto come una singolare forma di *spoils system*. Com'è noto negli Stati Uniti i giudici federali sono nominati dal Presidente sotto il controllo del Senato. In Francia ed in Italia lo *spoils system* storicamente è stato organizzato al fine di mantenere i giudici « fedeli » ai vari regimi di volta in volta succedutisi. Lo *spoils system* italiano attuale è nient'altro che la « lottizzazione » da cui è opportuno che la magistratura rimanga immune. Sullo *spoils system* all'italiana cfr. G. Galli, *L'Italia sotterranea. Storia politica e scandali*, Laterza, 1983, pp. 296 e ss. Sullo *spoils system* esistente negli Stati Uniti, cfr. B. Barthorn, R. Penniman, F. Ferber, *Government and Politics in the United States*, D. Van Nostrand Company, Inc., Princeton, New Jersey, Toronto, New York, London, 1966, pp. 403 e ss.; J. A. Corry e Henry J. Abraham, *Elements of Democratic Government*, Oxford University Press, New York, 1958, pp. 283 e ss., 578 e ss.; Allen M. Potter, *America, Government & Politics*, Faber and Faber, London & Boston, 1981, pp. 22 e ss.

È questo il momento di massima democratizzazione ma di minima preparazione professionale della magistratura francese.

Nel marzo del 1793 viene istituito un tribunale rivoluzionario con l'incarico di processare e condannare tutti gli attentati contro « la libertà, l'eguaglianza e l'unità della repubblica ». I « presunti » contro-rivoluzionari subiscono la carcerazione preventiva. Da questa data viene emanata ampia legislazione sui « sospetti ». Nel 1794 il diritto di difesa è soppresso. I tribunali possono infliggere condanne anche per reati non menzionati dalla legge. La sola pena prevista è la morte<sup>10</sup>.

### 2.3. *Il pluralismo come intralcio*

La prima forma di concentrazione di potere è stata realizzata dalla Costituzione del 24 giugno 1793.

È precisamente da questa data che il pluralismo viene visto in Francia come intralcio da eliminare, è da questa data che le Costituzioni francesi sempre più si allontanano da quella degli Stati Uniti che — com'è ben noto — consacra il pluralismo istituzionale e la divisione dei poteri nella forma più eminente. I giudici, ancora una volta, vengono eletti ma, appena eletti, vengono epurati. La « fase rivoluzionaria » è ormai finita, molto tristemente per l'indipendenza della magistratura, per la divisione dei poteri, per lo Stato di diritto che mai allignerà completamente in Francia.

« Con la Convenzione — ha scritto J. Ellul<sup>11</sup> — la rivoluzione è apparsa come un mutamento di regime politico ma non vi è stato mutamento del modo di evoluzione dello Stato ». Tutto al contrario, l'evoluzione dello Stato francese, iniziata nel XIV secolo in termini di sempre maggiore autoritarismo e concentrazione di potere, è stata portata avanti dalla rivoluzione. La rivoluzione, si potrebbe anzi dire, ha comportato « una crescita dello Stato nel senso della concentrazione ».

La rivoluzione era stata uno scontro, libero fino alle peggiori forme di violenza, fra le forze politiche in campo.

Il Consolato e l'Impero hanno voluto esserne la negazione.

Le idee rivoluzionarie vengono giudicate sorpassate. I giacobini e i repubblicani, dopo l'attentato di *rue Saint-Nicaise* del 24 dicembre 1800, vengono repressi a livello di massa. L'annichilimento delle passioni politiche, vivamente auspicato, non poteva essere ottenuto che per via di annientamenti dei mezzi di espressione. I dibattiti assembleari vengono lasciati in stanze chiuse. Il Tribunale della Costituzione del-

10. Cfr. J. Ellul, *op. cit.*, p. 87.

11. J. Ellul, *op. cit.*, p. 85.

l'anno VIII, dove aveva trovato rifugio il residuo pensiero repubblicano, viene epurato nel 1802 e disciolto nel 1807. I parlamenti divengono pallide ombre delle assemblee del passato. Il suffragio elettorale è svuotato di contenuto, la libertà di espressione gravemente limitata (all'inizio del 1800, 60 dei 73 giornali parigini sono soppressi, ai restanti è proibito pubblicare articoli « contrari al patto sociale, alla sovranità popolare ed alla gloria dell'esercito »).

Il vero corpo legislativo, il Senato, si limita ad avallare le decisioni di Napoleone. Viene istituito il Consiglio di Stato, corpo di tecnocrati a servizio del nascente dittatore, modello di ogni corpo tecnocratico dell'avvenire (di giuristi-funzionari al servizio del principe). Il Consiglio di Stato si limita a mettere in « forma giuridica » ed in « bella copia » le decisioni di Napoleone.

Alle « fazioni politiche », Bonaparte « il pacificatore » oppone l'ideale di una nazione riunificata, di una nuova legittimità autoritaria basata sul... colpo di Stato ed i plebisciti.

Napoleone crea così il « potere personale », il « cesarismo moderno », « amalgama di tradizione monarchica e di simulacro democratico ».

Il Primo Console governa e regna alla maniera di un *souverain éclairé* che concede al fatto compiuto della Rivoluzione di circondarsi di forme repubblicane; ma sono, in effetti, l'ambiguità, la doppiezza e l'inganno a regnare nelle istituzioni <sup>12</sup>.

Napoleone inventa la « duplicità istituzionale » (che trova oggi vistose espressioni anche, o soprattutto, in Italia): sotto forme repubblicane egli instaura la dittatura; con il « sistema delle assemblee », caro ai rivoluzionari, egli crea organizzazioni non funzionali ed autoelidentisi, capaci di legittimare, quindi, in ultima istanza, gli interventi « provvidenziali » e risolutori del dittatore <sup>13</sup>. Questo il particolare genio giuridico suo e dei legisti al suo servizio, non solo quello che lo ha portato ad emanare i codici della borghesia imitati poi ovunque, in particolare in Italia.

Napoleone ha anche creato il suo « geniale ordinamento giudiziario » che ha sfidato i secoli e le costituzioni repubblicane, anche quella italiana del 1948.

La concezione dell'equilibrio dei poteri espressa da Napoleone è molto chiara: « Le gouvernement — egli ha scritto — est au centre

12. G. Duby, *Histoire de la France de 1348 à 1852*, Larousse, Paris, 1987, pp. 360, 361.

13. K. Loewenstein, *Political Power and the Government Process*, The University of Chicago Press, Chicago, 1957, p. 278. L'essenza del bonapartismo — ha scritto Léo Hamon — consiste nel « fare accettare il potere forte mostrando di garantire le conquiste rivoluzionarie » (*Les juges de la loi*, Fayard, Paris, p. 47).

des sociétés comme le soleil; les diverses institutions doivent parcourir autour de lui leur orbite, sans s'en écarter jamais ».

Si tratta di un sistema gravitazionale completamente diverso da quello concepito da Montesquieu; si tratta di una invenzione postrivoluzionaria « alla francese », del tutto coerente con la evoluzione del potere accentrato francese a partire dal XIV secolo.

#### 2.4. Il modello giudiziario bonapartista

In forza della Costituzione dell'anno VIII Napoleone, Primo Console, nomina i giudici (salvo quelli di pace che restano elettivi), che egli vuole, ovviamente, fedeli ed ossequienti. Sorge così il modello giudiziario francese che resterà in vigore, in Francia, nel corso degli anni e sarà imitato da vari paesi, fra cui l'Italia. Giudici subordinati, gerarchizzati, giudici-funzionari<sup>14</sup>.

Tale Costituzione non contiene dichiarazioni di diritti e con essa il vero potere è nelle mani dei tre consoli, dei ministri e del Consiglio di Stato.

Con l'avvento della Costituzione dell'anno VIII, afferma Ellul<sup>15</sup>, « non vi è più, a vero dire, un potere giudiziario ». (È, a questo punto, da notare che gli artt. 29-21 della legge Siccardi italiana dell'11 aprile 1851 riprendono testualmente la normativa napoleonica. Allo stesso modo della legge Rattazzi del 13 novembre 1859 che estende la legge Siccardi alle altre provincie italiane).

L'art. 78 della Costituzione dell'anno VIII istituisce « *un grand-juge ministre de la justice* » (così evidenziando che l'indipendenza dei giudici è fuori di ogni orizzonte). Ai sensi dell'art. 81 questo nuovo organo ha sui tribunali, i giudici di pace ed i membri che li compongono, « *le droit de les surveiller et les reprendre* ». A termini dell'art. 82 egli presiede la Corte di cassazione in funzione disciplinare. Per gravi ragioni può sospendere i giudici dalle loro funzioni. L'art. 83, infine, stabilisce la gerarchia fra gli organi giudiziari: le corti di appello hanno « la sorveglianza » sui tribunali ed i tribunali sui giudici di pace.

Il senatoconsulto del 1807 consacra la condizione del giudice burocrate di tipo bonapartista.

Queste leggi trovano il loro completamento nell'ordinamento giudiziario del 20 aprile 1810, soprattutto nel capitolo VII che tratta della disciplina dei magistrati. Le sanzioni irrogabili sono l'« ammo-

14. J. Ellul, *op. cit.*, p. 180.

15. *Ibid.*, p. 153.

nimento » (*avertissement*), la « censura semplice », la « censura con reprimenda », la « sospensione dalle funzioni ».

## 2.5. *La manipolazione della magistratura nella sua forma parossistica*

Nel corso degli anni 1814-15 si assiste, in Francia, al parossismo della manipolazione della magistratura.

La Carta costituzionale del 2 maggio 1814, emanata sotto il regno di Luigi XVIII, prende in considerazione l'inamovibilità e l'indipendenza dei giudici (che sono nominati dal re), ma l'ordinanza del 15 febbraio 1815 stabilisce una... nuova epurazione; al ritorno di Napoleone dall'isola d'Elba vi è, ovviamente, un'altra epurazione ed una terza interviene (in forza di ordinanza 13 luglio 1815) al ritorno del re; sicché nel corso di pochi mesi, come è stato scritto, i giudici francesi sono stati costretti a « tourner trois fois sa robe »<sup>16</sup>.

## 2.6. *Le contraddizioni in seno alla II Repubblica*

Nel 1848 viene proclamata la II Repubblica.

Con decreto 17 aprile 1848 il principio di inamovibilità è, paradossalmente, giudicato « incompatibile » con i principi repubblicani! Secondo Lamartine l'epurazione è strettamente necessaria al fine di separare la giustizia della politica<sup>17</sup>. L'Assemblea nazionale costituente condanna però un simile orientamento, disponendo che i magistrati epurati siano reintegrati nei loro posti.

L'esperienza della II Repubblica è importante perché consente una utile riflessione sulla tradizione socialista francese, sulla astrattezza (e concretezza) dei programmi, sulle buone intenzioni e la pratica, sui presupposti politici dell'indipendenza della magistratura e dell'inamovibilità dei giudici.

Non vi è dubbio, infatti, che la II Repubblica, che si è data una costituzione all'americana (con volontà cioè di istituire una reale indipendenza dei poteri), non sia riuscita a realizzarla per mancanza dei presupposti politici. Alle velleità si sono contrapposti i « fatti », le tradizioni, le esigenze politiche di un governo possibile... Gli artefici

16. D. Charvet, in prefazione a G. Masson, *Le juge et le pouvoir*, Coédition Alain Moreau e Syros, Paris, 1977, p. 7.

17. Per un efficace affresco della II Repubblica francese rinvio a Ph. Vigier, *La seconde république*, Presses universitaires de France, Paris, 1983. Per un'analisi della epurazione e dello spirito che l'ha guidata, vds. in particolare p. 25; cfr., inoltre, G. Masson, *op. cit.*, pp. 39 e ss.

della II Repubblica hanno governato in modo « lirico » e « sentimentale », non solo in materia di disoccupazione, di giustizia sociale, di « diritto al lavoro ». « L'amour est plus fort que le haine — cantava Pierre Dupont — chapeau bas devant la casquette; à genoux devant l'ouvrier »; ma con gli « atteggiamenti lirici », com'è ben noto, non si riesce a governare.

Il « socialismo alla francese » è sempre stato connotato da umanitarismo (il suo fascino) ma anche da astrattezza (la sua debolezza). Si tratta dell'eredità rousseauiana di cui i socialisti, nei vari paesi, hanno sempre pagato il prezzo<sup>18</sup>. Vi è qui, per la sinistra, un difficile nodo da sciogliere, uno snodo da realizzare.

## 2.7. *Il governo di Luigi Bonaparte e le manipolazioni della magistratura*

La II Repubblica ha vita breve.

Il plebiscito che « legittima » la dittatura personale di Napoleone il Piccolo si svolge nei giorni 21 e 22 dicembre 1851.

Luigi Bonaparte chiede al popolo di andare al potere « pour fermer l'ère des orages », iniziata nel 1848. Di fronte agli occhi delle masse gioca « lo spettro rosso » (« les ateliers nationaux »).

In un manifesto apparso sui muri di Parigi il 12 dicembre Montalambert afferma che votare contro Luigi Napoleone significherebbe « dare via libera alla rivoluzione sociale... ». Questi i temi del dibattito, allora.

7.145.000 francesi danno la loro fiducia a Napoleone, solo 592.000 la negano, mentre 1.500.000 si astengono. Luigi Napoleone instaura quindi la sua dittatura personale con largo consenso di popolo. Dopo il plebiscito il « nuovo terrore », la caccia al rosso<sup>19</sup>.

Anche il potere personale di Napoleone il Piccolo — come già quello di Napoleone il Grande — è fondato, quindi, sui plebisciti e sull'inganno<sup>20</sup>.

Sotto Luigi Napoleone la giustizia francese è resa « nel nome dell'imperatore ». I giudici, nominati dall'imperatore, devono prestargli

18. Per un'analisi di questi aspetti resta, a mio avviso, fondamentale l'opera di N. Bobbio, *Politica e cultura*, Einaudi, 1955.

19. Cfr. Ph. Vigier, *op. cit.*, pp. 120 e ss.

20. Luigi Napoleone redige la « sua costituzione » in poche ore. Il parlamento diviene una « cave sans air et sans jour » dove Montalambert dice di aver trascorso « six ans à lutter avec des reptiles... ». Si può credergli, egli che, in precedenza, aveva inneggiato a Napoleone il Salvatore (cfr. Ph. Vigier, *op. cit.*, pp. 122 e ss.).

giuramento di fedeltà. L'epurazione, dalla II Repubblica portata avanti in modo incerto e contraddittorio, viene ora effettuata con decisione (in forza del decreto 1° marzo 1852).

In questo periodo i magistrati francesi, specialmente i giudici di pace, sono politicizzati nel modo più deteriore; divengono veri e propri galoppini del governo. È il governo, quindi, che vuole e sceglie i giudici galoppini. Chi non si allinea al nuovo corso viene epurato<sup>21</sup>.

## 2.8. *Un breve ritorno al giudice elettivo*

Per «elementari ragioni politiche» anche la Comune di Parigi procede all'epurazione della magistratura.

Sotto la Comune i giudici divengono di nuovo elettivi; ma, com'è ben noto, la Comune dura lo spazio di un mattino.

L'esperienza della Comune interessa, comunque, in modo particolare, perché proprio attraverso l'analisi di questa esperienza Marx ha formulato alcuni giudizi sulla indipendenza della magistratura; giudizi che hanno molto influenzato la tradizione culturale della sinistra ed ancora la influenzano.

«I magistrati — egli ha affermato, in particolare — sono stati privati della loro finta indipendenza che era servita solo per mascherare la loro dipendenza dall'esecutivo»<sup>22</sup>. Marx ha inoltre approvato il sistema del giudice elettivo instaurato dalla Comune: giudici «elettivi, responsabili e revocabili», secondo la sua espressione, «come tutti gli altri pubblici funzionari».

Marx, come il successivo pensiero rivoluzionario di sinistra, non riconosce, quindi, alcuna «specificità del giudiziario»; non pensa lontanamente alla divisione dei poteri. È questa la tradizione della sinistra da rivisitare a fondo, da ripensare accuratamente.

Marx, in definitiva, giudica impossibile ed illusoria una vera e reale indipendenza dei giudici nello Stato capitalistico-borghese (come nello Stato comunista) e — conformemente al punto di vista dei rivoluzionari francesi — vede l'unica possibile forma di democratizzazione del giudiziario nel rapporto tra esso ed il principio di sovranità popolare.

21. Una critica molto dura nei confronti dei giudici pronti a prestare giuramento e ad installarsi «sempre nel campo dei vincitori, ...prostituti che si concedono ad ogni passante» viene formulata da Victor Hugo in *La Magistrature impériale: servilité de la magistrature impériale sous le despotisme de Napoléon le Petit*, Paris, 1871 (citato da G. Masson, *op. cit.*, p. 46).

22. Karl Marx, *La guerra civile in Francia*, in Marx-Engels, Editori Riuniti, 1966, p. 909.

Su questa cruciale questione la sinistra, per oltre un secolo, ha seguito Marx, più o meno pedissequamente<sup>23</sup>.

In Francia dunque (come del resto in Italia) la sinistra ha visto per un lungo periodo la democratizzazione della magistratura nel rapporto con « l'unica sorgente » democratica: la sovranità popolare; e, conseguentemente, non ha mai avuto veramente a cuore l'autogoverno dei giudici, mentre le è interessato sempre il controllo politico « da sinistra » sulla magistratura<sup>24</sup>. Questa è sempre stata avvertita come condizionata da destra (ed in larga parte ciò è stato vero). La sinistra ha quindi cercato di vincere questo condizionamento con un contro-condizionamento.

Il discorso sul « governo dei giudici » che ci viene dalla Francia (rivolto alla condizione dei giudici degli Stati Uniti: ben noto è l'episodio dell'aspro contrasto tra Governo Roosevelt e Corte suprema degli Stati Uniti in funzione di inammissibile « governo ombra » conservatore) è stato elaborato tutto in questa chiave. Siamo in presenza di un punto focale dell'analisi della indipendenza della magistratura.

In definitiva, implicitamente o esplicitamente, la sinistra ha sempre posto questo problema: indipendenza per che fare, per contrastare le leggi sociali, come è avvenuto in Gran Bretagna e negli Stati Uniti, o per altro? È un problema, questo, che resta aperto, non solo a livello nazionale ma anche a livello internazionale.

### **3. Il timido e contraddittorio inizio dell'indipendenza della magistratura francese**

#### *3.1. La III Repubblica*

All'indomani del plebiscito dell'8 maggio 1870, che aveva assicurato all'Impero un'enorme maggioranza, anche i più esaltati repubblicani erano convinti che il regime sarebbe durato a lungo ma, quattro

23. Per un'analisi accurata della posizione della sinistra italiana riguardo alla indipendenza della magistratura, alla elettività dei giurici ed alle questioni connesse, cfr. F. Venturini, *Un sindacato dei giudici da Giolitti a Mussolini, Il Mulino*, 1987, in particolare pp. 73 e ss., pp. 106 e ss., pp. 178 e ss. Interessanti sono, tra gli altri, i rilievi circa le indicazioni della Associazione magistrati nel senso dell'introduzione del giudice elettivo (i giudici devono essere « espressione della sovranità popolare » e, quindi, « eletti dal popolo », affermava, ad esempio, Roberto Cirillo; cfr. *ibid.*, p. 193).

24. È in questa tradizione che affondano le loro radici atteggiamenti anche recenti della sinistra come l'ostilità o la diffidenza nei confronti della istituzione del Consiglio superiore della magistratura ed i successivi attacchi allo stesso.

mesi dopo, l'Impero cadeva sotto il peso della disfatta militare per cedere il posto alla III Repubblica.

La Repubblica è stata proclamata all'Hôtel de ville, come si conveniva; il governo provvisorio è nato con il compito di proteggere la Francia dall'invasione prussiana; insomma, il 4 settembre, è stato « meno una nascita che la constatazione di un decesso »<sup>25</sup>.

Dal punto di vista della storia dell'indipendenza della magistratura la III Repubblica è importante perché proprio nei circa 70 anni della sua durata la indipendenza incomincia ad emergere lentamente in Francia; essa si rafforza sotto la IV Repubblica, mediante la istituzione del Consiglio superiore della magistratura, e riprende il suo declino sotto la V Repubblica di stampo autoritario-gollista<sup>26</sup>.

È questo un aspetto importante: con la III Repubblica si ha finalmente, in Francia, un periodo di lunga stabilità e la stabilità dei regimi è il presupposto politico fondamentale ai fini dell'indipendenza del giudiziario, essendo ovvio che i rappresentanti dei nuovi regimi vogliono il « rinnovamento della magistratura » affinché le nuove leggi non siano contrastate dalla magistratura ma siano applicate « fedelmente »<sup>27</sup>.

È necessario rilevare come la III Repubblica realizza un governo pluralistico o, se si vuole, una condizione di « potere diviso » in senso politico, che favorisce il « potere diviso » in senso istituzionale e la crescita graduale dell'autonomo peso politico della magistratura. Le stesse proteste di quel tempo contro la magistratura, serva e prostituita, sono da vedere come espressione dell'esigenza che la magistratura finalmente diventi indipendente.

Nell'Assemblea che viene eletta nel 1871 sono i monarchici (peraltro fra loro divisi) e non i repubblicani ad avere la maggioranza. Si deve inoltre ricordare che la Repubblica nasce a sorpresa, nel 1875, con un solo voto di maggioranza. Repubblica fragile, quindi? Proprio non si direbbe, visto che riesce a durare tre quarti di secolo! Durata immensa, fatto il paragone con i regimi politici precedenti e susseguenti. La III Repubblica realizza il primo genuino governo parlamentare

25. G. Dubuy, *Histoire de la France de 1852 à nos jours*, Larousse, Paris, 1987, p. 143.

26. Per un'analisi più compiuta cfr. J. Ellul, *op. cit.*, pp. 323 e ss. Per un'analisi della III Repubblica e, in particolare, del « lealismo » preteso dai funzionari e dai magistrati, cfr. J.P. Machelon, *Le République contre les libertés?*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1976.

27. È stato giustamente notato da D. G.T. Williams che la indipendenza della magistratura inglese ha potuto sopravvivere e si è potuta consolidare soltanto perché « per quasi tre secoli il corso della storia inglese è stato relativamente placido » (D.G.T. Williams, *L'indipendenza del giudice in Inghilterra*, in *Rassegna dei magistrati*, ottobre 1964, p. 362).

francese e non a caso in esso può incominciare a germogliare la prima, fragile, indipendenza della magistratura<sup>28</sup>.

Con la III Repubblica si è avuto, in Francia, il potere assoluto non di un singolo (secondo la peggiore tradizione francese) ma del parlamento e cioè dell'insieme delle forze politiche; analogamente a quanto era accaduto in Inghilterra a partire dal XVII secolo.

Con la III Repubblica anche la giurisprudenza amministrativa, sempre a servizio del principe, diviene più rispettabile.

Con legge 24 maggio 1872 viene creato il Tribunale dei conflitti (con sottrazione al Consiglio di Stato della competenza a decidere in materia); alle decisioni del Consiglio di Stato è conferita immediata efficacia esecutiva; il Tribunale dei conflitti è composto da consiglieri di Stato e di Corte di cassazione (peraltro con presidenza del guardasigilli nella sua duplice qualità di membro del governo e di supremo organo dell'ordine giudiziario). I componenti del Consiglio di Stato sono resi inamovibili e cioè più indipendenti rispetto al governo<sup>29</sup>.

Nei confronti della indipendenza dei giudici, all'inizio, anche la III Repubblica ha battuto la strada tradizionale, cominciando cioè con l'epurazione dei giudici « per indeclinabili ragioni politiche ». Solo sul presupposto di una magistratura già epurata sono state effettuate delle riforme volte a meglio garantirne l'indipendenza. Da notare che è stata proprio la sinistra democratica a contrastare il « feticismo dell'inamovibilità ».

L'epurazione è stata decisa con voto assembleare del 10 giugno 1882. Contestualmente l'Assemblea ha approvato una risoluzione in favore dell'elettività dei giudici, risoluzione che però non ha avuto poi alcun seguito. Il principio dell'elettività in Francia è stato così praticamente abbandonato.

La circolare del 26 settembre 1895 sintetizza le ragioni per le quali le riforme sono state effettuate. « Da lungo tempo — si legge nella circolare — l'amministrazione della giustizia soffre di critiche per il modo come i giudici sono reclutati e promossi. Abbandonata all'esclusivo potere del guardasigilli, la nomina è guardata con sospetto, per il

28. Si deve a G. Maranini l'affermazione che una delle ragioni fondamentali per cui in Italia non poteva esistere una reale indipendenza della magistratura era determinata dalla inesistenza di un effettivo regime parlamentare (G. Maranini, *Storia del potere in Italia. 1848-1967*, Vallecchi, 1968). Le correnti antiparlamentari in Italia sono state sempre molto forti ed ancor oggi lo sono. Per una recente analisi cfr. A. Benenati, *Politique et société dans l'Italie contemporaine, Economica*, Paris, 1987, pp. 118 e ss.

29. Per un'analisi dell'evoluzione storica del Tribunale dei conflitti e del suo attuale funzionamento, cfr. G. Vedel-P. Devolvé, *Droit Administratif, Presses Universitaires de France*, 1984, pp. 209 e ss.

solo fatto di dipendere da una volontà unica, che si pensa soggetta a diverse sollecitazioni... ».

In base a considerazioni del genere la circolare del guardasigilli stabilisce che, al fine della nomina dei giudici, dev'essere predisposta annualmente — da parte di una speciale Commissione composta dal presidente della Corte di cassazione, da due consiglieri di cassazione anziani e da tre funzionari ministeriali — una lista dei giudici da nominare. Ben scarsa garanzia, certamente, ma purtuttavia un inizio.

Una garanzia più consistente è realizzata con decreto 18 agosto 1906 che dispone, in via generale, la nomina dei magistrati per concorso e migliora la procedura per le promozioni, peraltro emendato, in senso regressivo, con decreto 18 febbraio 1908.

La Costituzione del 1875 (anche se, in effetti, non si è trattato di vera e propria Costituzione) non prevedeva un organo abilitato al controllo di costituzionalità delle leggi (mentre in precedenti costituzioni tale organo è stato individuato nel Senato).

Da qui due correnti interpretative: una secondo cui il giudizio di costituzionalità poteva e doveva essere effettuato dai giudici ordinari; l'altra secondo cui, nel silenzio della legge, non poteva essere effettuato da alcuno<sup>30</sup>.

La magistratura francese, sempre castigata ed intimidita a partire dalla Rivoluzione, mai ha effettuato il controllo di costituzionalità che, giuridicamente parlando, bene avrebbe potuto effettuare<sup>31</sup>.

I governi susseguiti negli anni 1908-35 ben scarse modifiche hanno apportato al precedente ordinamento giudiziario. Si può ricordare il decreto 20 febbraio 1934, con il quale sono state migliorate le garanzie per la promozione dei magistrati e quello del 5 giugno dello stesso anno, che ha istituito una Commissione consultiva per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari ai pubblici ministeri. (Anche in Italia, in epoca giolittiana, si sono avute analoghe, timide riforme; tenuto conto che, in epoca precedente, la magistratura italiana aveva vissuto una condizione di dipendenza di tipo francese)<sup>32</sup>.

### 3.2. I governi di Fronte popolare e Vichy

Il Fronte popolare ha perseguito una politica di maggiore, intrinseco, controllo della magistratura.

30. Cfr. L. Hamon, *Les juges de la loi*, op. cit., p. 48.

31. *Ibid.*, pp. 49 e ss.

32. Per una puntuale analisi di detta condizione di dipendenza rinvio all'opera di Maranini, già citata, ed all'opera di M. D'Addio, *Politica e Magistratura*, Giuffrè, 1966.

In particolare, con decreto 18 giugno 1936, sono state abrogate le riforme realizzate nel 1934; con legge 18 agosto 1936, poi, è stato deciso lo svecchiamento della magistratura e cioè l'allontanamento da essa dei giudici più anziani.

Il governo di Vichy, per parte sua, ha ovviamente disfatto tutte le riforme introdotte dalla III Repubblica volte a dare ai giudici maggiore indipendenza, rendendo la magistratura di nuovo completamente subordinata al potere esecutivo.

In forza dell'atto costituzionale 27 gennaio 1941 i giudici hanno dovuto giurare fedeltà a Pétain diventando personalmente responsabili davanti a lui (e — pagina ingloriosa della magistratura francese — la storia ricorda un unico caso di rifiuto con conseguente radiazione). Con legge 21 settembre 1941, poi, l'inaffidabilità dei giudici è stata sospesa a tempo indeterminato. I giudici sono stati, quindi, nuovamente epurati; e particolare accanimento è stato rivolto contro i giudici ebrei.

### 3.3. *La IV Repubblica ed il definitivo abbandono del principio di elettività*

Ampia epurazione dei giudici è stata nuovamente effettuata sotto la IV Repubblica.

Socialisti e comunisti hanno allora avuto in comune « la volontà di fare sparire dalle future istituzioni » le vestigia della III Repubblica, ma non si sono trovati d'accordo circa l'organizzazione da dare ai vari poteri. In particolare, « nel progetto comunista nessun organismo avrebbe dovuto limitare la sovranità di un'Assemblea unica ed onnipotente, eletta a suffragio universale, capace di tenere sotto stretto controllo il potere esecutivo ed il potere giudiziario »<sup>33</sup> ed il partito comunista ha conseguentemente preso posizione contro la divisione dei poteri<sup>34</sup>.

Sotto la IV Repubblica viene ripreso il discorso relativo all'elettività dei giudici — punto di orientamento fisso, come si è visto, della sinistra dopo la rivoluzione del 1789 —, ma nessun partito, compreso quello comunista, si è impegnato a fondo in favore della elettività; tutti hanno finito con l'accettare la soluzione intermedia e cioè l'istituzione del Consiglio superiore della magistratura.

Perché mai il Pcf, in linea di principio favorevole al sistema elettivo, non si è impegnato a fondo perché fosse introdotto? Sostanzial-

33. P. Courtier, *La quatrième république*, Presses Universitaires de France, Paris, 1986, p. 11.

34. Cfr. G. Masson, *op. cit.*, pp. 186 e ss.

mente perché anch'esso ha finito per preferire giudici politicamente scelti e preselezionati, secondo la ben consolidata tradizione francese. Quali giudici sarebbero stati, infatti, espressi per via di elezione dopo la caduta del governo Vichy? Giudici democratici, fedeli al nuovo corso, per il solo fatto di essere stati democraticamente eletti? Vi era da dubitarne. Quindi meglio giudici preselezionati e controllati — via Consiglio superiore — dalle nuove forze democratiche...

Il contesto politico del dopoguerra, caratterizzato da una forte spinta antiautoritaria e di sinistra, sarebbe stato l'ambiente politico ideale per la reintroduzione del sistema elettivo; se, ciò nonostante, esso non è stato reintrodotta, si può dare per certo che in Francia (come in Italia) esso è stato definitivamente messo da parte.

È questa, a mio avviso, una rilevante conclusione, visto che, ancor oggi, si discute molto in Italia — e molto se ne è discusso nel corso del referendum sulla giustizia — della « rappresentatività » dei giudici e cioè dei possibili raccordi fra il principio della soggezione del giudice alla legge e quello di sovranità popolare<sup>35</sup>. Orbene la vicenda storica francese dimostra come la strada dell'elezione sia utopica e piena di inconvenienti.

Le ragioni contrarie al principio del giudice elettivo sono state espresse, tra gli altri, da M. Duverger nei seguenti termini: innanzitutto un simile sistema « non offre alcuna garanzia di competenza giuridica » ed il principio della soggezione del giudice alla legge postula, ovviamente, la competenza giuridica; « inoltre, l'elezione comporta il collegamento fra candidati e partiti politici », rapporto che è pieno di inconvenienti, come la storia degli Stati Uniti chiaramente dimostra. « Nel XIX secolo ed all'inizio del XX — continua Duverger — i partiti americani hanno spesso preso la forma di macchine manipolate da politici disonesti che hanno cercato di assicurarsi le leve di comando e l'impunità... mediante la simultanea elezione del giudice, del capo della polizia e degli amministratori locali. Differenti misure sono state poi prese per cercare di correggere simili abusi »<sup>36</sup>. Abusi che, peraltro, ancora persistono<sup>37</sup>.

35. Nel corso del referendum da molti è stato notato che esso in effetti si è atteggiato come volontà di alcuni partiti di sottoporre la giustizia a generale controllo popolare.

36. M. Duverger, *Institutions politiques*, Presses Universitaires de France, Paris, 1980, p. 203.

37. Per una più completa analisi degli inconvenienti cui ha dato luogo il sistema elettivo negli Stati Uniti rinvio a G.B. Harthorn, H.R. Penniman, M.F. Ferber, *Government and Politics in the United States*, D. Van Nostrand Company, Inc., Princeton, New Jersey, Toronto, London, New York, 1965, p. 672;

Vi è un altro aspetto importante da rimarcare. Quando il Consiglio superiore viene istituito l'epurazione, in Francia, è stata già portata a termine. Il Consiglio sorge, quindi, come organo di garanzia della (relativa) indipendenza dei giudici sul presupposto di una magistratura già epurata. Questa, come si è visto, è una costante della tradizione francese. In Italia, invece, negli stessi anni, praticamente non si è avuta epurazione della magistratura, il che può essere letto in vario senso. Tradizionalmente questo fatto è stato letto dalla sinistra come grave

J.S. Sutton, *American Government*, Harrap, London, 1982, p. 135; e, inoltre, per più recenti valutazioni, nascenti dalla cronaca, *California Leading Way in High-Cost Races for the Judiciary*, *The New York Times*, 19 ottobre 1985; *Court in the Crossfire*, *The Economist*, 6 aprile 1985; *Of liquor, lotteries and lingo*, *The Economist*, 1 novembre 1986; *Rescue Judges From the Bosses*, *The New York Times*, 6 giugno 1986. È utile ricordare che, sia a livello locale (giudici di pace, tribunali di contea o degli Stati) sia a livello federale (giudici distrettuali, d'appello, della Corte suprema), la scelta dei giudici negli Stati Uniti è legata alla politica. In genere i giudici di pace e di contea sono eletti, con mandato rinnovabile, ogni 4 o 6 anni. Essi si presentano all'elettorato come indipendenti o come portati da uno o da entrambi i grandi partiti, democratico e repubblicano. A livello superiore, quello dei tribunali di prima istanza e di corte di appello degli Stati, in generale sono nominati dall'esecutivo (dai governatori) per tempo limitato. In genere le nomine sono confermate o dal parlamento o da speciali consigli. A livello federale i giudici sono nominati dal presidente con conferma del Senato. Anche questa scelta è politica in altro senso, per via mediata e « rappresentativa ». I senatori esercitano grande influenza a livello di proposta dei candidati e di conferma. I senatori « raccomandano » al presidente i vari candidati e ne « negoziano » poi la nomina. L'*attorney general* (insieme procuratore generale e ministro della giustizia) ha una funzione di mediazione e di scrutinio. L'« avanzamento » dei giudici (ad una giurisdizione superiore o per un distretto più importante) dipende, comunque, da decisione politica: per esempio, il presidente degli Stati Uniti nomina alla Corte suprema un giudice che ha acquistato la sua fiducia nell'esercizio delle sue funzioni in corte di appello e così via; lo stesso fa, con riferimento ai singoli Stati, il governatore.

La nomina secondo il merito è negli Stati Uniti prospettiva presente e da molti raccomandata, ma la realtà è, ancora, la nomina politica (anche se le considerazioni relative al merito giocano, indubbiamente, la loro parte). L'onesto giudice federale Griffin Bell ha sintetizzato così le ragioni della sua nomina: « ...ho condotto la campagna per John F. Kennedy in Georgia, dove i due senatori erano miei amici, ed ho fatto anche la campagna politica per il governatore... » (cito da D. M. O'Brien-S. Center, *The Supreme Court in American Politics*, W.W. Norton & Company, New York, London, 1986, p. 52).

Seconda caratteristica del sistema degli Stati Uniti è la nomina politica dei pubblici ministeri ed il fatto che essi, nei singoli Stati, dipendono dai governatori mentre, a livello federale, dipendono dall'*attorney general*. In ogni momento essi possono essere « revocati ». I procuratori sono assistiti da avvocati del governo, anch'essi sostituibili in ogni momento. Essi, quindi, sono « sostituiti » in senso vero e proprio, privi di autonomia. I procuratori dei singoli Stati, con incarico temporaneo, restano in funzione, in media, da due a quattro anni.

inconveniente, per le precise ragioni per le quali ad ogni mutamento di regime politico le nuove forze politiche hanno sempre epurato la magistratura; vi è tuttavia un'altra lettura possibile: la mancata epurazione è stato un fatto nuovo rispetto alla storia d'Italia, capace di creare il presupposto di una migliore indipendenza presente e futura dei giudici, anche se con enormi contraddizioni e difficoltà<sup>38</sup>.

### 3.4. *L'istituzione del Consiglio superiore della magistratura*

Nel preambolo della Costituzione francese del 27 ottobre 1946 è scritto: « All'indomani della vittoria riportata dai popoli liberi sui regimi che hanno tentato di asservirli e di degradare la persona umana, il popolo francese proclama di nuovo che ogni essere umano, senza distinzione di razza, di religione, di fede, possiede diritti inalienabili. Esso riafferma solennemente i diritti di libertà dell'uomo e del cittadino, consacrati nella dichiarazione dei diritti del 1789 ».

L'art. 83 stabilisce che il Consiglio superiore della magistratura « è composto di 14 membri: Presidente della Repubblica; guardasigilli che lo presiede; sei personalità elette per sei anni dall'Assemblea nazionale, a maggioranza di due terzi, con esclusione dei suoi componenti; sei supplenti, eletti allo stesso modo; sei personalità designate nel seguente modo: quattro magistrati eletti per sei anni, ciascuno rappresentante le diverse categorie dei magistrati, secondo le indicazioni della legge; quattro supplenti, eletti allo stesso modo; due membri designati per sei anni dal Presidente della Repubblica al di fuori dei componenti il parlamento e del corpo dei magistrati, ma all'interno delle professioni legali; due supplenti designati allo stesso modo ». La norma dispone poi che « le decisioni del Consiglio sono prese a maggioranza e che, in caso di parità, prevale il voto del presidente »<sup>39</sup>.

L'art. 84 testualmente recita: « Il Consiglio superiore della magistratura assicura la disciplina dei magistrati, garantisce la loro indipendenza », il che vuol dire che il Consiglio viene espressamente istituito a garanzia della indipendenza dei giudici.

Il 28 marzo 1947, salutando il costituito Consiglio, il suo presidente Vincent Auriol ha affermato che esso era da considerare figlio spirituale di Montesquieu. Affermazione sostanzialmente esatta visto

38. E questo, a mio avviso, un aspetto cruciale di analisi da sviluppare ma che, in questa sede, può essere solo accennato.

39. *Textes constitutionnels français*, a cura di S. Rials, *Presses Universitaires de France*, Paris, 1986, pp. 81 e ss. Per un'analisi della Costituzione della IV Repubblica rinvio a F. Pierandrei, *La Costituzione della IV Repubblica francese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pp. 753 e ss.

che il Consiglio è un'articolazione nuova ma essenziale ai fini della concreta divisione dei poteri, che devono essere divisi ma non possono vivere separati (sicché occorrono elementi di raccordo).

Le resistenze contro il Consiglio non si sono fatte attendere. Come in Italia negli anni '50 e '60 (ed ancor oggi)<sup>40</sup>, si è tentato di ridurlo ad organo amministrativo.

I tentativi, in Francia, sono stati coronati da successo. Il contrasto fondamentale si è ovviamente verificato fra Consiglio e guardasigilli. Il Consiglio di Stato ha contribuito ad abbassare il Consiglio superiore al rango amministrativo<sup>41</sup> (agevole, al riguardo, è il rilievo circa l'analogia della situazione in Italia in ragione della impugnabilità dei provvedimenti del Consiglio in primo grado davanti ai tribunali amministrativi regionali ed in secondo davanti al Consiglio di Stato<sup>42</sup>). Tentativi sono stati inoltre intrapresi per legalizzare la riduzione dei poteri del Consiglio. Il 20 aprile 1948 il governo ha presentato in Assemblea nazionale un progetto di legge volto a ridurre le competenze, a tutto

40. Per la definizione del ruolo e delle funzioni del Consiglio cfr. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, 1976, II, pp. 1275 e ss.; *Il Consiglio superiore della magistratura*, Atti del XVIII Convegno nazionale dei Comitati di azione per la giustizia, Boccia, 1985; A. Pizzorusso, *Il Consiglio superiore della magistratura nella forma di governo vigente in Italia*, in questa *Rivista*, 1984, pp. 281 e ss.; E. Bruti Liberati e A. Galasso, *Funzioni del Consiglio superiore della magistratura e proposte di riforma*, in *Democrazia e Diritto*, 1984, pp. 37 e ss. Per un'analisi relativa ai tentativi volti a ridurre i poteri del Consiglio, rinvio ai miei contributi *Ruolo e funzione del Consiglio superiore della magistratura*, in *La Magistratura*, nn. 1-2, 1983 e *Indipendenza e politicizzazione dei giudici nella storia dell'Associazione nazionale magistrati*, in questa *Rivista*, 1986, pp. 745 e ss.

41. Cfr. G. Vedel e P. Devolvè, *op. cit.*, pp. 163 e ss. Gli autori criticano la iniziativa del Consiglio di Stato volta a rendere sindacabili, da parte del giudice amministrativo, i provvedimenti del Consiglio superiore. Per tal via, essi affermano, l'autorità giudiziaria ordinaria in certo senso è passata « alle dipendenze del giudice amministrativo » (p. 164). Cfr., inoltre, G. Masson, *op. cit.*, pp. 298 e ss.

42. L'analogia con la situazione italiana — oggi il Consiglio superiore della magistratura in certo senso è « alle dipendenze » dei Tar — è del tutto evidente. Come sempre, la questione del ruolo dell'organo ha trovato il suo *pendant* nella definizione dottrinarla da dare al nuovo istituto: organo costituzionale, di rilevanza costituzionale o solo di « alta amministrazione »? Coloro che hanno preteso ridurre il « rango » del Consiglio, ovviamente lo hanno qualificato (hanno cercato di qualificarlo) come organo di « alta amministrazione », così più facilmente sottoponibile agli altri organi dell'amministrazione attiva: al presidente della Repubblica in funzione di Presidente del Consiglio superiore, alla competenza dei Tar. Non coglie questo aspetto, anzi lo trascende del tutto, con riferimento sia all'Italia che alla Francia, M. Devoto, nel saggio *L'organizzazione del potere giudiziario* (in *L'ordinamento giudiziario*, a cura di A. Pizzorusso, p. 280).

vantaggio di quelle ministeriali, ma il progetto non è stato discusso. La riduzione dei poteri del Consiglio è quindi avvenuta lentamente, per via amministrativa.

### 3.5. *Il capo dello Stato quale presidente del Consiglio superiore della magistratura*

Caratteristica del sistema francese del 1946 è la marcata presenza, nel giudiziario, del capo dello Stato (presenza rafforzata con la V Repubblica), a tal punto che un costituzionalista francese ha scritto che la IV Repubblica ha « fondato il ruolo giudiziario del Presidente della Repubblica », visto che la indipendenza della magistratura è stata posta « sotto il suo beneplacito ». Aspetto molto interessante, questo, di diritto comparato, visto che anche da noi si è discusso e si discute delle competenze del Capo dello Stato in funzione di presidente del Consiglio superiore.

La differenza è che la nostra Costituzione vuole una magistratura effettivamente indipendente, riduce fortemente i poteri del guardasigilli, vuole un Consiglio superiore organo di governo autonomo della magistratura con prevalente presenza di magistrati eletti. Per la nostra Costituzione il Capo dello Stato è, quindi, nient'altro che il presidente di un organo collegiale che, con il suo prestigio, rafforza il Consiglio superiore nella sua funzione di garante della indipendenza dei giudici.

### 3.6. *La V Repubblica*

« Alla vigilia della caduta della IV Repubblica — ha scritto G. Masson<sup>43</sup> — si era ben lontani dalle speranze ed illusioni del 1946. L'istituzione nella quale alcuni avevano riposto le speranze di una funzione giurisdizionale autonoma non era ormai che un organo privo di rilievo ». La ragion d'essere del Consiglio — quella, cioè, di affrancare i magistrati dalla tradizionale dipendenza dell'esecutivo — non era stata comunque messa in causa. Per 12 anni i giudici avevano potuto esercitare la giurisdizione senza il timore di dispiacere al governo in carica. In varie occasioni il Consiglio aveva difeso i magistrati contro le prevaricazioni dell'esecutivo; aveva contrastato, sia pure con fatica, molte iniziative del guardasigilli. La magistratura si era sentita finalmente « più libera ». Il guardasigilli aveva conservato rilevanti poteri ma il suo ruolo si era finalmente ridotto e, in certa misura almeno, era stato posto sotto controllo. « La spoliticizzazione della magistratura »,

43. G. Masson, *op. cit.*, p. 316.

nel suo vero senso (visto che la politicizzazione della magistratura è stata sempre, storicamente, dipendenza politica dal potere politico di volta in volta in carica), « era finalmente iniziata ».

La Costituzione gollista del 4 ottobre 1958 ha interrotto il corso della indipendenza della magistratura francese iniziata sotto la III e proseguita sotto la IV Repubblica.

A termini dell'art. 14 « il Presidente della Repubblica è garante dell'indipendenza dell'autorità giudiziaria ». Egli « è assistito » in questa sua funzione « dal Consiglio superiore della magistratura ». L'art. 65 dispone che il Consiglio superiore è presieduto dal Presidente della Repubblica. Il guardasigilli ne è vicepresidente di diritto (sì che la magistratura continua ad essere del tutto subordinata al potere esecutivo) e « può sostituire il Presidente della Repubblica ». Il Consiglio è costituito da nove membri tutti designati dal Presidente della Repubblica<sup>44</sup>.

La designazione dei nove membri è stata così disciplinata dall'ordinanza 22 dicembre 1958: « Tre membri della cassazione, fra cui un avvocato generale, e tre giudici delle corti e dei tribunali, scelti in una lista predisposta dalla Corte di cassazione costituita da un numero triplo di nomi di magistrati rispetto al numero dei magistrati da nominare; un consigliere di Stato, scelto fra tre nomi indicati dall'Assemblea generale del Consiglio di Stato; due personalità esterne alla magistratura, scelte in ragione della loro competenza ».

A termini della Costituzione gollista del 1958 non solo tutti i componenti del Consiglio sono designati dal capo dello Stato ma i poteri del guardasigilli all'interno del Consiglio risultano accresciuti.

« L'autorità indivisibile dello Stato — ha scritto De Gaulle nelle sue memorie — è affidata al Presidente della Repubblica dal popolo che lo ha eletto; non ne esiste alcun'altra, né ministeriale, né civile, né militare, né giudiziaria, che non sia conferita e garantita da lui »<sup>45</sup>. La divisione dei poteri e l'autonomia della magistratura sono del tutto al di fuori dell'orizzonte gollista. In un regime del genere il Consiglio superiore della magistratura non può svolgere alcun ruolo effettivo a garanzia della indipendenza.

« Con la creazione di un Consiglio superiore indipendente dal potere e con l'attribuzione di decidere la nomina e la promozione dei ma-

44. S. Rials, *op. cit.*, pp. 110 e ss.

45. Cfr. A. Passeron, *Discours et messages du général De Gaulle*, tomo IV, Paris, 1970, pp. 163 e ss. Singolare è anche il ruolo affidato dalla Costituzione del 1958 alla Corte costituzionale, un ruolo piuttosto di controllo del legislativo a vantaggio dell'esecutivo che a garanzia della Costituzione o, tanto meno, dei diritti dei cittadini. Per una approfondita analisi cfr. L. Hamon, *Les juges de la loi*, Fayard, 1987.

gistrati — ha scritto Duverger — i costituenti del 1946 avevano incrinato la vecchia catena che legava i giudici all'esecutivo; i costituenti del 1958 hanno invece distrutto la felice riforma per rendere di nuovo i magistrati nominati e promossi dal guardasigilli »<sup>46</sup>.

Con la Costituzione del 1958 — ha scritto ancora Duverger<sup>47</sup> — il Consiglio superiore della magistratura ha subito una tale *capitis deminutio* da rendere superfluo trattare di esso « in un'opera dedicata al diritto costituzionale ed alle istituzioni politiche ». Ma decidere di non trattare del Consiglio superiore significa prescindere dal trattare dell'indipendenza dei giudici! In effetti, i costituzionalisti francesi normalmente non trattano della magistratura o ne trattano come di un settore della pubblica amministrazione. I costituzionalisti inglesi ed americani, invece, non possono non trattare della magistratura, in quanto non sarebbe possibile intendere il senso reale della *rule of law* e delle « garanzie di diritto » senza considerare il suo ruolo. In effetti proprio *la rule of law*, le « garanzie reali di diritto » ed il principio della « effettiva eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge » in Francia sono sempre state e sono ancora molto deboli, in ragione della mancata indipendenza reale dei giudici. Dalla sua tradizione del giudice-dipendente, del giudice-burocrate — su modello francese —, l'Italia si sta faticosamente staccando e la leva forte per il cambiamento è costituita proprio dalla Costituzione repubblicana che vuole giudici indipendenti.

Nelle sue memorie De Gaulle ha anche scritto di avere sempre ritenuto inaccettabile un Consiglio superiore controllato dall'Assemblea generale e, quindi, dai partiti politici. A tutela della magistratura occorreva, quindi, un supremo garante indipendente: De Gaulle in persona. Come bene è stato notato, la costituzione gollista è nata da una triplice diffidenza: verso la politica, verso il sistema parlamentare e verso la magistratura, e dalla opzione fondamentale della cultura politica francese: la concentrazione del potere e l'autoritarismo.

46. M. Duverger, *La V République*, PUF, 1959, Paris, p. 19. « Charles De Gaulle, Georges Pompidou, Valéry Giscard d'Estaing, François Mitterrand — ha scritto ancora Duverger — per ventiquattro anni hanno dominato la legislazione, il governo, l'amministrazione, la magistratura, l'esercito, i rapporti internazionali. Si è stabilita così una monarchia giacobina, assoluta ma repubblicana, fondata sul suffragio universale che elegge il presidente ed una maggioranza ai suoi ordini » (cito da U. Coldagelli, *Logica istituzionale e gioco politico. La V Repubblica da De Gaulle a Mitterrand*, in *Sinistra europea* 1987, Editori Riuniti Riviste, 1987, p. 71).

47. *Ibid.*, p. 147.

### 3.7. Il governo socialista in contraddizione con il proprio programma

Il governo dell'*Union de la gauche* non ha espresso idee originali circa l'organizzazione della magistratura; ha espresso, comunque, l'esigenza che la Costituzione gollista fosse riformata in modo da rendere il Consiglio superiore più indipendente dal potere esecutivo. Il governo socialista non ha però realizzato i suoi buoni propositi cosicché, ancor oggi, i giudici francesi continuano ad essere strettamente controllati dal potere esecutivo.

G. Masson ha fornito la seguente sintesi relativa alla dipendenza-indipendenza della magistratura francese: « Fatta eccezione per i primi anni successivi alla rivoluzione, durante i quali i giudici sono stati eletti, in nessun altro periodo la borghesia francese, anche quando ha organizzato i poteri dello Stato in forma liberale, ha accordato alla magistratura effettiva indipendenza. Si è perpetuato così lo schema napoleonico fondato sulla coppia "nomina da parte del potere esecutivo - inamovibilità", coppia rinnegata in periodi di crisi politica ed in ogni caso sempre fondamentalmente sbilanciata anche in periodi di stabilità. Il giudice è stato sempre sostanzialmente sottomesso ad un tipo di carriera che ha consentito il pieno controllo della magistratura da parte del potere esecutivo. Indubbiamente, specie negli anni 1934-35 e con la creazione del Consiglio superiore nel 1946, l'indipendenza è cresciuta, ma si è sempre trattato di una crescita lenta e contrastata. Con la V Repubblica l'indipendenza è entrata in regressione, ma con il governo socialista non vi è stata alcuna inversione di tendenza ». Il successivo governo di destra « si è prontamente innestato nella tradizione ». « Lo schema napoleonico, di cui lo statuto della magistratura definito dalla Costituzione del 1958 non è che una traduzione attualizzata, ha sempre permesso e ancora permette al potere di giocare sul doppio registro. Il programma comune dell'*Union de la gauche* aveva previsto che alcuni membri del Consiglio superiore fossero nominati dal Presidente della Repubblica, altri dall'Assemblea nazionale e dal Senato ed altri ancora fossero espressi dalla magistratura, con presidente eletto dal Consiglio competente in materia di nomina e di carriera »<sup>48</sup>.

Si trattava, grosso modo, di un ritorno al tipo di Consiglio espresso dalla IV Repubblica, con esclusione però del guardasigilli e della presidenza del Consiglio superiore affidata al Presidente della Repubblica.

Un simile progetto di maggiore indipendenza dei giudici, già poco esaltante, non si è realizzato, cosicché oggi François Mitterrand —

48. G. Masson, *op. cit.*, pp. 475 e 476.

come in passato De Gaulle — resta il « supremo garante dell'indipendenza dei giudici » e cioè della loro dipendenza.

La riforma della giustizia intrapresa dal governo socialista — ha commentato B. Le Gendre <sup>49</sup> — è rimasta a mezza strada. Robert Badinter molto ha fatto per migliorare le condizioni della giustizia ma nulla per migliorare l'indipendenza della magistratura. Nel 1983 ha predisposto, perché i componenti togati del Consiglio superiore fossero in parte eletti con sistema proporzionale, uno schema di riforma che però non è divenuto disegno di legge; di conseguenza, la nomina e la progressione dei magistrati sono ancor oggi decise, in Francia, da un ristretto comitato di nove membri tutti nominati dal Capo dello Stato. La Costituzione del 1958 ha fatto della magistratura *un corps aux ordres* e tale rimane: sulla carta c'è l'inaffidabilità dei giudici ma senza che esistano i presidi volti a garantirne l'effettiva indipendenza.

Se i magistrati francesi vogliono far carriera « doivent plaire ou, tout au moins, ne pas déplaire » al potere politico. Il Consiglio superiore della magistratura, creato dalla costituzione gollista, ereditato e mantenuto intatto da Mitterrand, è stato in effetti voluto non già per emancipare i giudici dal potere politico ma per mantenerli nello stato di tradizionale soggezione. Certo, « c'est l'honneur d'un juge résister aux pressions », ma sarebbe dovere di un governo che si dice democratico non rendere tale capacità di resistenza una missione eroica <sup>50</sup>.

La sinistra democratica non dovrebbe, su questioni come questa, avere un suo punto di fondamentale verifica?

Indubbiamente, l'indipendenza della magistratura non è solo questione di leggi bensì anche di costume; ma le leggi sono di ausilio, rafforzano la volontà di indipendenza dei giudici qualora sia portata a vacillare. La rinuncia a creare le condizioni di una migliore indipendenza dei giudici francesi è una grave colpa dei governi socialisti, colpa che ne dimostra la gracilità e debolezza sul piano dei principi fondamentali dello Stato di diritto <sup>51</sup>.

Recentemente A. Serge ha criticato l'atteggiamento dei socialisti che, dopo aver denunciato una serie di vicende sospette relative a procedimenti giudiziari in corso, hanno parlato di « scandalo », senza però ricordare le loro responsabilità per non essersi affatto adoperati a ga-

49. B. Le Gendre, *Indépendance des juges: réforme inachevée*, *Le Monde*, 18 giugno 1985.

50. B. Le Gendre, *op. e loc. cit.*

51. Da ricordare che, presiedendo per la prima volta il Consiglio superiore, il 25 giugno 1981, F. Mitterrand ha affermato che la indipendenza dei giudici non poteva essere realizzata che mediante la riforma del Consiglio e, quindi, della Costituzione gollista.

rantire alla magistratura una maggiore indipendenza, in modo che tale « scandalo » non si verifichi in futuro o venga, almeno, contenuto<sup>52</sup>.

Impegnati per la realizzazione di un'effettiva indipendenza, con riforma della Costituzione gollista, sono, ovviamente, in Francia, le associazioni dei magistrati<sup>53</sup>.

Il congresso del *Syndicat de la Magistrature*, svoltosi a Parigi nei giorni 25-27 novembre 1988, ha dedicato parte del suo dibattito alla riforma dello *status* dei magistrati, riforma che è stata definita « una « priorità ». Il congresso ha denunciato ancora una volta la inaccettabile dipendenza della magistratura dal potere esecutivo e dei singoli magistrati dalla gerarchia interna. « Malgrado l'annuncio, nel 1981, di una riforma costituzionale — si legge nel rapporto<sup>54</sup> — la condizione dei giudici non è stata modificata. Si tratta di uno dei grandi fallimenti dei governi degli anni 1981-86. Ora il governo è cambiato, il guardasigilli ci ha assicurato che la condizione della magistratura sarà mutata... ». Ma promesse di questo tipo i governi socialisti ne hanno fatte tante senza mai mantenerle. « Ancora parlare dello statuto dei giudici! », si legge nel rapporto. Ma come non parlarne ancora visto che nessuna riforma è intervenuta? Parlare dello statuto dei giudici in effetti significa parlare della democrazia, di quale democrazia si vuole realizzare. « La giustizia è garante delle libertà civili ma è la condizione dei giudici che rende possibile l'esercizio di questa missione. Il *Syndicat de la Magistrature* si batte per una riforma dello statuto dei giudici che realizzi la loro piena indipendenza dal potere esecutivo ». Non può esistere valida giustizia senza un giudice effettivamente « libero, indipendente ed imparziale ». « La storia ci dice che, a partire dal 1791, il potere esecutivo altro non ha fatto che sforzarsi per rendere i giudici subalterni. Tutta la storia della giustizia francese è storia della sua costante rivendicazione di indipendenza ».

La riforma del Consiglio superiore, quindi, si impone. Il Consiglio deve divenire organo di garanzia di indipendenza e deve essere costituito in parte da giudici eletti dagli altri giudici e da rappresentanti degli organi politici elettivi.

52. A. Serge, *La justice solitaire*, *Le Monde*, 29 dicembre 1987.

53. In Francia come in Italia l'associazionismo dei magistrati è strettamente collegato alla difesa della indipendenza della magistratura, ragion per cui i poteri autoritari, in particolare quello francese uscito dalla rivoluzione, hanno sempre mostrato ostilità nei confronti dell'associazionismo dei giudici. In Italia l'associazionismo è stato « tollerato » solo in epoca giolittiana. Il fascismo, ovviamente, ha soppresso l'Associazione magistrati.

54. XXI Congrès, Rapport, Justice et Libertés, in *Justice*, organo del *Syndicat de la Magistrature*, supplemento al n. 122, Paris, novembre 1988, pp. 7 e ss.

#### 4. I più recenti avvenimenti

##### 4.1. *Jacque Chirac garante della dipendenza della magistratura*

Alla data di consegna del libro all'editore per la pubblicazione (settembre 1996) nessuna riforma del Consiglio superiore della magistratura francese è intervenuta<sup>55</sup>. Oggi Jacque Chirac — come ieri François Mitterand, come l'altro ieri Charles De Gaulle — resta il garante dell'indipendenza della magistratura francese e cioè il garante della sua dipendenza. I pubblici ministeri francesi restano dipendenti dal potere esecutivo, ciò nonostante anche la magistratura francese si è mossa per far pulizia. Questo fatto nuovo, in una prospettiva europea, deve essere al massimo valorizzato. In tutti i Paesi europei i magistrati (compresi i pubblici ministeri) devono divenire realmente indipendenti. In tutti i Paesi europei i cittadini devono divenire effettivamente eguali di fronte alla legge. Il principio di eguaglianza, scritto nelle costituzioni dei vari Stati, non tollera zone franche. È l'impegno che ogni magistrato europeo deve sentire come prioritario.

##### 4.2. *La storia politica della Francia profonda*

I giudici non possono non essere dipendenti dal potere politico, ci ripete però, ancora oggi, Daniel Soulez Larivière<sup>56</sup>. È la tradizionale cultura politica francese, bonapartista ed autoritaria. Gli uomini politici francesi non amano i contropoteri, ci ricordano, invece, ancor oggi, opportunamente, Sophie Coignard e Jean-François Lacan<sup>57</sup>. In Francia la democrazia si arresta dove comincia l'interesse dello Stato<sup>58</sup>. È questa la cultura politica da battere in Francia come in Italia come in ogni altro Paese.

55. Per l'analisi dell'« opera buffa in tre atti » della mancata riforma del Consiglio superiore della magistratura francese cfr. Laurent Greilsamer e Daniel Schneidermann, *Des juges à tout faire*, in *Le Monde* del 13 settembre 1991. Circa il modo concreto di funzionare del Consiglio superiore della magistratura francese cfr. Sophie Coignard e Jean-François Lacan, *La République bananière*, Pierre Belfond, Paris, 1989, p. 97.

56. D. Soulez Larivière, *La Justice pour la justice*, Seuil, Paris, 1990, p. 23.

57. Cfr. S. Coignard e J.F. Lacan, *op. cit.*, p. 58.

58. *Ibid.*, p. 87. Per una breve ma efficace storia della dipendenza della magistratura francese cfr. le pp. 89 ss.

#### 4.3. *Il conflitto fra uomini politici e magistrati*

« Nel 1990 — ha scritto Henri Naillet — l'istituzione giudiziaria è in crisi e lo dice apertamente. Di nuovo? Ma è stata mai in pace con se stessa e con la società a partire dal 1789...? »<sup>59</sup>. No, non lo è mai stata.

Nel 1991, « l'anno della giustizia », sciopero dei magistrati, proteste, ecc. Il conflitto fra politici e magistrati non è mai stato così vivace, per adoperare un eufemismo. Il 25 ottobre i magistrati, gli avvocati, i cancellieri sono scesi in piazza...<sup>60</sup>.

In Francia si fa strada finalmente, con fatica, una riflessione di fondo: « La giustizia non può essere concepita come avulsa dalla società che l'esprime... »<sup>61</sup>.

#### 4.4. *Il problema della corruzione*

Attualissimo, in Francia come in Italia, il problema della corruzione, del finanziamento dei partiti politici, delle false fatture<sup>62</sup>. Il citato libro di Naillet rappresenta una dolorosa riflessione. Caso Urba e finanziamento occulto « razionalizzato »<sup>63</sup>. Il tradizionale modo di insabbiamento dei processi (« l'art d'étouffer les affaires »)<sup>64</sup>. La vergognosa autoamnistia operata dal potere politico e la rivolta « morale » della magistratura. I magistrati che decidono « de ne plus jouer le jeu du devoir de réserve... »<sup>65</sup>.

#### 4.5. *Il mutamento della coscienza dei magistrati*

Per ragioni di diversa estrazione, rispetto al passato, è mutata, in Francia, la composizione della magistratura ed è mutata, in conseguenza, la « coscienza » dei magistrati<sup>66</sup>. Il giudice francese finalmente è divenuto cittadino con la coscienza piena della sua funzione di giustizia.

59. H. Naillet, *Tempête sur la justice*, Plon, Paris, 1992, p. 40.

60. *Ibid.*, p. 45.

61. *Ibid.*, p. 49.

62. Per un'analisi della corruzione in Francia, cfr. Yves-Marie Doublet, *Le financement de la vie politique*, P.U.F., Paris, 1990; Yves Mény, *La corruption de la République*, Fayard, Paris, 1992.

63. Cfr. H. Naillet, *op. cit.*, p. 62.

64. *Ibid.*, p. 80.

65. *Ibid.*, p. 82 ss.

66. *Ibid.*, p. 91 ss.

L'evoluzione, ci ricorda Nallet, è iniziata con la nascita del sindacato francese della magistratura (la magistratura democratica e di sinistra) alla fine degli anni '60. A partire da tale data « si è prodotta, nella magistratura, una modificazione sociologica »: diversa estrazione sociale dei magistrati rispetto al passato, idealismo egualitario e democratico — subentrato al precedente realismo e cinismo conservatore —, utopia...

Il magistrato conservatore era abituato a « coprire » il potere, ad insabbiare; quello democratico vuole invece l'effettivo rispetto delle regole, l'effettiva eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge. La rivoluzione dei magistrati di Mani pulite, in Francia come in Italia, è tutta qui; ma si tratta, effettivamente, di una rivoluzione, della rivoluzione della legalità, ancor oggi in Francia e in Italia, come in ogni altro Paese, fortemente contrastata. .



### 3. Mito e realtà del « governo dei giudici »: l'esperienza degli Stati Uniti

#### 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 Bonaparte<sup>1</sup>; 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 qui trattare.

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 ideologia<sup>2</sup>?

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.

## 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 mercantile. 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)<sup>3</sup>.

« 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 senso<sup>4</sup>.

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 privilegi<sup>5</sup>. Questa « interpretazione economica della Costituzione » è stata più volte criticata; resta, comunque, incontestabile che il sistema mercantile 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* <sup>6</sup>.

Nella sua 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 <sup>7</sup>.

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 <sup>8</sup>.

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, *Dè la démocratie en Amérique*, Gernier-Flammariion, 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 Meyers, da Eduard Lambert e da Louis Boudin 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 sviluppo<sup>9</sup>.

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... »<sup>10</sup>. 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 1934<sup>11</sup>.

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»<sup>12</sup>. 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 Stati<sup>13</sup>.

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*, Edition 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 proteste<sup>14</sup>. Anche all'estero, particolarmente in Francia, si è incominciato a criticare, sempre più vivacemente, questo tipo di « governo dei giudici »<sup>15</sup>. 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 »<sup>16</sup>. 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 soluzioni<sup>17</sup>.

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 giudici<sup>18</sup>.

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 duramente contrastata dal potere politico; mai però, prima degli anni '30 del XX secolo, aveva osato come nel corso di quegli anni.

Il 1937 dunque, a mio avviso, è da vedere come la data 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 progressive 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 scontro fra Roosevelt e la Corte suprema è richiamato di solito in Europa per ricordare che il « governo dei giudici » è cosa deprecabile. 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, intimiditi e subordinati, secondo il modello francese; incapaci di esercitare alcun serio controllo di legalità nei confronti dei detentori del potere<sup>19</sup>.

Nel saggio già citato, Michael H. Davis ha mostrato come l'espressione « governo dei giudici », in Francia e negli Stati Uniti, sia stata adoperata, di volta in volta, in senso manipolatorio. Tutti coloro che hanno voluto contenere il potere dei giudici e restringere il controllo di legalità che gli 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. L'analisi relativa alla condizione dei giudici francesi a partire dalla rivoluzione è stata svolta nel precedente capitolo.

in Italia nel corso degli anni '80 e, in particolare, nel corso della « 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 significato<sup>20</sup>. 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 legalità<sup>21</sup>.

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 esecutivo<sup>22</sup>.

## 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 »<sup>23</sup>.

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 conservazione<sup>24</sup>.

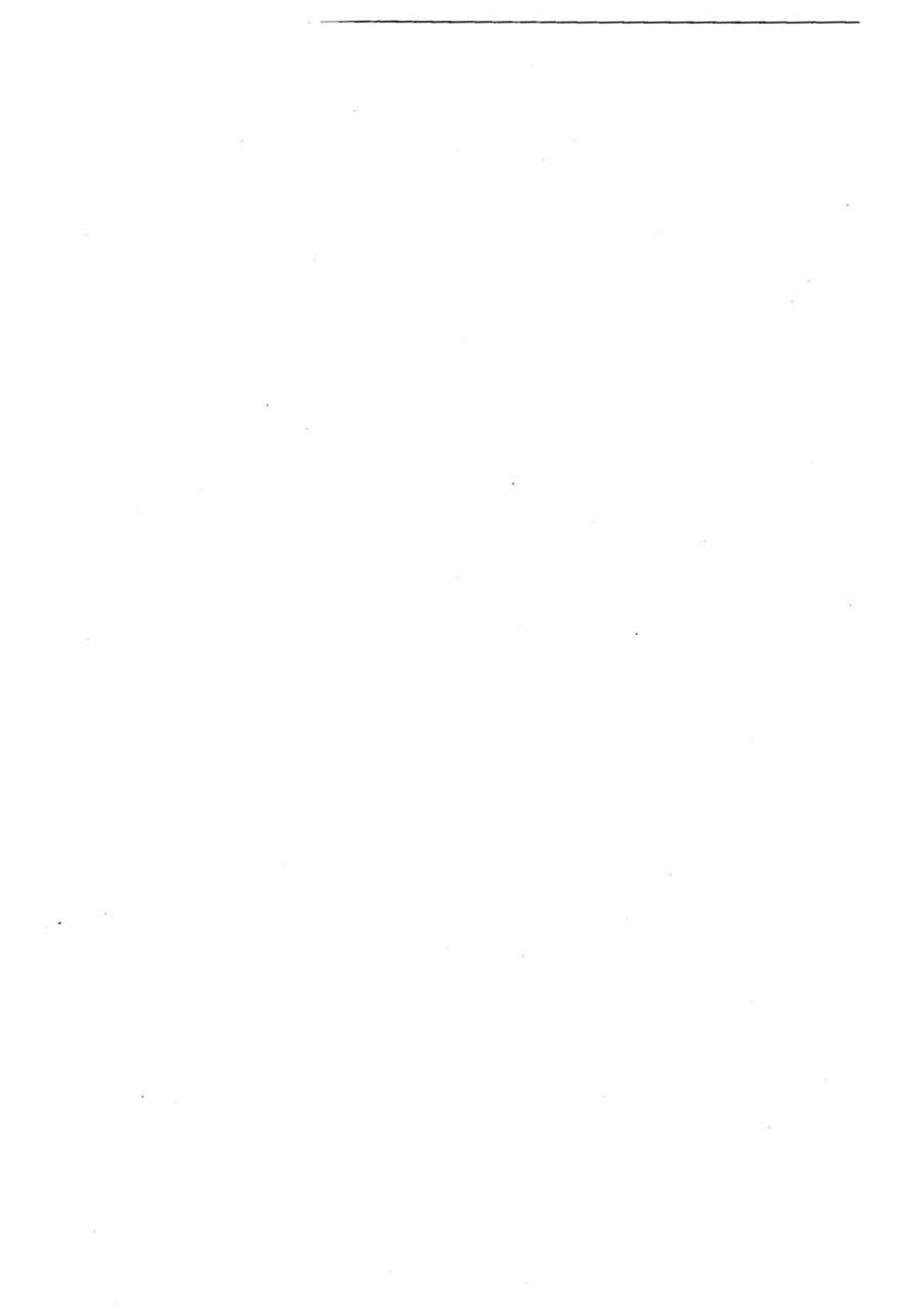
Sono queste le tradizioni di indipendenza (dipendenza) delle magistrature nel mondo occidentale, al di là delle agiografie ufficiali.

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 Warren<sup>25</sup>. 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. Tutti questi argomenti verranno sviluppati nei capitoli seguenti.

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 *Fergusson* 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, « controvolgia ». 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.



## 4. Il Federalista

### 1. Introduzione

#### 1.1. *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

1. Cfr. A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, vol. I, Garnier-Flammation, 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 capitolo e in quelli che seguono. Lo scopo del presente capitolo e di quelli che seguono è, infatti, quello di analizzare le pagine di *The Federalist* dedicate alla magistratura, tenendo presenti le analisi di *The Antifederalist* e di Tocqueville.

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 *Questione giustizia*, 1990, p. 932, ripreso nel precedente capitolo.

5. Sopra, nota 3.

### 1.2. 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>.

### 1.3. 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.

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.

## 2. La fondamentale diversità del costituzionalismo inglese e americano

### 2.1. « *The Federalist* »

*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.

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).

## 2.2. 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 e 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.

### 2.3. 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.

rale, 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 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.

### 3. Una riflessione realistica sui poteri

#### 3.1. 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>.

### 3.2. *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.

#### 4. Le analisi di Madison sui temi della faziosità, dell'eguaglianza, della giustizia, del pluralismo

##### 4.1. 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? Chiaramente 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.

#### 4.2. *Le fonti comuni della faziosità secondo Madison*

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 perniciosa 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>.

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.

#### 4.3. *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.

#### 4.4. *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 capaci di buon governo; l'America stessa costituisce 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 ».

#### 4.5. *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.

## 5. L'articolo 78 del Federalista e la concezione antifederalista del potere giudiziario

### 1. Il potere giudiziario nella teorizzazione di Hamilton

#### 1.1. *Il potere giudiziario è il meno pericoloso dei poteri*

Chiunque consideri attentamente i vari settori dei pubblici poteri, scrive Hamilton nell'articolo 78 di *The Federalist*, può rendersi facilmente conto che in una costituzione in cui essi siano separati il settore meno pericoloso per i diritti politici sanciti dalla Costituzione è certamente quello giudiziario, sia per la specifica natura delle funzioni, sia per il fatto di avere minore possibilità di ledere i diritti politici e di metterli in pericolo.

L'esecutivo non solo dispensa gli onori ma tiene in mano la spada.

Il legislativo non solo può imporre le tasse, ma impone anche le regole da cui discendono i diritti ed i doveri dei cittadini.

Il giudiziario, al contrario, non impugna la spada né attinge dai nostri averi, non può imporre regole circa l'esercizio della forza e le iniziative di tipo esecutivo; non possiede, in conclusione, forza né volontà proprie, ma solo intelligenza, capacità di giudizio (*merely judgement*); mentre dipende dal potere esecutivo per rendere esecutivi i suoi deliberati.

#### 1.2. *Il potere giudiziario è il più debole dei poteri*

Da queste semplici constatazioni — secondo Hamilton — discendono svariate importanti conseguenze: anzitutto, in maniera incontestabile, che il potere giudiziario è, incomparabilmente, il più debole dei

tre poteri dello Stato; incapace, quindi, di portare serio ed effettivo attentato agli altri poteri; il più debole dei poteri che deve essere protetto e garantito dagli attentati che gli altri due poteri possono portargli. Inoltre, che, per quanto degli arbitri possano derivare dall'esercizio della giurisdizione, le libertà dei cittadini non ne sono mai seriamente danneggiate. « Intendo ovviamente dire — precisa Hamilton — fintanto che il giudiziario rimanga distinto ed indipendente rispetto agli altri poteri ». E citando Montesquieu: « Sono d'accordo, comunque, che non c'è libertà se il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo e dal potere esecutivo ».

Ne deriva, infine, che, mentre la libertà nulla ha da temere da un potere giudiziario indipendente (*from the judiciary alone*), molto ha da temere, invece, dall'unione del potere giudiziario con gli altri due poteri, dal momento che l'unione si risolve nella dipendenza dei giudici dagli altri due poteri (nonostante la nominale ed apparente separazione). Comunque, in ragione della sua naturale debolezza, il giudiziario rischia sempre di essere sopraffatto o politicamente condizionato dagli altri poteri.

Ciò posto, se è vero che nulla più dell'immovibilità contribuisce a creare l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici, queste garanzie devono essere ritenute indispensabili per la magistratura.

### 1.3. *L'indipendenza della magistratura*

L'indipendenza della magistratura si rivela particolarmente importante al fine di contrastare non solo le violazioni costituzionali, ma anche « i mutevoli umori della pubblica opinione », che talvolta, per via di leggi ingiuste ed inique, tendono a tradursi in oppressione delle minoranze. Anche in questo caso la « forza d'animo è di grande importanza, affinché le leggi oppressive siano dai giudici restrittivamente interpretate »<sup>1</sup>.

Secondo Hamilton, le costituzioni di tipo rigido richiedono in modo assoluto l'indipendenza del giudiziario. Per costituzione di tipo rigido Hamilton intende un tipo di costituzione che contenga limiti alla po-

1. Cfr. *The Federalist Papers. A Mentor Book*, New York and Scarborough, Ontario, New American Library, 1961, p. 464.

testà di legiferare; che proibisca, ad esempio, leggi restrittive dei diritti civili (*bill of attainder*) o leggi penali retroattive.

#### 1.4. *I giudici garanti della costituzione*

In pratica non vi è altro modo di realizzare le limitazioni degli altri poteri che conferendo ai giudici un potere di controllo, cioè il poterdovere di dichiarare nullo ogni atto contrario alle norme costituzionali. Senza questa fondamentale garanzia tutte le altre particolari garanzie vengono meno.

Perplessità, nota Hamilton, sono state espresse al riguardo, sul presupposto che un tale potere di annullamento renderebbe il giudiziario organo di controllo del legislativo. Si è detto che solo un'autorità superiore può dichiarare nulli gli atti legislativi. Tali perplessità, per Hamilton, non hanno fondamento essendo del tutto ovvio che ogni atto dell'autorità delegata, se contrario alla volontà espressa dall'autorità delegante, deve essere considerato nullo; pertanto nessun atto contrario alla Costituzione può essere ritenuto valido dai giudici. Negare ciò significa affermare, contro ogni logica, che il potere del delegato può essere maggiore di quello del delegante, quello del dipendente maggiore di quello del principale, quello del rappresentante del popolo maggiore di quello del popolo stesso.

« Se poi si volesse affermare che il legislatore è egli stesso giudice dei propri poteri costituzionali e che, di conseguenza, la pratica applicazione da lui fatta della costituzione deve in ogni caso prevalere, si deve rispondere che una simile concezione non è conforme alla costituzione ». « Non è possibile, infatti, pensare che la costituzione intendesse mettere i rappresentanti del popolo in grado di sostituire la loro volontà a quella degli elettori; è invece logico pensare che i giudici sono stati designati per essere organi intermedi tra popolo e legislatore; al fine, fra l'altro, di mantenere quest'ultimo nei limiti dei suoi poteri legali ».

L'interpretazione della legge è il compito proprio e specifico delle corti di giustizia. La legge fondamentale è la costituzione; spetta perciò ai giudici interpretarla, come a loro compete interpretare qualsiasi legge dello Stato. Ove mai fra legge ordinaria e costituzione vi sia contrasto, i giudici devono dare prevalenza alla diretta volontà del popolo sovrano rispetto a quella dei suoi rappresentanti e delegati. Questa conclusione non implica la superiorità del potere giudiziario su quello legislativo; essa implica soltanto che « il potere del popolo » è superiore a quello di entrambi; pertanto, se la volontà del legislatore, che si esprime

nella legge, contrasta con quella del popolo, espressa dalla costituzione, i giudici sono chiamati a far prevalere la seconda sulla prima.

L'esercizio della discrezionalità giudiziaria, in caso di leggi in conflitto, può essere illustrata, afferma Hamilton, con un esempio. Non è raro che due norme di legge siano fra loro in contrasto. Talché sono i giudici a dover fornire l'interpretazione esatta. Se le due norme sono fra loro in qualche modo conciliabili, i giudici troveranno il modo di conciliarle, altrimenti, applicando una norma, essi devono necessariamente disapplicare l'altra. In tal caso, secondo un consolidato principio, i giudici devono applicare la norma posteriore, rimettendosi ad un'ovvia regola interpretativa che non discende dalla legge ma dalla logica. È logico, infatti, che di due atti provenienti da una medesima autorità sia applicata la manifestazione di volontà più recente. Ma se il contrasto riguarda atti provenienti da autorità sovraordinate e subordinate — potere originario e potere derivato —, deve valere, invece, la soluzione opposta. È l'atto antecedente di un'autorità superiore a dover prevalere sull'atto susseguente dell'autorità inferiore; cosicché, tutte le volte che fra legge ordinaria e costituzione vi sia contrasto, i giudici devono dare prevalenza alla costituzione.

Né vale obiettare che, sul presupposto dell'esistenza del contrasto, i giudici possano interpretare le leggi a proprio piacimento, giacché questo può accadere anche in caso di contrasto fra due leggi ordinarie ed in ogni atto interpretativo. In altri termini, è inerente al potere interpretativo dei giudici fare scelte del genere; i giudici devono interpretare le leggi, sicché se essi fossero inclini ad esercitare la loro arbitraria volontà invece di quella consacrata nella legge, a rendere cioè operative le proprie inclinazioni politiche invece di quelle dalla legge espresse, ciò potrebbe verificarsi in ogni caso, anche in caso di applicazione delle leggi ordinarie. Il rilievo, insomma, prova troppo, perché tende a negare la funzione interpretativa immanente nell'esercizio della giurisdizione.

I giudici, nella concezione di Hamilton, devono essere i baluardi della costituzione rigida contro le prevaricazioni dei poteri legislativo ed esecutivo.

L'indipendenza dei giudici è anche necessaria per salvaguardare la costituzione ed i diritti dei cittadini « dagli effetti di quei malumori che le arti degli uomini manovrieri, o l'influenza di particolari situazioni, talvolta seminano fra il popolo e che, anche quando vengano presto rimosse da più accurate informazioni e riflessioni, nel medio periodo tendono a produrre pericolose conseguenze... ».

« È agevole però intendere che, per agire in questo modo, ai giudici occorre forza d'animo ».

### 1.5. *Il popolo soggetto alla costituzione*

« Fino a che il popolo, in modo legale, non annulla o modifica la costituzione, il popolo stesso ed i suoi rappresentanti devono ad essa obbedienza... ».

## 2. **Una miniera da esplorare**

### 2.1. *Le fondamentali questioni da sottoporre ad analisi*

*The Federalist* è una miniera da esplorare ai fini dell'approfondimento dei problemi dello stato democratico-pluralista, una miniera in Italia inesplorata non per caso ma per la deliberata scelta della cultura istituzionale autoritaria italiana (monarchico-bonapartista-crispina-fascista) di accantonare la cultura democratico-pluralista che ci viene dai paesi anglosassoni e, in particolare, dagli Stati Uniti.

Non pretendo qui di esplorare tutta la miniera — peraltro già ampiamente esplorata fuori dai paesi di area bonapartista — ma solo di affrontare alcuni particolari problemi relativi alla magistratura.

### 2.2. *Non c'è libertà senza divisione dei poteri*

« Non c'è libertà senza divisione dei poteri » affermano, concordemente, i federalisti e gli antifederalisti. Affermazione fondamentale che discende non tanto da Montesquieu quanto dalle istituzioni politiche americane in periodo coloniale.

Il principio della divisione dei poteri si sviluppa, in America — come è stato ben rilevato —, « nella prassi... nel progressivo delinearsi di un potere legislativo in mano all'assemblea e di un potere esecutivo in mano al governatore ».

Pure « l'autonomia del giudiziario si sviluppa nella prassi », nella logica della *common law*, anche se i giudici del re, sino alla Rivoluzione, restano sottoposti al principio *quandiu nobis placuerit*; principio che i coloni americani hanno, peraltro, ripetutamente contestato.

Questa prassi giudiziaria diverge dalla teorizzazione di Montesquieu, secondo la quale il giudice deve solo applicare la legge, dovendo egli,

anzi e soprattutto, per i coloni americani e poi per i padri fondatori, « garantire la costituzione » contro ogni « legge illegale ».

È la costituzione rigida imposta dai giudici anche al potere legislativo — concezione estranea alla teorizzazione di Montesquieu — che garantisce « un governo di leggi e non di uomini »<sup>2</sup>.

Da aggiungere che *The Federalist* non tratta solo della divisione dei poteri ma anche della necessaria coordinazione fra gli stessi.

### 2.3. Il giudiziario: il potere più debole da proteggere e da garantire

Chiunque consideri attentamente i poteri, scrive Hamilton, è in grado di rendersi conto che il giudiziario è certamente il potere meno pericoloso, dato che l'esecutivo impugna la spada, il legislativo pone le regole, mentre il giudiziario possiede solo « intelligenza »... Il legislatore, cambiando le leggi, può, infatti, mutare a suo piacimento il potere dei giudici, mentre l'esecutivo può bloccare le decisioni giudiziarie (come storicamente molte volte è accaduto) negando ad esse esecuzione, oppure dando loro esecuzione ritardata o lenta; selezionando una decisione, da applicare immediatamente *manu militari*, e un'altra da non applicare o da applicare stentatamente, « trascinando i piedi »<sup>3</sup>.

Se Montesquieu aveva affermato che i giudici non devono avere altro potere che di esprimere degli enunciati legali (il potere « nullo » dei giudici), per Hamilton essi non lo hanno né possono averlo data la natura propria delle funzioni giudiziarie e la loro ovvia dipendenza dai poteri legislativo ed esecutivo. Ma, proprio perché i giudici hanno un potere « limitato », esso è da tutelare e preservare accuratamente — mediante la predisposizione di appositi istituti (inamovibilità dei giudici, ecc.) — da coloro che vogliono la *rule of law*.

In ragione della sua debolezza — osserva Hamilton — il giudiziario si trova in costante rischio di essere sopraffatto o politicamente condizionato dagli altri due poteri. La storia della Francia e dell'Italia è la perfetta illustrazione della verità dell'affermazione di Hamilton<sup>4</sup>.

2. Cfr. N. Matteucci, *La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Il Mulino, 1987, p. 233 ss.

3. Basti qui solo ricordare che tutte le sentenze della Corte Warren in favore dell'eguaglianza hanno trovato esecuzione in modo ritardato e stentato. E bene anche ricordare la risposta del presidente Jackson a John Marshall che pretendeva l'impegno del potere esecutivo per l'applicazione della sentenza Worcester v. Georgia del 1832: « John Marshall has made his decision, now let him enforce it ».

4. Cfr. M. D'Addio, *Politica e Magistratura*, Milano, Giuffrè, 1966.

Così in Italia si è invocato il « potere nullo » dei giudici, richiamando le idee di Montesquieu, per legittimare l'occupazione del potere legislativo e giudiziario da parte dell'esecutivo, dimenticando che i giudici (compresi, in essi, la Corte costituzionale), secondo i più elementari principi legali, devono essere il baluardo della costituzione rigida — come scrive Hamilton — contro ogni possibile prevaricazione degli altri poteri.

#### 2.4. *Le garanzie dei giudici*

Se è vero, a giudizio di Hamilton, che nulla più dell'inamovibilità contribuisce a creare l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici, queste garanzie devono essere ritenute indispensabili.

L'analisi di Hamilton sull'inamovibilità dei giudici resta, ancor oggi, fondamentale. In paesi come l'Italia e la Francia, dove la manipolazione della magistratura è la regola e non l'eccezione, le ragioni « tecniche », che spesso vengono addotte a giustificazione delle violazioni del principio di inamovibilità, devono essere, sempre, accuratamente valutate affinché dietro di esse non si nascondano violazioni del principio di indipendenza.

#### 2.5. *I giudici garanti dei diritti delle minoranze*

Osserva Hamilton — già si è ricordato — che gli umori popolari, talvolta, per via di leggi ingiuste ed inique, tendono a tradursi in oppressione delle minoranze. Anche in questo caso la « forza d'animo » dei giudici è di grande importanza. L'esattezza di questo rilievo è di tutta evidenza. Come gli autori di *The Federalist* ripetutamente sottolineano, in democrazia uno dei pericoli gravi è il dispotismo della maggioranza. Una delle funzioni fondamentali dei giudici è la tutela dei diritti delle minoranze in applicazione delle norme costituzionali.

I benefici che derivano dall'integrità e dall'equilibrio del potere giudiziario, continua Hamilton, sono ormai avvertiti in molti Stati, dispiacendo la magistratura solo a « coloro che vedono contrastati i loro

loschi disegni ». Anche partendo da questa riflessione i riferimenti all'attualità italiana potrebbero essere molteplici. Da notare se mai che la « forza d'animo » dei giudici può essere impiegata in modo non democratico, nel senso di realizzare forme di « separatezza » fra giudici e soggezione alla legge, fra giudici e pubblica opinione<sup>5</sup>.

Si è visto come, per Hamilton, l'esercizio della giurisdizione non è foriero di gravi danni per i cittadini solo sul presupposto di un giudiziario indipendente rispetto al potere legislativo ed esecutivo. Il ripudio di ogni forma di dipendenza del giudiziario dall'esecutivo (del tipo di quello, per esemplificare, verificatosi in Francia o in Italia nel corso del XVIII e XIX secolo) è, quindi, netto. È un potere da garantire, prima di tutto, nei confronti dell'esecutivo, ma anche nei confronti del legislativo, della pubblica opinione, ecc.

Conservatore con tendenze autoritarie, Hamilton non distingue le illegittime pressioni della pubblica opinione (pregiudiziali campagne colpevoliste, ecc.) dalla legittima critica nei confronti dei provvedimenti dei giudici. Come già notato, egli concepisce l'indipendenza della magistratura come separatezza e, in certo senso, come tale l'indipendenza sarà realizzata degli Stati Uniti<sup>6</sup>.

## 2.6. *I possibili arbitri del giudiziario*

Benché l'esercizio della giurisdizione possa rivelarsi arbitrario, tuttavia, a giudizio di Hamilton, sul presupposto di un giudiziario distinto ed indipendente rispetto al potere legislativo ed esecutivo, le libertà dei cittadini non ne saranno mai seriamente danneggiate.

Tale affermazione non può essere condivisa: basti pensare ai gravi danni, soprattutto derivanti dal collegamento del giudiziario con le *lobbies*, dai quali è segnata la stessa storia della Corte suprema<sup>7</sup>.

5. I federalisti vogliono, in effetti, tale separatezza; lavorano perché essa si realizzi; mentre gli antifederalisti lavorano in senso contrario.

6. Va qui notato che vi sono due accezioni del termine indipendenza: indipendenza come estraneità alle dinamiche del potere ed indipendenza, invece, come separatezza. La seconda si risolve sempre, o quasi sempre, in dipendenza dalle dinamiche del potere.

7. Cfr. V. Accattatis, *Mito e realtà del governo dei giudici: l'esperienza degli Stati Uniti*, in *Questione giustizia*, n. 4/1990, p. 932, ripreso nel precedente capitolo quarto.

### 3. I controlli di costituzionalità delle leggi

#### 3.1. Il potere di « *judicial review* »

Altra possibilità non esiste, per realizzare la limitazione degli altri poteri, fuori del potere-dovere consentito ai giudici di dichiarare nulli tutti gli atti contrari alle norme costituzionali, anche quelli espressi dal potere legislativo. È così affrontato da Hamilton e, a suo modo, risolto, il problema della *judicial review*, problema che ha affaticato e ancor oggi continua ad affaticare tutti gli uomini politici e tutti i giuristi degli Stati Uniti (è in questione, infatti, l'equilibrio dei poteri).

La costituzione, afferma Hamilton, è la legge fondamentale dello Stato federale, e spetta ai giudici interpretarla, come a loro compete interpretare qualsiasi altra legge dello Stato in modo autonomo. Ove mai fra legge ordinaria e costituzione vi sia contrasto, i giudici devono dare prevalenza alla costituzione.

Nella sentenza *Marbury contro Madison* del 1803 la Corte Marshall ha seguito alla lettera le argomentazioni di Hamilton.

Sentenza e argomentazioni sono importanti non solo per la storia del giudiziario degli Stati Uniti ma per la storia del giudiziario in tutto il mondo, perché trattano dei poteri indefettibili che il giudiziario deve avere in un sistema di divisione dei poteri con costituzione di tipo rigido.

In Italia tale questione è stata posta e dibattuta con veemenza a partire dall'approvazione della Costituzione del 1948 e viene dibattuta ancor oggi. Nel noto Congresso di Gardone, l'Associazione nazionale magistrati l'ha risolta proprio come avevano pensato Madison, Hamilton e la Corte suprema Marshall nel 1803.

Del resto, dopo la caduta del fascismo e prima dell'entrata in vigore della Costituzione la Corte di cassazione si era posto il problema della interpretazione delle leggi, ispirandosi anch'essa, implicitamente anche se indebitamente, all'orientamento della Corte Marshall. Nel presente saggio, tale aspetto della questione non può ovviamente essere approfondito<sup>8</sup>.

8. Il riferimento è, in particolare, alle seguenti sentenze: Cass., Sez. un., 9 luglio 1947, n. 1093, in *Foro it.*, 1947, I, 554; Cass., Sez. un., 28 luglio 1947, n. 1212, *ivi*, I, 545.

### 3.2. *I giudici quali baluardi della costituzione rigida contro le possibili prevaricazioni dei poteri esecutivo e legislativo*

Dunque, per Hamilton, i giudici devono essere i baluardi della costituzione rigida contro le possibili prevaricazioni degli altri due poteri.

Seguendo gli orientamenti bonapartisti, la legislazione italiana, per impedire ai giudici di intromettersi in « affari politici ed amministrativi », ha posto i ben noti sbarramenti (istituzione della giustizia amministrativa non indipendente dal potere politico, ecc.). Così le prevaricazioni dell'esecutivo sono restate e restano ancora, largamente, « fuori controllo ». Ai giudici, tradizionalmente, è stato impedito di giudicare in materia di costituzionalità delle leggi<sup>9</sup>. Solo con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana essi sono stati immessi nel circuito del controllo di costituzionalità.

Ma non mancano preoccupazioni al riguardo. Basti un solo esempio. Nel suo saggio *Chi ci salverà dal governo dei giudici?* Giovanni Tarello si è detto preoccupato dei poteri « arbitrari » che in Italia si sarebbe assunta la Corte costituzionale. L'aspetto più preoccupante, a suo avviso, riposa nel fatto « che il giudizio di costituzionalità, anziché restare riservato » alla Corte costituzionale « in... rapporto di tensione col Parlamento », come dovrebbe, si è invece « diffuso per tutti i rinvii del giudiziario », trasferendo così la « tensione strutturale, per così dire, all'ingiù ». Tarello giudica « insidiosissima » la concezione secondo la quale la Costituzione dovrebbe costituire la « guida alla luce della quale deve essere interpretata tutta la legislazione ordinaria »<sup>10</sup>. In altri termini, egli prende posizione contro il principio affermato da Hamilton e acquisito fortunatamente ormai nella migliore cultura giuridica della magistratura italiana.

È una questione di cui da noi si dovrebbe ancora approfonditamente discutere.

9. Per un'analisi del dibattito nella Francia post-rivoluzionaria circa il controllo di costituzionalità delle leggi da parte dei giudici, cfr. Leo Hamon, *Les juges de la loi*, Fayard, Paris, p. 47 ss. Oggi in Francia si discute di riforma della Costituzione. Alcuni vorrebbero che anche in Francia fosse finalmente introdotta l'eccezione di incostituzionalità della legge ordinaria da parte dei cittadini, con prelimitare delibazione della fondatezza dell'eccezione da parte della magistratura, ma la prevalente cultura istituzionale francese resta ostile al controllo di costituzionalità delle leggi da parte dei giudici. Cfr. Yves Gaudement, *Eviter la chicane*, in *Le Monde* del 3 giugno 1993; Solon (pseudonimo di alti funzionari dello Stato), *La sagesse du Sénat*, nello stesso numero di *Le Monde*.

10. Cfr. G. Tarello, *Chi ci salverà dal governo dei giudici?*, in *Mondoperaio*, n. 3/1984, p. 28 ss.

### 3.3. *Il limitato potere dei giudici negli ordinamenti di tipo bonapartista*

Secondo Tocqueville, « nel pubblico funzionario spesso gli europei vedono la forza, mentre gli americani vedono il diritto »<sup>11</sup>. « In America l'uomo non obbedisce all'uomo ma alla giustizia o alla legge »<sup>12</sup>. Il problema non deve vertere su « chi » comandi, ma sul « tipo di volontà » cui si è sottomessi. Si è sottomessi alla volontà « popolare »? Quindi alla volontà della legge, non di singoli uomini di potere; i singoli uomini di potere devono essere, essi stessi, sottomessi alla legge perché prevalga la « volontà popolare ». Tutti, non solo i giudici, devono essere « soggetti alla legge »; i giudici, soggetti alla legge, devono operare affinché tutti, nello stato costituzionale e democratico, vi restino sottomessi. Il bonapartismo ha spezzato questa logica democratica, ha sottratto l'apparato burocratico dello Stato al controllo di giudici imparziali, ha creato giudici « speciali » per l'amministrazione, estratti dall'amministrazione e dipendenti dal potere politico<sup>13</sup>.

« In un popolo libero... ogni cittadino ha il diritto di accusare i pubblici funzionari davanti ai giudici ordinari e tutti i giudici hanno il diritto di condannare i pubblici funzionari ». Non significa certo accordare ai giudici un particolare privilegio consentir loro di punire i rappresentanti del potere esecutivo quando violano la legge. Consentendo ai giudici ordinari di condannare i pubblici funzionari gli Stati Uniti non hanno indebolito le prerogative del potere esecutivo, al contrario hanno aumentato il rispetto che la gente deve ai pubblici funzionari. La stessa regola vige in Inghilterra.

Scandaloso è, invece, leggere l'art. 75 della Costituzione francese dell'anno VIII: « I funzionari dello Stato... non possono essere perseguiti per comportamenti relativi all'esercizio delle loro funzioni senza l'autorizzazione del Consiglio di Stato... ». La Costituzione dell'anno VIII è stata poi superata, ma, osserva Tocqueville, quella norma è rimasta nell'ordinamento francese. « Spesso ho cercato di far comprendere agli americani il senso di questa norma, ma invano ». Essi sono riusciti ad intendere solo che, in Francia, il Consiglio di Stato è un

11. A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, vol. I, Garnier-Flammarion, Paris, 1981, p. 163.

12. *Ibid.*

13. Per una critica aspra e del tutto fondata del sistema istituzionale francese, cfr. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, London, 1952, p. 183 ss.

grande tribunale posto al centro del potere... ». « Quando ho cercato di far loro intendere che il Consiglio di Stato non è un organo giurisdizionale, nell'accezione ordinaria del termine, ma un organo amministrativo, i cui componenti dipendono dalla benevolenza sovrana... », essi si sono rifiutati di crederlo. Gli americani, in altri termini, si sono rifiutati di credere « che una simile enormità giuridica fosse possibile » (« ils refusaient de croire à de semblables énormités et m'accusaient de mensonge et d'ignorance ») <sup>14</sup>.

« Nell'antica monarchia il re faceva le leggi. Al di sotto del potere sovrano vi erano le istituzioni provinciali, incoerenti, mal funzionanti, assurde. La rivoluzione ha investito di un medesimo odio la monarchia e le istituzioni provinciali, il potere assoluto del re e ciò che poteva in qualche modo temperare il suo rigore. Essa è stata, nel contempo, repubblicana e centralizzatrice. Di questo doppio carattere della rivoluzione « gli amici del potere assoluto si sono impadroniti con gran cura ». « Essi hanno lavorato per la concentrazione del potere affermando di lavorare per difendere le conquiste rivoluzionarie » <sup>15</sup>.

Negli Stati Uniti il pericolo non viene, come normalmente si sostiene, dalla debolezza del potere centrale ma, tutt'al contrario, dalla sua eccessiva concentrazione <sup>16</sup>.

#### 3.4. *La costituzione « diritto naturale del magistrato »*

Il giudice americano assomiglia al giudice delle altre nazioni, « ma, ciò nonostante, ha un immenso potere politico ». Da dove gli viene? Egli si muove negli stessi limiti di potere dei giudici degli altri Paesi e perché allora ha più potere di loro? La ragione risiede nel fatto che gli americani hanno riconosciuto ai giudici il diritto di fondare le loro sentenze sulla costituzione piuttosto che sulle leggi; in altri termini, hanno permesso loro di disapplicare le leggi incostituzionali. Un simile diritto è stato qualche volta reclamato anche dai giudici di altri Paesi, ma invano.

« Negli Stati Uniti la costituzione domina i legislatori come i semplici cittadini ». « Essa è dunque la legge fondamentale non modificabile dalle leggi ordinarie ed è quindi giusto che i giudici obbediscano prima di tutto alla costituzione ». Negli Stati Uniti la costituzione — afferma

14. A. de Tocqueville, *op. cit.*, p. 173 ss.

15. *Op. cit.*, p. 165.

16. *Op. cit.*, pp. 156, 350.

Tocqueville con bellissima espressione — è, in qualche modo, il « diritto naturale del magistrato »<sup>17</sup>.

In Francia, in teoria, la costituzione è immutabile; in Inghilterra, invece, il parlamento può liberamente cambiarla. In America la costituzione può essere cambiata con particolare procedura, ma, fintanto che non sia cambiata, deve essere rispettata da tutti ed i giudici sono tenuti ad imporre tale risultato a tutti, anche al Congresso. Il concetto di « governo di legge e non di uomini » trova qui la sua più alta espressione.

#### 4. Il potere giudiziario nella concezione antifederalista

##### 4.1. L'orientamento politico-culturale degli antifederalisti

Gli autori di *The Federalist* vogliono, quindi, un governo « limitato » e « controllato », non un governo debole. Essi scrivono ed operano politicamente per realizzare un governo che governi. Gli antifederalisti, invece, si mostrano preoccupati del governo che governa, esigono garanzie a tutela delle libertà civili e innanzi tutto vogliono che un *Bill of Rights* sia incluso nella Costituzione, come poi avverrà mediante l'approvazione dei primi 10 emendamenti.

I federalisti, mercantilisti, auspicavano l'intervento dello Stato in favore dello sviluppo economico. Gli antifederalisti hanno contrastato questo orientamento<sup>18</sup>. Dubbiosi sul fatto che uno Stato di vaste proporzioni possa mai essere effettivamente governato dal popolo, nel rafforzamento del potere dello Stato centrale (e cioè nella formazione di uno Stato federale di un certo tipo), voluto dai federalisti, essi hanno visto il solito machiavello autoritario, oppressivo della reale volontà popolare, desiderosa di autogoverno, di rispetto delle libertà civili, di controllo immediato, diretto e ravvicinato dei funzionari dello Stato. Essi hanno espresso simpatie per le forme di democrazia diretta, per l'elezione diretta dei pubblici ufficiali, e dei giudici in particolare, da parte del popolo.

17. Per un'approfondita analisi circa il diritto naturale costituzionalizzato, divenuto, quindi, diritto positivo che si impone ai giudici, cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989, p. 348 ss.

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

Il giudiziario, come configurato dalla costituzione, è sembrato loro non un'istanza di protezione ma un rischio per le libertà individuali e per il sistema di autogoverno.

Gli antifederalisti hanno nutrito grande diffidenza verso il potere presidenziale. In altri termini, essi hanno espresso ideali più vicini a quelli della « rivoluzione americana » che non a quelli della costituzione.

#### 4.2. *La riflessione degli antifederalisti sul potere giudiziario*

Nell'articolo n. 11 a firma Brutus, Robert Yates, il probabile autore, esamina « la natura e l'estensione del potere giudiziario... come definito dalla costituzione »<sup>19</sup>. « È necessario esaminare con cura l'argomento — egli afferma — dato che dalla costituzione degli Stati Uniti i giudici sono investiti di un potere non goduto da alcun giudice in altri paesi liberi ». La costituzione è scritta in modo tale da attribuire ai giudici non solo il potere ad essi espressamente conferito, ma anche quello derivante da spazi che la costituzione ha lasciato indefiniti.

Il potere giudiziario, osserva Brutus, può facilmente sovrapporsi al potere legislativo e giudiziario dei vari Stati o alla legislazione dei vari Stati. È quanto successivamente si è verificato in pratica negli Stati Uniti.

Gli articoli della costituzione sono scritti in termini generali ed i giudici, chiamati a dar loro concretezza, possono, in definitiva, plasmare il potere come loro aggrada.

Nell'articolo n. 12 Brutus insiste nell'affermare che il potere dei giudici federali, così come configurato nella Costituzione, fatalmente finisce con l'allargare il potere del governo federale; fine, in effetti, deliberatamente perseguito dai federalisti.

Il potere dei giudici federali, così come configurato nella costituzione, finirà con il ridurre o « distruggere » quello dei vari Stati e con il divenire un super-potere, tanto da invalidare le leggi del congresso. Si ammette con ciò — da parte degli antifederalisti — che la costituzione dà ai giudici il potere di *judicial review*, fornendo in tal modo un forte argomento in favore della piena legittimità costituzionale di un potere siffatto negli Stati Uniti, ancora messo in questione da alcuni studiosi.

I giudici inglesi — aggiunge Brutus — mantengono il loro potere « during their good behaviour », ma, al contrario di quanto previsto

19. Cfr. *The Anti-Federalist Papers. A Mentor Book*, New York and Scarborough, Ontario, New American Library, 1986, p. 293 ss.

dalla Costituzione degli Stati Uniti, essi sono soggetti alla Camera dei Lords e cioè al potere politico ed il loro potere è quindi più limitato di quello dei giudici americani. I giudici inglesi non possono, infatti, dichiarare incostituzionali le leggi emanate dal parlamento ma sono soggetti ad esse in modo assoluto.

I giudici inglesi operano sotto il controllo del parlamento, mentre quelli americani sono chiamati dalla costituzione ad assegnare al congresso i suoi limiti.

Il potere della Corte suprema non è soggetto ad alcun controllo, quindi siamo in presenza di un potere irresponsabile ed incontrollato. A partire da questa analisi, fra repubblicani e federalisti, fra democratici e federalisti, si svolgerà, negli Stati Uniti, aspra battaglia per rendere i giudici più « responsabili » e di estrazione elettiva<sup>20</sup>.

#### 4.3. *I giudici indipendenti da ogni potere sotto il cielo*

Nell'articolo n. 15 Brutus insiste ancora. La Costituzione degli Stati Uniti, come quella inglese, vuole che i giudici siano indipendenti, ma nello stesso tempo pretende che siano sottratti ad ogni controllo; il che, per Brutus, non può essere accettato. I giudici devono essere indipendenti ma anche responsabili; tuttavia la Costituzione americana non prevede alcun effettivo sistema di controllo e di responsabilità. In definitiva i giudici americani sono « indipendenti dal popolo, sono indipendenti dal Parlamento, sono indipendenti da ogni potere sotto il cielo ». « Uomini posti in tale condizione di indipendenza generalmente si sentono indipendenti finanche dal Padreterno (*independent of heaven itself*) ».

Brutus è comunque d'accordo sulle garanzie delle quali i giudici devono essere circondati. Se l'esecutivo potesse rimuovere i giudici non graditi o controllare le loro remunerazioni potrebbe agevolmente influenzarli.

L'Inghilterra ha accresciuto in modo decisivo il suo sistema di libertà grazie al fatto di avere istituito dei giudici indipendenti, ma le condizioni dell'Inghilterra, dove esiste una monarchia ereditaria, sono ben diverse da quelle presenti in America dove la monarchia non esiste.

In America un potere giudiziario sottratto a controllo politico non si giustifica. Vero che la Costituzione americana prevede l'*impeachment*

20. Il contrasto è iniziato molto presto, all'inizio del XIX secolo, con la presidenza Jefferson. E diventato ancora più aspro negli anni '30 dello stesso secolo, con la presidenza Jackson.

anche nei confronti dei giudici (è lo strumento che, a partire dagli inizi del XIX secolo, contro il giudiziario federalista ha cercato di impiegare Jefferson) ma l'*impeachment* è possibile solo sul presupposto di reati gravi (tradimento, corruzione, ecc.), motivo per cui anche giudici indegni, immeritevoli, incompetenti finiscono con il restare tranquillamente al loro posto<sup>21</sup>.

« Al fine di facilitare l'eliminazione del potere dei vari Stati forse nulla è stato meglio concepito che l'istituzione di un sistema giudiziario federale così potente ».

Nel corso della storia, il giudiziario federale ha quasi sempre operato nel senso temuto dagli antifederalisti, ma precisamente per questa via è stato costruito lo Stato unitario.

I federalisti hanno dato un contributo decisivo al fine di definire il concetto di « governo della legge » in contrapposto a quello « degli uomini ». Gli antifederalisti sono stati però i primi ad affrontare la problematica relativa alla responsabilità dei giudici, alla separatezza giudiziaria, ai rischi della *judicial review*.

21. Cfr. *The Anti-Federalist Papers*, cit., p. 304 ss.

## 6. La sentenza Marbury

### 1. La « judicial review »

#### 1.1. *Le questioni di fondo poste dai federalisti e dagli antifederalisti*

Ho già rilevato che i federalisti hanno dato un contributo decisivo al fine di definire il concetto di « governo della legge » in contrapposto a quello « degli uomini », mentre gli antifederalisti sono stati i primi ad affrontare la problematica relativa alla *judicial review*<sup>1</sup>. La problematica introdotta dagli antifederalisti viene dibattuta ancor oggi negli Stati Uniti e investe il ruolo del giudice in presenza di una costituzione scritta di tipo rigido.

A tale riguardo, le pagine più significative sono state scritte dal Chief Justice John Marshall nella sentenza Marbury contro Madison del 1803 (sentenza, a quanto mi risulta, mai tradotta in italiano).

#### 1.2. *I limiti della mia analisi*

Il presente capitolo ha per oggetto la Marbury. In esso non affronterò alcuni problemi cruciali relativi a questa famosa sentenza (perché i suoi principi si sono affermati negli Stati Uniti? qual è la lettura più valida della Costituzione, in punto di *judicial review*, quella di Marshall o quella di Jefferson?) perché non interessano direttamente i giuristi italiani. Riferirò, invece, la parte più significativa della Marbury per ricavarne principi giuridici validi in ogni Paese con costituzione scritta e rigida, e, quindi, validi nel nostro Paese.

1. Vedi, in generale, il capitolo precedente.

Mi occuperò poi di tre temi: 1) del valore della costituzione scritta e rigida; 2) della rappresentatività dei giudici; 3) del governo dei giudici.

## 2. Il fondamento normativo, politico-culturale e giurisprudenziale della « judicial review »

### 2.1. Il fondamento normativo della « judicial review »

La legittimità del potere di *judicial review* (del potere che hanno i giudici di dichiarare incostituzionali le leggi e gli atti del potere esecutivo) emerge, a mio avviso, con sufficiente chiarezza, prima di tutto dagli articoli III e IV della Costituzione.

L'art. III dispone che « il potere giudiziario degli Stati Uniti è affidato ad una Corte suprema e alle corti inferiori che il Congresso potrà costituire di tempo in tempo ».

L'art. IV dispone che le leggi « del governo federale hanno vigore come legge suprema per tutto il territorio dell'Unione » e sono *self-executing* poiché fissano norme imposte a tutti i giudici. Gli Stati sono privi del potere di « impedire, rendere più gravoso, o in ogni modo controllare l'esecuzione delle leggi del governo nazionale ».

### 2.2. Il fondamento politico-culturale e giurisprudenziale

La legittimità del potere di *judicial review* risulta, inoltre, dall'interpretazione della costituzione data dai federalisti; risulta dalle argomentazioni degli antifederalisti; è consacrata nel voto di ratifica dei vari Stati (considerando che gli Stati hanno ratificato la costituzione proprio in base al dibattito svoltosi fra federalisti ed antifederalisti e che parte essenziale di questo dibattito era proprio quella relativa al « potere dei giudici federali » e, in particolare, allo specifico potere di *judicial review*); risulta ancora dai principi della *common law*; risulta infine dalla tradizione giurisprudenziale antecedente la sentenza Marbury del 1803<sup>2</sup>.

La Marbury, oltre che all'elaborazione di Hamilton, è ispirata alla sentenza Kamper contro Hawkins del 1793 e al Dr Bonham's Case del 1610.

Dalla Marbury discende tutta l'elaborazione che porta all'istituzione, nei Paesi occidentali, delle corti costituzionali<sup>3</sup>.

2. Per un'ampia analisi delle sentenze che hanno affermato la *judicial review* prima della pronuncia Marbury, cfr. Sylvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, New Haven and London, 1990, p. 16 e ss.

3. In Italia, normalmente, si fa risalire la fondazione della giustizia costituzionale

### 3. Edward Coke e la « judicial review » in Gran Bretagna

#### 3.1. Il « Dr Bonham's Case » e il principio di supremazia del parlamento

Nel Dr Bonham's Case, Edward Coke ha sostenuto il principio, che peraltro non ha trovato spazio in Gran Bretagna, della soggezione anche del parlamento alle leggi così come interpretate dai giudici<sup>4</sup>.

John Locke non ha configurato il giudiziario come potere perché le forze politiche uscite vittoriose dalla rivoluzione del XVII secolo erano orientate nel senso di riconoscere e realizzare la supremazia assoluta del parlamento<sup>5</sup>.

William Blackstone ha riconosciuto ai giudici il potere di disapplicare le leggi ma solo in limitatissima misura<sup>6</sup>.

Albert Venn Dicey ha affermato, in un'opera classica, il potere illimitato del parlamento<sup>7</sup>.

Anche in Gran Bretagna esiste oggi la *judicial review*, ma si restringe al controllo di legalità degli atti del potere esecutivo<sup>8</sup>.

#### 3.2. L'inizio della rivoluzione americana in termini di contestazione legale

Il tentativo di Coke di imporre anche nei confronti del parlamento la supremazia della *common law*, come interpretata dai giudici, è stato quindi

alla proposta kelseniana, mentre la vera origine della giustizia costituzionale è da rinvenire nel « Bonham's Case » e nella « Marbury ».

4. L'erronea, opposta, concezione è espressa da Jean Bauté nel suo pur pregevole saggio *Un grand jurist anglais: Sir Edward Coke*, Paris, Presses Universitaires de France, 1975. Correttamente, invece, Clelia Piperno distingue fra i decenni anteriori alla Gloriosa Rivoluzione del 1688, nei quali il principio espresso da Coke nel « Bonham's Case » sembra affermarsi, ed il periodo successivo in cui è prevalso, invece, sempre più decisamente, l'opposto principio dell'assoluta sovranità del parlamento (cfr. C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Giuffrè, 1991, p. 5).

5. Per una più ampia trattazione di questi aspetti cfr. V. Accattatis, *Il principio della soggezione dei giudici alla legge*, in *Questione giustizia*, 1991, p. 563, ripreso nel secondo capitolo di questo libro.

6. Cfr. S. Snowiss, *op. cit.*, p. 13 ss.

7. Cfr. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, London, 1952.

8. Cfr. S.A. de Smith, *Constitutional and administrative law*, Penguin Books, 1978, pp. 16, 41, 550; G. Hogan, *Constitutional and administrative law*, Sweet & Maxwell, London, 1993, p. 31 ss.

in Gran Bretagna efficacemente contrastato. Ma negli Stati Uniti si è trattato, prima di tutto, di contrastare l'assolutismo del parlamento inglese, reale obiettivo della rivoluzione americana<sup>9</sup>. I padri fondatori non hanno voluto ricostituire un potere legislativo incontrollato ma si sono, invece, adoperati perché esso fosse controllato e limitato.

È il caso di ricordare che la rivoluzione americana inizia, in termini di contestazione giuridica, davanti ai tribunali, nel 1761, con la richiesta ai giudici, avanzata da James Otis, di esercitare la *judicial review*, in applicazione del «Bonham's Case», al fine di annullare una legge emanata dal parlamento inglese.

Nel 1766 un tribunale della Virginia dichiara incostituzionale lo «Stamp Act».

Alla vigilia della Dichiarazione di indipendenza, un giudice del Massachusetts dà istruzione alla giuria perché consideri le leggi del parlamento inglese nulle in quanto in contrasto con le leggi fondamentali del Paese<sup>10</sup>.

### 3.3. L'importanza del «Bonham's Case»

Si è detto che il tentativo di Coke di imporre la supremazia della *common law*, come interpretata dai giudici, anche nei confronti del parlamento, è stato in Gran Bretagna efficacemente contrastato.

I giuristi, argomentando dal fatto che in Gran Bretagna la *judicial review* non si è affermata in forma estesa, abitualmente ritengono che dopotutto Coke, nel «Bonham's Case», non voleva dire che i giudici possono disapplicare le leggi emanate dal parlamento<sup>11</sup>.

L'argomentazione è erronea perché in contrasto con l'espressa affermazione contenuta nel «Bonham's Case».

Nel 1610 ogni evoluzione in Inghilterra era possibile. L'evoluzione storica è stata poi quella che conosciamo (affermazione della supremazia assoluta del parlamento) ma da ciò non è lecito argomentare che, dopo tutto, Coke non volesse intendere... visto che Coke precisamente questo intendeva, che cioè il potere del parlamento fosse sottoposto a controllo legale, allo stesso modo che lo ha inteso il costituente italiano quando — in esito ad

9. Cfr. Melvin I. Urofsky, *A March of Liberty*, Alfred A. Knopf, New York, 1988, p. 41 ss.; Alfred H. Kelly, Winfred A. Harbison, Herman Belz, *The Constitution its Origins and Development*, vol. I, W.W. Norton & Company, New York, London, 1991, pp. 62, 86; Nicola Matteucci, *La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Il Mulino, 1987, p. 18.

10. Cfr. Louis Fisher, *Constitutional Structures: Separated Powers and Federalism*, McGraw-Hill Publishing Company, New York, 1990, p. 43 ss.

11. In questo senso Alfred H. Kelly, Winfred A. Harbison, Herman Belz, *op. cit.*, p. 62.

un'evoluzione storica partita proprio dal 1610 — ha sottoposto il parlamento al controllo di legalità della Corte costituzionale, con giudici ordinari legittimati a sollevare, anche di ufficio, questioni di legittimità costituzionale.

#### 4. La sentenza Kamper contro Hawkins e la sentenza Marbury

##### 4.1. *Le sentenze che hanno preceduto la Marbury*

Nella sentenza Kamper il giudice St. George Tucker contrasta la tesi che la costituzione si rivolga «solo al legislatore e non al giudiziario o all'esecutivo» («is a rule to the legislature only, and not to the judiciary, or the executive»). Invece la costituzione si rivolge al legislatore, all'esecutivo ed al giudiziario e pone limiti ad ogni potere. Essa deve essere tenuta sempre presente al fine di interpretare ogni legge. Compito del legislatore è fare le leggi, dell'esecutivo farle applicare, del giudiziario interpretarle («it is the province of the legislature to make, and of the executive to enforce obedience to the laws, the duty of expounding must be exclusively vested in the judiciary»).

Dato che la costituzione è la legge fondamentale («as the first law of the land») sta al giudice decidere che ogni legge in contrasto con essa non è legge.

La sentenza Kamper segue una elaborazione giurisprudenziale precedente ed è seguita da altre sentenze che, sostanzialmente, affermano i principi espressi dalla Marbury. Ad esempio, nella sentenza Van Horne's Lessee contro Dorrance del 1795 si legge che «la costituzione esprime la volontà del popolo ... pone limiti alla legislazione ordinaria e prescrive un'orbita entro la quale essa deve restare». «Quale che sia la disciplina normativa esistente in altri Paesi, la nostra non è dubbia: ogni legge contraria alla costituzione è assolutamente nulla» («every act of the legislature, repugnant to the constitution, is absolutely void») <sup>12</sup>.

Si compari questa concezione dell'equilibrio dei poteri con quella espressa, in Francia, da Napoleone Bonaparte che scriveva: «Il governo è al centro della società come il sole; tutte le altre istituzioni devono percorrere la loro orbita attorno a lui, senza mai allontanarsene» <sup>13</sup>.

12. Le citate sentenze sono riportate in S. Snowiss, *op. cit.*, pp. 53, 72, 83.

13. Per una più ampia analisi relativa al sistema di potere edificato in Francia da Napoleone Bonaparte — ed imitato in Italia (sistema che ancora resta largamente nelle nostre istituzioni) — cfr. Jacques Ellul, *Histoire des institutions*, 5, Presses Universitaires de France, Paris, 1982, p. 152 ss.; J.P. Machelon, *La République contre les libertés*, Presses de la Fondation National de Sciences Politiques, Paris, 1976; Mario D'Addio, *Politi-*

All'evidenza, si tratta di un sistema gravitazionale opposto rispetto a quello emerso dalla rivoluzione americana<sup>14</sup>.

#### 4.2. La sentenza *Marbury*

Testualmente si legge nella sentenza *Marbury*:

«La questione se una legge in contrasto con la costituzione sia da considerare effettivamente una legge è fondamentale per gli Stati Uniti; ma, fortunatamente, molto meno complessa che importante. Per pervenire all'esatta conclusione basta solo richiamare alcuni principi da lungo tempo fissati.

Il diritto originale del popolo di stabilire per il suo futuro governo le regole che, secondo l'universale consenso, devono assicurare il benessere ("happiness") nazionale è uno dei fondamenti sui quali riposa la struttura sociale americana ("American fabric"). L'esercizio di questo diritto originale rappresenta una vera, intensa espressione di sovranità... I principi così fissati sono dunque da considerare fondamentali. E per il fatto che l'autorità da cui essi discendono è quella suprema — che può essere esercitata raramente —, essi sono da considerare permanenti. Questa volontà iniziale e suprema definisce l'organizzazione dello Stato ed assegna ai diversi comparti dello Stato i poteri rispettivi. Essa può limitarsi a questo o fissare particolari limiti.

Il governo degli Stati Uniti è disciplinato nel secondo senso. I poteri legislativi sono definiti e limitati ed una Costituzione è stata emanata proprio perché i limiti non siano male interpretati o dimenticati. Che vale, infatti, che i poteri siano limitati, che i limiti siano fissati in un testo scritto, se in ogni momento essi possono essere violati da coloro che sono sottoposti alle limitazioni? ("To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained?"). La distinzione fra un governo dai poteri limitati ed uno dai poteri illimitati non esiste se i limiti non obbligano coloro ai quali sono imposti e se gli atti permessi e quelli proibiti sono in pratica resi equivalenti ("are of equal obligation"). È proposizio-

*ca e magistratura*, Giuffrè, 1966. Napoleone ha sottratto l'amministrazione al controllo dei giudici ordinari — operazione opposta rispetto a quella della *judicial review* — e ha sottomesso i giudici all'amministrazione ed al potere politico. Napoleone riteneva — scrive A.V. Dicey — che i giudici « fossero i nemici dei pubblici amministratori sicché quando si intromettono negli affari di governo vi è sempre ragione di temere il loro attentato al pubblico interesse » (*op. cit.*, p. 338 ss.)

14. Jefferson, il « francese », simpatizzante con la rivoluzione, giudica Napoleone un flagello di Dio, un moderno Attila (cfr. George Gusdorf, *Les révolutions de France et d'Amérique*, Librairie Académique Perrin, Paris, 1988, p. 208 ss.).

ne del tutto evidente affermare che la costituzione prevale rispetto ad ogni legge espressa dal potere legislativo in contrasto con essa; se fosse altrimenti il potere legislativo potrebbe modificare la costituzione con legge ordinaria ("by an ordinary act").

*Tertium non datur*: o la costituzione è superiore alla legge ordinaria, o è sullo stesso livello e, quindi, modificabile dal parlamento a suo piacimento. Se si accede alla prima ipotesi ne viene di conseguenza che una legge ordinaria contraria alla costituzione non deve essere considerata legge; se si accede alla seconda, è invece da concludere che le costituzioni sono solo assurdi tentativi, fatti dal popolo, per limitare un potere per sua natura non limitabile.

Certo, coloro che hanno elaborato le costituzioni scritte le hanno concepite e volute come leggi fondamentali e supreme della nazione e, in conseguenza, il principio di ogni governo costituzionale deve essere nel senso che la legge ordinaria, emanata dal parlamento, se contraria alla costituzione, è nulla. Questa teoria è strettamente connessa al concetto di costituzione scritta e, pertanto, da questa Corte, deve essere considerata principio fondamentale. È proprio questo il principio da tenere ben presente nella causa di cui si discute.

Se una legge del parlamento contraria alla costituzione è nulla, deve forse essere giudicata vigente da parte dei giudici nonostante la sua invalidità giuridica? ("If an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the courts, and oblige them to give it effect?"). In altri termini, benché non sia una legge, ciò nonostante essa deve essere considerata dai giudici legge? Concludere in tal senso significa rovesciare in pratica i principi affermati in teoria. Enorme assurdità sulla quale non varrebbe insistere e sulla quale, tuttavia, insistere ancora.

È pacifica funzione del potere giudiziario dire ciò che è una legge ("It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the laws is"). Coloro che applicano le norme ai casi concreti devono di necessità interpretarle. Se due leggi sono fra loro in conflitto i giudici devono stabilire a quale di esse dare applicazione.

Se una legge contrasta con la costituzione, nel caso in cui sia la costituzione che la legge ordinaria disciplinino la fattispecie, i giudici devono, quindi, decidere se applicare la costituzione o la legge ordinaria. È un compito fondamentale del potere giudiziario.

Se i giudici devono applicare la costituzione in quanto superiore alla legge ordinaria devono di necessità disapplicare la legge ordinaria.

Coloro che contestano il principio secondo il quale la costituzione deve essere considerata la legge suprema dello Stato in effetti finiscono con il concludere nel senso che i giudici devono chiudere gli occhi davanti alle

violazioni costituzionali fatte dal parlamento ("must close their eyes on the constitution, and see only the law").

Questa concezione sovverte il fondamento stesso di ogni sistema costituzionale fatto di norme scritte. Dire che una legge assolutamente nulla in base ai principi è, ciò nonostante, obbligatoria per i giudici, anche nel caso in cui il parlamento emani leggi precisamente contrarie a norme costituzionali, significa affermare che il parlamento può imporre leggi incostituzionali. Ma ciò significa attribuire al parlamento un potere assoluto reale e di fatto nel mentre si afferma che, costituzionalmente, il parlamento ha un potere limitato; in altri termini, significa asserire teoricamente l'esistenza di limiti costituzionali ma intendere che, in pratica, i limiti possono essere tranquillamente violati.

Per questa via una costituzione scritta — il più grande progresso delle istituzioni politiche — è ridotta a nulla...».

## 5. La sentenza Marbury ed il principio di rigidità

### 5.1. *Il principio fondamentale di ogni governo costituzionale con costituzione scritta*

Molto spesso Marshall è stato criticato per aver focalizzato la motivazione della sentenza Marbury sui concetti di costituzione «scritta» e di poteri «limitati» invece che sul concetto di costituzione «rigida»<sup>15</sup>.

Ritengo la critica infondata.

Nella motivazione della sentenza Marbury, Marshall richiama «il diritto originale del popolo», tratta di «principi fondamentali» e «permanenti» ed espressamente afferma che il legislatore non può modificare la costituzione «by an ordinary act». Non la può modificare, avrebbe potuto aggiungere, anche in forza del principio di rigidità scritto nell'art. V della Costituzione; ciò nonostante il richiamo al principio di rigidità mi pare già implicitamente contenuto nel concetto di permanenza e nell'affermazione che il legislatore non può mutare la Costituzione degli Stati Uniti con legge ordinaria.

Di più: il concetto di permanenza in effetti assorbe e sovrasta il concetto di rigidità.

Io sospetto che Marshall, che certo non poteva ignorare l'art. V della Costituzione, abbia omesso di richiamarlo per non indebolire il valore delle sue affermazioni.

15. La stessa critica è stata rivolta all'articolo 78 di *The Federalist*, scritto da Hamilton, da cui la motivazione della Marbury trae origine. Cfr. Antonio Reposo, *The Federalist, Judicial Review e Stato Federale*, in *Il Federalista: 200 anni dopo*, Il Mulino, 1988, p. 296.

In un certo senso, il principio di rigidità introduce il principio di non rigidità perché presuppone una costituzione relativamente flessibile, mentre Marshall intende affermare che la Costituzione americana, almeno con riferimento ai suoi principi fondamentali, non può e non deve essere mutata<sup>16</sup>.

Discorso, questo, che da noi dovrebbe essere di agevole comprensione, tenuto conto del valore permanente (immutabile) assegnato dalla Corte costituzionale ad alcuni principi<sup>17</sup>.

I principi permanenti, ovviamente, si collocano oltre la soglia della rigidità per il semplice fatto che non possono essere intaccati dalla procedura di revisione costituzionale.

In costituzioni concepite come argini rafforzati a poteri assoluti prevaricanti (costituzioni dell'Europa continentale), il concetto di rigidità acquista particolare valore, ma per gente che si dà mutualmente e lealmente delle regole fondamentali di organizzazione dello Stato, previa ampia riflessione e discussione, la costituzione è naturalmente rigida; anzi è tendenzialmente perenne, come afferma Marshall nella *Marbury* ed in altre sentenze in evidente polemica con Jefferson che concepiva, invece, la costituzione come mutevole.

## 5.2. *La concezione rivoluzionaria di Jefferson*

La indicata concezione di Jefferson è coerente con la sua generale concezione « rivoluzionaria ». Egli, infatti, pensava che, di tempo in tempo, le rivoluzioni fossero benefiche, in quanto necessarie al rinnovamento democratico.

« Che significano alcune vite perdute in cento o duecento anni — è una sua famosa frase —. L'albero della libertà di tempo in tempo deve essere alimentato dal sangue dei patrioti e dei tiranni » (« The tree of liberty must be refreshed from time to time with the blood of patriots and tyrants »)<sup>18</sup>.

## 5.3. *Due diverse concezioni della costituzione*

La polemica fra Marshall e Jefferson, relativa alla *Marbury*, nasce anche dalla diversa concezione della costituzione: il conservatore Marshall

16. Per intendere a pieno la sentenza *Marbury* occorre, in altri termini, ricostruire il significato assegnato al concetto di « costituzione scritta » all'inizio del XIX secolo negli Stati Uniti. Nel concetto di costituzione scritta, intesa come patto fondante, il concetto di permanenza, reso esplicito nella sentenza Marshall, era allora implicito. Cfr. Kermit L. Hall, *Major Problems in American Constitutional History*, vol. I, D.C.: Heath and Company, Lexington, Massachusetts, Toronto, 1992, p. 91 ss.; Alfred H. Kelly, Winfred A. Harbison, Herman Belz, *op. cit.*, pp. 62 e 63.

17. Cfr. le sentenze della Corte costituzionale n. 30/1971, 12/1972, 175/1973, 1146/1988.

18. Traggo la citazione da Dumas Malone, *Jefferson and the Rights of Man*, Little Brown and Company, Boston, 1951, p. 166.

pensa la costituzione come stabile o perenne, mentre il rivoluzionario Jefferson la pensa, se vogliamo, in modo giacobino<sup>19</sup>.

Nella realtà, la costituzione degli Stati Uniti non è stata mutevole e transeunte, ma stabile. Fra il 1804 ed il 1860 il Congresso ha ricevuto quattrocento richieste di emendamento ma nessuna è andata in porto.

Vari Stati, in varie occasioni, hanno chiesto l'emanazione di una nuova costituzione ma gli esiti sono noti.

L'art. V ha sbarrato la strada ad ogni velleità giacobina.

Nel corso del tempo, sono stati approvati emendamenti costituzionali per modificare singole decisioni della corte ma nessuno per eliminare o modellare il potere di *judicial review*. E questo è un dato di fatto.

#### 5.4. *Il concetto di rigidità espresso nell'articolo 78 di «The Federalist» da Hamilton*

Nell'articolo 78 di *The Federalist* così Hamilton definisce il concetto di *limited constitution*: «per costituzione limitata io intendo un tipo di costituzione che preveda specifiche limitazioni al potere legislativo, quali, ad esempio, che esso non possa deliberare *bills of the attainder* né leggi *ex post facto* ed altre consimili». Qualora il legislatore, nonostante la previsione costituzionale, emani questo tipo di leggi, i giudici devono, ovviamente, dichiararle nulle<sup>20</sup>.

Hamilton richiama, quindi, il principio di rigidità, con riferimento ad espresse previsioni costituzionali, ma non con riferimento all'art. V della Costituzione; pur tuttavia chiaramente si riferisce al menzionato principio.

Bianca Maria Tedeschini Lalli, che traduce l'espressione di Hamilton: «Per costituzione rigida intendo...»<sup>21</sup>, a mio avviso traduce bene, proprio perché il concetto di costituzione rigida da Hamilton è chiaramente espresso. Per le stesse ragioni, a commento dell'articolo 78, nel capitolo precedente, anch'io ho scritto: «Secondo Hamilton, le costituzioni di tipo rigido richiedono...»<sup>22</sup>. Invece la secca affermazione di Clelia Piperno: «Il fondamento della giurisdizione costituzionale negli Stati Uniti viene fatto derivare, in modo del tutto naturale, da una costituzione rigida»<sup>23</sup>, è affermazione inesatta visto che il fondamento della giurisdizione costituzionale,

19. Su questo aspetto cfr. Melvin I. Urofsky, *op. cit.*, p. 297.

20. Cfr. Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist*, edited by Max Beloff, Basil Blackwell, New York, 1987, p. 397.

21. Cfr. *Il Federalista*, a cura di Mario D'Addio e Guglielmo Negri, Il Mulino, 1980, p. 583.

22. Cfr. *supra*, p. 91.

23. Cfr. C. Piperno, *op. cit.*, p. 61.

normalmente, negli Stati Uniti, viene fatto derivare dal concetto di costituzione scritta; ancorché implicito, in esso, sia quello di costituzione rigida.

### 5.5. *La riformulazione del principio fondamentale espresso dalla sentenza Marbury tenuto presente l'art. V della Costituzione*

In ogni caso non importa qui stabilire se sia giusto o meno tradurre il termine «limited» con il termine «rigida» o se la motivazione della Marbury sia perfetta o completa; importa, invece, rilevare che la sentenza Marbury, se si vuole, appare vieppiù fondata — dal punto di vista della cultura giuridica moderna europea — se si tiene presente anche il principio di rigidità chiaramente scritto nell'art. V della Costituzione americana; sicché, in definitiva, l'affermazione fondamentale contenuta nella Marbury può essere così sintetizzata: «Il principio di ogni governo costituzionale con costituzione rigida è nel senso che ogni legge ordinaria emanata dal parlamento, se contraria alla costituzione, è nulla». Resta impregiudicata la questione su chi legittimamente debba o possa dichiarare la nullità. Su questa questione negli Stati Uniti si discute da tempo e continua a discutersi, ma tale discussione non è per noi essenziale.

## 6. **La cultura giuridica costituzionale americana e italiana e il giuramento di fedeltà alla costituzione**

### 6.1. *Breve commento ad alcune proposizioni della Marbury*

1. «Una costituzione scritta e rigida che consacra la divisione e limitazione dei poteri rappresenta il più grande progresso delle istituzioni politiche». Oggi in Italia è questa la proposizione che deve essere discussa di più. Si tratta di stabilire con precisione chi, da noi, crede ancora davvero nella divisione dei poteri e nella indipendenza della magistratura e chi non vi crede. I liberaldemocratici, che dovrebbero essere gli eredi di Tocqueville, lavorano per la concentrazione del potere. Il liberalismo italiano è stato, in effetti, sempre profondamente permeato di cultura bonapartista.

2. «Che vale che i poteri siano limitati, che i limiti siano fissati in una costituzione rigida, se in ogni momento essi possono essere violati da coloro che sono sottoposti alle limitazioni?». «Le Costituzioni non devono essere ridotte ad assurdi tentativi, fatti dal popolo, per limitare un potere per sua natura non limitabile». A questo esse sono state ridotte negli Stati a cultura autoritaria e bonapartista e in Italia in particolare.

3. «I giudici non devono consentire che le costituzioni diventino assurdi ed inutili tentativi, fatti dal popolo, per limitare gli abusi del potere

legislativo». In Italia ogni tentativo è stato fatto e viene ancora fatto per fare accettare da parte dei giudici gli abusi di potere, soprattutto dell'esecutivo. La storia dei decreti-legge, in particolare, è la storia di un grande abuso che è diuturnamente sotto i nostri occhi e sotto gli occhi di tutti i giudici. Le volte che i magistrati hanno protestato (recentemente, i magistrati di Milano, in particolare) sono stati accusati di abuso di potere!

4. «I giudici devono considerare le norme costituzionali norme primarie, per loro obbliganti, tali da rendere nulle le norme delle leggi ordinarie e gli atti amministrativi in contrasto con esse». I giudici da noi hanno tradizionalmente applicato regolamenti e circolari ministeriali come se fossero leggi. Gli articoli 4 e 5 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, sono stati tradizionalmente interpretati dai giudici in modo da lasciare ampio spazio ai regolamenti e agli atti amministrativi. La devastazione del territorio e dell'ambiente è passata per questa via.

5. «Coloro che contestano il principio secondo il quale la costituzione deve essere considerata la legge suprema dello Stato in effetti concludono nel senso che i giudici devono chiudere gli occhi davanti alle violazioni costituzionali fatte dal parlamento; concezione che sovverte il fondamento stesso di ogni sistema costituzionale». Questa concezione sovversiva ha orientato tutte le forze politiche di governo italiano a partire dal 1948.

6. «Dire che una legge assolutamente nulla in base ai principi è, ciò nonostante, obbligatoria per i giudici, anche nel caso in cui il parlamento emani leggi precisamente contrarie a norme costituzionali, significa affermare che il potere politico può imporre leggi incostituzionali. Ma ciò significa attribuire al potere politico un potere assoluto ed illimitato»; significa ideologicamente asserire limiti costituzionali lasciando però che essi siano liberamente violati dal potere politico. Tutto ciò è avvenuto tradizionalmente in Italia ed avviene ancora.

## 6.2. *La concezione costituzionale americana e quella bonapartista italiana*

A questo punto va rilevato e rimarcato che, negli Stati Uniti, le critiche alla decisione *Marbury* riguardano solo la pretesa autoattribuzione, da parte della Corte suprema, di un superpotere non espressamente previsto dalla Costituzione, mentre non riguardano i logici principi che discendono dalla gerarchia delle fonti e dal concetto di poteri «limitati» (dalla divisione dei poteri). Nessuno, in altri termini, negli Stati Uniti, contesta che i giudici siano soggetti prima di tutto e fondamentalmente ai principi espressi dalla Costituzione e che devono impegnarsi perché essi siano realizzati.

Negli ordinamenti che prevedono espressamente tale potere in capo ai giudici (alla Corte costituzionale), come in Italia, la *querelle* che esiste in

America non ha ragion d'essere, sicché, in tali ordinamenti, i principi espressi dalla Corte Marshall dovrebbero incontrare pacifica accettazione da parte di tutti i giuristi; vero invece che, in Italia, illustri giuristi non li accettano perché persiste ancora la cultura istituzionale bonapartista<sup>24</sup>.

Si pone dunque da noi l'urgente necessità di superare questo tipo di cultura. Anche, e soprattutto, nel campo del diritto l'Italia ha bisogno di una profonda rivoluzione culturale.

### 6.3. *Il giuramento di fedeltà alla costituzione*

Vi è un'argomentazione della sentenza Marbury non ancora richiamata: i giudici giurano fedeltà alla costituzione e devono mantener fede al loro giuramento.

«Devono forse i giudici chiudere gli occhi davanti alla costituzione — si domanda Marshall — ed avere davanti agli occhi solo la legge ordinaria?» («Ought the judges to close their eyes on the constitution, and only see the law?»). Certamente no, risponde; fra l'altro perché i giudici giurano fedeltà alla costituzione. Anche dal giuramento che essi prestano, dunque, per Marshall, discende il dovere dei giudici di applicare prima di tutto la costituzione, di dare ad essa prevalenza rispetto alla legge ordinaria.

Sarebbe immorale imporre ai giudici un giuramento di fedeltà e fare di essi «dei consapevoli strumenti della sua violazione» («How immoral to impose it on them, if they were to be used as the instruments, and the knowing instruments, for violating what they swear to support!»). Marshall non poteva, ovviamente, prevedere che in uno Stato occidentale, nel XX secolo, si sarebbe dato il caso di un presidente della repubblica (applaudito da molti eminenti giuristi) impegnato a picconare la costituzione dopo aver prestato ad essa solenne giuramento di fedeltà!

## 7. **La concezione anglosassone del diritto**

### 7.1. *La concezione processuale e pratica*

È bene commentare ulteriormente l'affermazione della Corte suprema in punto pretesa obbligatorietà per i giudici di una legge emanata dal Congresso ma in contrasto con la Costituzione, legge suprema dello Stato federale. Il potere politico, afferma la Corte supre-

24. Per un concreto esempio si ricordi la critica di Giovanni Tarello al preteso «governo dei giudici» italiani (*Chi ci salverà dal governo dei giudici?*, in *Mondoperato*, n. 3/1984).

ma, non può imporre ai giudici l'applicazione di leggi incostituzionali. I limiti costituzionali non possono divenire « teorici » ed ideologici. Un'ampia analisi sarebbe opportuna, a questo punto, sul tema « diritto e ideologia ». È già utile, comunque, avervi fatto cenno in modo sintetico.

Il principio della *judicial review*, espresso dalla sentenza Marbury, discende, prima di tutto, dalla concezione giuridica di fondo del diritto anglosassone (richiamata dalla Corte suprema degli Stati Uniti in varie sentenze), e cioè dalla concezione processuale e pratica (non pandettistica, teorico-domatica) del diritto.

Secondo la concezione anglosassone, i diritti, fondamentalmente, sono le garanzie giudiziarie mediante le quali essi, ad impulso di parte, vengono concretamente realizzati.

I diritti, in altri termini, nel sistema di *common law*, non sono affermazioni astratte, idee platoniche, ma una cosa seria.

I giudici devono operare perché siano o diventino una cosa seria<sup>25</sup>.

Ciò vale per i diritti dei singoli ma vale anche per i principi costituzionali. Se essi effettivamente esistono — è questo il messaggio della Marbury come di molte altre sentenze della Corte suprema — devono esistere « nella realtà ». Un diritto che esiste solo nelle dommatiche astrazioni non è diritto, è ideologia.

Nel saggio già citato Sylvia Snowiss ha messo bene in evidenza come il principio della « serietà del diritto » vale, in particolare, per gli Stati Uniti<sup>26</sup>.

## 7.2. *Gli equilibri politici reali e quelli ideologici*

L'analisi deve essere però portata ancora più a monte, a livello costituzionale.

Secondo la cultura anglosassone, l'equilibrio dei poteri è costituito da equilibri politici reali, non da astratti e cartacei principi, da costituzioni *octroyés*.

La borghesia rivoluzionaria inglese — come bene ha notato Pym di fronte ai « City Kathers » nel novembre del 1642 — non si è infatti accontentata di astratte proclamazioni delle libertà politiche e civili; ha preteso, invece, che le libertà fossero assicurate in concreto e sono stati proprio i

25. Per una più ampia analisi di queste questioni in riferimento alla normativa processuale, cfr. V. Accattatis, *Il garantismo fra astratte affermazioni normative e concrete disfunzioni strutturali*, in *Critica del diritto*, nn. 4/5, 1990.

26. Cfr. S. Snowiss, *op. cit.*, pp. 26 ss., 52 ss. La « serietà » del diritto americano — in contrapposizione alla concezione bonapartista — è ben messa in evidenza anche da L. Cohen-Tanugi nell'opera *Le droit sans l'État*, Presses Universitaires de France, Paris, 1985. Gli Stati Uniti — scrive Stanley Hoffman nella sua bella prefazione al libro di Cohen-Tanugi — sono « un Paese nel quale la volontà generale si identifica nel diritto ».

giudici a dare « realtà » alle leggi ed ai principi; i giudici, a loro volta sorretti dal parlamento e dalla *gentry* e cioè dalla classe sociale che aveva riportato la vittoria con le armi contro il potere feudale e sedeva ormai in parlamento come sovrano assoluto; mentre, contemporaneamente, « fedelmente » amministrava giustizia nei tribunali.

I padri fondatori americani, come ho messo in rilievo nei precedenti capitoli, hanno cercato e realizzato equilibri di potere reali; non verbali, cartacei ed ideologici.

## 8. La riflessione di Tocqueville sul potere giudiziario americano

### 8.1. *Una celebre pagina*

« Ciò che uno straniero ha più difficoltà a comprendere negli Stati Uniti — inizia così una pagina celebre di Alexis de Tocqueville già citata — è l'organizzazione giudiziaria. Per così dire, non vi è avvenimento politico nel corso del quale non si senta invocare l'autorità del giudice, sicché egli ne conclude che negli Stati Uniti il giudice è uno dei poteri politici fondamentali ».

Il giudice americano svolge le sue funzioni come il giudice degli altri paesi, ma ben più significativo è il suo potere politico. Da che cosa dipende?

Per Tocqueville, ed esattamente a mio avviso, la ragione per la quale il giudice americano ha un tale potere dipende dal fatto che « gli americani hanno riconosciuto ai giudici il diritto di fondare le loro decisioni sulla costituzione piuttosto che sulle leggi ordinarie, di non applicare le leggi a loro giudizio incostituzionali ».

Ancora esattamente Tocqueville osserva: « So che un simile diritto qualche volta è stato reclamato dai giudici in altri Paesi ma non è stato mai loro concesso »<sup>27</sup>. In effetti, nei Paesi di area bonapartista — fra i quali l'Italia — vi è sempre stata un'enorme resistenza a concedere ai giudici il controllo di legalità delle leggi. Tutto lo sforzo è stato concentrato, per ripetere le parole della *Marbury*, affinché i giudici chiudessero gli occhi « davanti alle violazioni costituzionali » operate dai poteri legislativo ed esecutivo.

### 8.2. *Il rifiuto dei magistrati francesi di effettuare il controllo di costituzionalità delle leggi*

Nel passato molti costituzionalisti francesi hanno reclamato il controllo di costituzionalità delle leggi da parte dei giudici ma la magistratura,

27. Cfr. A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, Garnier-Flammarion, Paris, 1991, vol. I, p. 167 ss.

sempre castigata ed intimidita a partire dalla rivoluzione, mai ha effettuato il controllo di costituzionalità che, sotto il vigore di alcune costituzioni, giuridicamente parlando, avrebbe potuto effettuare, o, comunque, avrebbe potuto tentare di effettuare<sup>28</sup>.

La Costituzione francese del 1958 inibisce ai giudici ordinari francesi il controllo di costituzionalità delle leggi, anche nella forma limitata, prevista in Italia, di sollevare questione di costituzionalità.

In Francia il Consiglio costituzionale è preposto alla verifica della costituzionalità delle leggi *ex ante*, non *ex post*<sup>29</sup>.

## 9. La rappresentatività dei giudici e il governo dei giudici

### 9.1. I giudici rappresentativi in modo eminente

I giudici — si legge nella sentenza *Marbury* — non devono consentire che le costituzioni diventino assurdi ed inutili tentativi, fatti dal popolo, per limitare la logica del potere.

La costituzione è « fatta dal popolo » e, quindi, i giudici che applicano la costituzione applicano, in maniera eminente, la volontà popolare. In certo senso sono, quindi, rappresentativi<sup>30</sup>.

È il ragionamento svolto da Hamilton nell'articolo 78 di *The Federalist*. I giudici, interpreti della costituzione rigida che solo essi, in ultima istanza, sono chiamati ad interpretare, per ciò stesso sono rappresentativi, in modo eminente.

Questo concetto è meglio illustrato da un'altra sentenza della Corte Marshall, la « *Fairfax's Devisee contro Hunter's Lessee* » del 1813, scritta in concordanza con l'articolo 82 di *The Federalist* stilato da Hamilton.

La Corte suprema dello Stato della Virginia aveva affermato che, benché fosse certamente soggetta alla Costituzione degli Stati Uniti, ciò non di meno non era soggetta all'autorità della Corte suprema degli Stati Uniti (« *The appellate power of the Supreme Court of the United States does not extend to this Court* »). Decidendo in grado di appello rispetto a questa

28. Per un'illustrazione di questo tipo di soggezione, che parte da alcune sentenze della Corte di cassazione (dell'11 e 18 fruttidoro anno V, del 25 maggio 1814 e dell'11 maggio 1883) e del Consiglio di Stato, cfr. Léo Hamon, *Les juges de la loi*, Fayard, Paris, 1987, p. 48 ss.; J. Machelon, *op. cit.*, p. 51 ss.

29. Cfr. Léo Hamon, *op. cit.* Una dura critica del sistema francese di controllo della costituzionalità delle leggi è contenuta nell'opera di L. Cohen-Tanugi, già citata.

30. Occorre non dimenticare che, nella tradizione di *common law*, i giudici sono stati sempre avvertiti come, in certo senso, rappresentativi. Coglie bene questo aspetto Melvin I. Urofsky nell'opera già citata, p. 247.

sentenza, la Corte Marshall ha invece affermato che le sentenze di tutti i giudici degli Stati Uniti, in ultima istanza ed in particolari materie, possono essere impugnate davanti alla Corte suprema degli Stati Uniti. La Costituzione — ha affermato il giudice Joseph Story, che ha espresso l'opinione unanime della Corte — non è stata fatta dai singoli Stati ma dal « popolo degli Stati Uniti » tutto intero. Il popolo degli Stati Uniti tutto intero ha, quindi, assegnato ai giudici federali, e, in ultima istanza, alla Corte suprema, il potere giudiziario nazionale.

Questa sentenza è particolarmente importante proprio perché esprime chiaramente il principio secondo il quale, anche se non elettivi, i giudici federali sono « rappresentativi »; anzi, sono più rappresentativi dei rappresentanti eletti dal popolo che siedono in Congresso, per il fatto che essi interpretano la costituzione degli Stati Uniti che è scritta (e di tipo rigido, occorre aggiungere) ed emana direttamente dal popolo sovrano. « We the people of the United States — si legge nel preambolo della Costituzione — in order to form a more perfect union, to establish the justice... do ordain and establish this Constitution... ».

In altri termini, la Costituzione degli Stati Uniti afferma che la Federazione è costituita da un solo popolo sovrano che esprime la sua volontà proprio mediante la Costituzione. In nessun altro luogo questa volontà può essere rinvenuta, sicché chi legittimamente parla in nome della costituzione esprime la volontà popolare (il principio di sovranità popolare) nel modo più pieno.

## 9.2. *L'aristocrazia negli Stati Uniti*

È stato scritto che, a giudizio di Hamilton, lo Stato federale riconosce « a suo sovrano non già propriamente il popolo, secondo la tradizionale formula democratica, ma la costituzione » secondo le analisi fatte da Lord Lindsay. « Della costituzione interprete supremo è... il potere giudiziario, che viene in tal modo ad assidersi al di sopra di quello legislativo e di quello esecutivo... »<sup>31</sup>.

L'analisi di Hamilton e di Marshall sembra non fare una grinza, ma perplessità (democratiche) sorgono ove si tenga presente l'estrazione sociale dei giudici; e i democratici americani, infatti, mai hanno accettato il punto di vista federalista.

31. Cito da Vittorio Frosini, *The Federalist: scienza politica e struttura sociale*, in *Il Federalista: 200 anni dopo*, Il Mulino, 1988, p. 112.

### 9.3. *L'estrazione sociale dei giudici negli Stati Uniti*

È bene, ancora una volta, richiamare la riflessione di Tocqueville: «In Inghilterra le giurie sono formate da aristocratici». L'aristocrazia fa le leggi, le applica e giudica le infrazioni. Tutto è ben strettamente collegato, in una «repubblica» che è di tipo aristocratico.

Gli aristocratici americani non sono i ricchi ma gli avvocati e i giudici. Gli avvocati e i giudici sono il «contraltare della democrazia».

Sono gli uomini di legge, negli Stati Uniti, a «neutralizzare i vizi inerenti al sistema di governo popolare»<sup>32</sup>.

Il conservatore Tocqueville mette bene in evidenza la funzione «federalista» dei giudici contrapposta alla democrazia. Perfetta è la sua analisi.

«Allorché il popolo americano si lascia inebriare dalle sue passioni... i legisti gli fanno sentire un freno quasi invisibile che lo modera e l'arresta»: «Il giudice è un legista che, anche a prescindere dal gusto dell'ordine e delle regole, che egli contrae nel corso dei suoi studi legali, ha l'amore della stabilità, che gli deriva dall'inamovibilità delle sue funzioni»: «Le sue conoscenze legali gli garantiscono una posizione aristocratica, il suo potere politico lo colloca in una posizione distaccata rispetto ai suoi simili e fra le classi privilegiate»<sup>33</sup>.

Tocqueville non indaga circa l'estrazione sociale dei giudici. L'avesse fatto, avrebbe concluso che aristocrazia legale ed aristocrazia economica negli Stati Uniti sono state sempre strettamente interconnesse<sup>34</sup>.

Forti del loro potere di dichiarare le leggi incostituzionali, i giudici americani si sono intromessi largamente negli affari politici ed economici con la connivenza e l'appoggio degli uomini politici conservatori. Rilievo, quest'ultimo, ovviamente non contenuto ne *La democrazia in America*, ma difficilmente confutabile<sup>35</sup>.

32. Cfr. A. de Tocqueville, *op. cit.*, p. 369.

33. *Ibidem*.

34. Per un'analisi relativa a questo fondamentale aspetto, confronta la classica opera di Charles A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* e l'introduzione di Forrest McDonald, Free Press, A Division of Macmillan Unc., New York, 1986. Per un'analisi più sintetica ed aggiornata, cfr. C. Julien, *A la conquête des pouvoirs*, in *Le Monde diplomatique*, ottobre 1989.

35. Come già rilevato, a partire dalla fine del XIX secolo le «Corporations» hanno impiegato i migliori talenti legali per distruggere e piegare la legislazione sociale e quella antitrust. Con riferimento a questo tipo di legislazione non vi è solo il problema di farla approvare, ma vi è poi quello, arduo, di farla applicare. Per un'analisi di questi problemi cfr. Melvin I. Urofsky, *op. cit.*, p. 243 ss.; A.M. Paul, *Legal Progressivism, the Courts, and the Crisis of the 1890*, in *American Law and the Constitutional Order*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 1988; Kenneth Galbraith, *Il capitalismo americano*, Etas Compas, 1968, p. 144.

I giudici, rileva ancora Tocqueville, non possono costringere il popolo ed i suoi rappresentanti a fare determinate leggi, ma possono dichiarare le leggi incostituzionali. È questo lo specifico e grande potere che i giudici si sono attribuiti, nel corso della storia, con l'appoggio dei conservatori e non in violazione, ma in applicazione, come Hamilton ben rileva e come gli antifederalisti riconoscono, della Costituzione e dei precedenti giudiziari. Tocqueville non analizza con completezza come dai giudici questo enorme potere sia stato esercitato negli Stati Uniti, soprattutto in materia economica. Questo tipo di analisi è stato compiuto da altri, soprattutto nel corso del XX secolo<sup>36</sup>.

«Non ignoro — scrive Tocqueville — che negli Stati Uniti esiste una segreta tendenza a limitare i poteri dei giudici» o a renderli elettivi o più controllabili. L'allusione vale per Jefferson, Jackson e, in generale, i democratici americani.

Tocqueville giudica «funesta» una simile tendenza perché capace di ledere l'indipendenza della magistratura. Ma indipendenza in quale senso, in quale direzione? Indipendenza per fare che cosa? Indipendenza per mettere in pratica una politica conservatrice? I democratici hanno sempre contestato questo tipo d'indipendenza in funzione conservatrice<sup>37</sup>.

#### 9.4. *L'indipendenza e la neutralità dei giudici*

L'estrazione sociale dei giudici è, ovviamente, questione fondamentale. L'indipendenza della magistratura deve esserci, anzi deve essere difesa

36. In particolare da L.B. Boudin nel saggio *Government by Judiciary*, in *Political Science Quarterly* del 26 giugno del 1911 (ora in A.P. Melone e G. Mace, *Judicial Review and Democracy*, Iowa State University Press/Ames, 1988, p. 120 ss.) e da E. Lambert nel saggio *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Édition Giard, 1921.

37. L'aristocratico Tocqueville ammira ed ama la cultura federalista, non quella democratica. «Per le istituzioni democratiche — egli ha scritto — ho un gusto intellettuale, ma, per istinto, sono aristocratico, disprezzo e temo la folla. Amo la libertà e il rispetto dei diritti, ma non per la democrazia. Odio l'azione disordinata delle masse, il loro intervento poco lungimirante sulle cose, le passioni invidiose delle classi basse». Hamilton, che ha sempre ritenuto la democrazia un male da curare, avrebbe sottoscritto con entusiasmo queste proposizioni. Secondo Hamilton, solo le «persone ricche e ben nate» sono in grado di governare perché i ricchi, per definizione, sono «i sostenitori illuminati del buon governo» (per una più completa analisi della cultura politica dei federalisti, cfr. C. Julien, *A la conquête des pouvoirs*, cit.). Per un equilibrato giudizio sul contributo politico e culturale di Tocqueville, cfr. Marcel Prélot e Georges Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, Dalloz, Paris, 1990, p. 562 ss. Tocqueville ha considerato la democrazia una «ineluttabilità» ma anche un «rischio». Ha cercato di coniugare la libertà con la solidarietà e l'eguaglianza. L'attualità dell'elaborazione tocquevilliana è, comunque, fuori discussione. Per un'accurata analisi del concetto di democrazia in Tocqueville, cfr. M. Barberis, *Il liberalismo post-rivoluzionario e la scoperta della democrazia. Motivi tocquevilliani*.

ed accresciuta, ma i giudici devono essere espressione di tutti gli strati sociali; non espressione dei gruppi politici ed economici più forti. La «neutralità» dei giudici, spesso asserita, in pratica è stata quasi relegata nel mito proprio perché i giudici sono stati quasi sempre estratti dagli ambienti conservatori.

La questione è stata dibattuta ampiamente in Italia fra i giuristi perché sollevata con forza da Magistratura democratica<sup>38</sup>.

Ovviamente tale questione in questa sede non può essere approfonditamente esaminata. Basti solo notare che il problema dell'estrazione dei giudici acquista vieppiù importanza negli Stati Uniti perché è intrecciato con quello razziale. Come è ben noto, i neri (più in generale, la gente di colore) sono scarsamente presenti nel giudiziario mentre sono iperpresenti nelle carceri e nelle celle della morte. Studi sociologici hanno mostrato che fra questi due dati vi è relazione.

## 10. Esigenza di ulteriore analisi in tema di rappresentatività

Vi è stato in Italia un interessante inizio di discussione sul problema della rappresentatività dei giudici.

Alessandro Pizzorusso, che vi ha portato un'analisi penetrante, ritiene che occorra sganciare la funzione giudiziaria dall'ideale di rappresentatività, visto che l'opera del giudice ha «una sua validità... indipendentemente dal fatto che gli organi giudiziari siano o meno rappresentativi».

Secondo Pizzorusso, la legittimazione dei giudici deriva dall'applicazione della legge quale espressione dell'elaborazione politica secondo le forme costituzionalmente legittime.

I giudici sono portatori «specifici» della tradizione giuridica che concorre a produrre l'interpretazione delle leggi e dei provvedimenti.

La «posizione costituzionale del potere giudiziario trova», in altri termini, «la sua giustificazione» per il solo fatto di essere portatrice di un'influenza specifica «nel processo di creazione-attuazione del diritto». «Tale funzione — secondo Pizzorusso — si identifica in quella che, nel corso della storia, è sempre stata esercitata dai giuristi», specie nel mondo anglosassone<sup>39</sup>.

*ni prima di Tocqueville, in Materiali per una storia della cultura giuridica, Il Mulino, n. 2/1989, p. 327 ss. Gli orientamenti «federalisti» di Tocqueville emergono chiari dal saggio di D. Losurdo, Democrazia o bonapartismo, Bollati Boringhieri, 1993, p. 13 ss.*

38. Rinvio agli atti di tutti i congressi di Magistratura democratica, ai numeri di *Quale giustizia* e di *Questione giustizia*. Rinvio, inoltre, a *Giudici e Democrazia*, a cura di A. Rossi, ed. Angeli, 1993. Uno specifico contributo è in G. Borrè, P. Martinelli, L. Rovelli, *Unità e varietà della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1971, IV, 45 ss. (riprodotto anche in A. Pizzorusso, *L'ordinamento giudiziario*, Il Mulino, 1974, p. 47 ss.).

39. A. Pizzorusso, *op. cit.*, p. 43 ss.

La conclusione qui riportata è consonante non solo con le elaborazioni di Coke e di Marshall ma lo è, inoltre, con le più accreditate elaborazioni dei costituzionalisti americani contemporanei. Basti qui ricordare quella considerata, ancor oggi, negli Stati Uniti, classica, di Eugene V. Rostow.

Anche Rostow sgancia la legittimazione democratica dei giudici dal problema della rappresentatività. Secondo la sua concezione una democrazia viene definita non solo dal rispetto del principio di maggioranza ma anche dal rispetto dei diritti delle minoranze che giudici indipendenti assicurano. Le elezioni designano le maggioranze che devono governare, i giudici indipendenti garantiscono che, in ogni caso, non siano oppressi i diritti delle minoranze, tenuti presenti i principi costituzionali.

Secondo Rostow, il vero e concreto problema, in democrazia, è quello di far sì che il pubblico potere sia controllato ("The task of democracy is not to have the people vote directly on every issue, but to assure their ultimate responsibility for the acts of their representatives, elected or appointed») e che i giudici indipendenti concorrano ai fini del controllo.

«L'attacco alla *judicial review* si basa sulla premessa che la Costituzione non dovrebbe consentirla».

«I fautori di questa tesi desidererebbero che il presidente, il congresso ed i legislatori dei vari Stati fossero gli interpreti autentici ed ultimi della Costituzione. In tal modo — essi ritengono — sarebbe il sistema rappresentativo a determinare l'evoluzione costituzionale, come accade nei Paesi che hanno parlamenti con poteri incontrollati» («with plenipotentiary parliaments»). Ma la Costituzione degli Stati Uniti non prevede, né vuole un parlamento «plenipotenziario». Nella tesi del Rostow, costituisce «grave semplificazione pretendere che nessuna società possa essere democratica senza un parlamento plenipotenziario». Occorre, invece, partire dal concetto che i governi e la politica sono solo degli «strumenti», non «il fine della vita sociale».

«Lo scopo della Costituzione è quello di garantire una società libera e democratica. Lo scopo finale della società è di assicurare la maggiore libertà possibile ai cittadini»<sup>40</sup>.

Occorre però non perdere di vista gli aspetti sostanziali; in particolare, l'articolo 10 di *The Federalist* scritto da Madison, su cui si ritornerà poco più avanti (*sub* 11.2).

40. Il saggio di E.V. Rostow, *The Democratic Character of Judicial Review*, da cui sono tratte le citazioni, è riprodotto in A.P. Melone e G. Mace, *op. cit.*, p. 210 ss. A mio avviso occorre sviluppare il discorso restando sul terreno di analisi aperto da Rostow.

## 11. Il «self-restraint» espresso dalla sentenza Marbury

### 11.1. *Un potere che si piega facilmente anche alle pressioni delle lobby*

«I legisti (giudici ed avvocati) — scrive Tocqueville — formano un potere poco avvertito e poco temuto, un potere che si piega flessibilmente alle esigenze del tempo e si lascia guidare dai movimenti del corpo sociale senza opporre resistenza, ma esso avvolge la società tutta intera, penetra nelle varie classi, lavora in segreto...»<sup>41</sup>. Riflessione, anche questa, fondamentale: un potere che si piega flessibilmente «alle esigenze del tempo», si piega anche, flessibilmente — chi mai ne può dubitare? — alle pressioni delle *lobby*. E il giudiziario degli Stati Uniti si è piegato alle pressioni delle *lobby*, a partire dall'ultimo ventennio del XIX secolo, in modo vistoso.

### 11.2. *Il governo dei giudici*

Nell'articolo 78 di *The Federalist* Hamilton ritiene che il giudiziario debba interpretare restrittivamente e temperare negli effetti le leggi che, pur non formalmente incostituzionali, contrastino con i principi di giustizia<sup>42</sup>. È per questa via che si è realizzato negli Stati Uniti il governo dei giudici.

Se i giudici fossero angeli — si potrebbe ripetere con Madison — cercherebbero solo di «fare giustizia», ma, dato che non sono angeli e vivono in società dove si esercitano quelle pressioni ben descritte da Madison nel celebre articolo 10 di *The Federalist* — pressioni alle quali i giudici, molto spesso, non sanno resistere —, ecco che escono delle sentenze sostanzialmente modellate dalle forze politiche dominanti<sup>43</sup>.

### 11.3. *La sentenza «Calder contro Bull»*

La Corte Marshall mai si è avventurata — occorre sottolinearlo — sulla strada indicata da Hamilton e seguita dal giudice Samuel Chase nella sen-

41. Cfr. A. de Tocqueville, *op. cit.*, p. 371.

42. Ovviamente mi riferisco al celebre passo dell'articolo di Hamilton che inizia con le parole: «Tuttavia non è solo relativamente alle possibili violazioni della costituzione che l'indipendenza dei giudici deve essere salvaguardata...»; cfr. A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist*, cit., p. 400.

43. Per un'analisi dell'articolo 10 di Madison, cfr. Jack N. Rakove, *La nuova scienza politica del Federalista*, in *Il Federalista: 200 anni dopo*, cit., p. 25 ss.

tenza «Calder contro Bull» del 1798. Nella sentenza «Calder», Chase ha testualmente affermato: «Io non posso sottoscrivere la pretesa che il legislatore di uno Stato sia onnipotente e al di fuori di ogni controllo... Il popolo degli Stati Uniti ha scritto la costituzione... al fine di realizzare la giustizia, di promuovere il benessere generale, di garantire la libertà... Gli scopi per i quali gli uomini si costituiscono in società determinano la natura e i limiti del patto fondamentale ("social compact"); il legislatore deve restare entro i limiti fissati... Vi sono leggi che il legislatore federale o dei singoli Stati non può fare senza violare i limiti del patto fondamentale. Vi sono alcuni vitali principi dei nostri liberi governi repubblicani capaci di annullare il flagrante abuso del potere legislativo; il legislatore non può autorizzare manifeste ingiustizie...» ed i giudici non devono accettarle.

«Un atto del parlamento (di proposito io non lo qualifico legge) contrario ai grandi primi principi del patto sociale ("to the great first principles of the social compact") non può essere considerato un corretto esercizio del potere legislativo» («a rightful exercise of legislative authority»).

In altri termini, secondo Chase, nel giudicare della costituzionalità delle leggi, i giudici dovrebbero tener presente non solo la costituzione scritta ma anche i principi pretesi fondamentali ad essa retrostanti.

Una simile impostazione — oggi universalmente rifiutata — è evidentemente distruttiva di ogni divisione dei poteri e del principio di legalità.

Nella *Marbury*, la Corte Marshall si è, invece, attestata sul dato costituzionale normativo (costituzione «scritta»), sicché la *Marbury* rappresenta il momento di avvio della concezione normativista-interpretativa della funzione giudiziaria.

Alla luce di questi ultimi rilievi si spiega ancor meglio perché Marshall ha molto insistito sul concetto di costituzione scritta.

La concezione espressa da Chase è stata, peraltro, immediatamente contrastata dal giudice James Iredell: «Se — egli ha scritto — una legge del Congresso o del potere legislativo di un singolo Stato viola le norme costituzionali, essa è certamente nulla, benché riconosco che è problematico decidere quale autorità sia legittimata a dichiarare la nullità, ma se, d'altra parte, il congresso o il legislatore di uno Stato approva una legge che non contrasta con le norme costituzionali, la corte non può dichiararla nulla solo per il fatto che, a suo giudizio, essa è contraria ai principi della giustizia naturale».

#### 11.4. *Le questioni politiche*

Nella motivazione della *Marbury*, Marshall mette, dunque, da parte la pretesa «giustizia naturale»; ma, nella *Marbury*, Marshall va oltre nel *self-*

*restraint*; scrive che i giudici non devono intromettersi nelle questioni politiche: «La corte ha giurisdizione solo per decidere in materia di diritti individuali... Le questioni per loro natura politiche... sfuggono alla giurisdizione della corte».

Successive sentenze della Corte suprema hanno cercato di precisare il concetto di « questioni politiche ». In particolare le sentenze « Luther contro Borden » del 1849, « Baker contro Carr » del 1962, « Power contro MacCormack » del 1969, « Cilligan contro Morgan » del 1972.